ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

 $N^{\circ}68$ - Diciembre 2016

REVISTA JURÍDIGA DEL MINISTERIO PÚBLIGO

N°68 - Diciembre 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

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.

Diseño e impresión: Editora e Imprenta Maval SPA

INDICE

PRÓLOGO I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL **Fallos** Recurso de nulidad rechazado. Denuncia anónima - Denuncia policial. Actuaciones autónomas de la Policía. Control de identidad 9 Corte Suprema II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN **Artículos** Los tipos penales creados por la Ley N° 20.900 para el fortalecimiento de la democracia. Ofrecimiento, otorgamiento, solicitud y obtención indebida de aportes electorales; destinación indebida de aportes electorales estatales; entrega de antecedentes o certificación de hechos falsos al Servicio Electoral 25 Angélica Torres Figueroa III. UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS **Artículos** La doctrina de la ignorancia deliberada en el delito de desvío de sustancias químicas controladas 57 Lorena Rebolledo Latorre IV. UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES **Artículos** Tres nudos críticos en los procesos de extradición activa: visión 97 jurisprudencial

María Luisa Montenegro Torres

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	
Artículos	
La Violencia de Género y el Delito de Estupro Catalina Duque González	123
La calificante de alevosía y otras consideraciones a partir del juicio por homicidio en contexto de violencia intrafamiliar del niño Á.M.Z. <i>Enzo Osorio Salvo</i>	145
VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS, MEDIOAMBIENTALES Y CRIMEN ORGANIZADO	
Artículos	
Abogados y lavado de dinero Marcelo Contreras Rojas	165
El delito de colusión. Comentarios críticos (sustantivos y procesales) relacionados con la nueva figura penal Andrés Salazar Cádiz	185
VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS	
Artículos	
Consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el delito de aborto en Chile Eva Curia Castro	217

PRÓLOGO

En el último período se han conocido bullados casos de atentados en contra de la libre competencia, específicamente de colusiones que han generado indignación en la opinión pública. Este sentimiento de rechazo ha abierto nuevamente el debate en torno a la tipificación como delito, o no, de la colusión, y sobre la titularidad para el ejercicio de la acción penal respectiva. En este escenario el legislador optó por una definición cuyas consecuencias están aún por verse, pudiendo vislumbrarse desde ya cuestiones que pueden llegar a presentar problemas, sea desde el punto sustantivo o desde el procedimental.

Entrando en concreto a un análisis al respecto, la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado ofrece en esta edición un artículo que enfrenta en forma crítica esta nueva normativa.

Similar escenario han producido los casos que se han ido conociendo en torno al financiamiento de la política, lo que también llevó al legislador a crear nuevas figuras penales que castigan entre otras conductas, los aportes electorales irregulares. La Unidad Especializada Anticorrupción analiza estas figuras en un artículo que aborda los tipos penales de la Ley N°20.900.

Por su parte en este número se abarcan otros temas muy relevantes, como son los problemas que se discuten en torno al aborto, el estupro analizado desde la perspectiva de la violencia de género, la alevosía en un caso de homicidio en contexto de violencia intrafamiliar y sobre nudos críticos que se observan en la práctica en los procedimientos de extradición pasiva.

Del mismo modo, ofrecemos un artículo que se refiere al eventual rol de los abogados en el ilícito de lavado de dinero, y otro que profundiza en la doctrina de la ignorancia deliberada en el delito de desvío de sustancias químicas controladas.

Finalmente, se incluye en este número una interesante sentencia dictada por la Corte Suprema, en la que se pronuncia respecto de la validez de la denuncia anónima en relación a las actuaciones autónomas que puede llevar a cabo la policía.

JORGE ABBOTT CHARME

FISCAL NACIONAL

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. DENUNCIA ANÓNIMA - DENUNCIA POLICIAL ACTUACIONES AUTÓNOMAS DE LA POLICÍA. CONTROL DE IDENTIDAD

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

La policía recibió una denuncia anónima de actividades de tráfico de estupefacientes que desarrollaría un individuo, realizando sobre esa base determinadas averiguaciones para establecer la seriedad de esa denuncia, logrando dar con la identificación del sujeto como el vehículo en que se transportaba.

Con esa información dieron cuenta al fiscal de sus averiguaciones, quien les otorgó una orden de investigación particular para los hechos denunciados, diligencias que arrojaron como resultado la constatación de un viaje del sujeto. Ante dicha circunstancia, resulta claro que procedía ejecutar alguna acción investigativa, siendo pertinente al desarrollo de los hechos el control de identidad.

En efecto, se presentaba una pluralidad de indicios que habilitaban tal accionar: por un lado, la información concreta de la actividad delictiva de un sujeto identificado y el vehículo en que se movilizaba, que siendo puesta en conocimiento del fiscal competente, motiva la orden de realizar las pesquisas para constatar la efectividad de esa información; y la observación del individuo movilizándose en el vehículo por la ruta que utilizaría para perpetrar el ilícito.

Esas circunstancias son bastantes para justificar el cometido policial, puesto que, la primitiva denuncia anónima pasó a ser de carácter policial, construida sobre la base de la información proporcionada por aquella más las constataciones hechas por los funcionarios sobre la identidad del sujeto, el móvil en que se trasladaba y el recorrido que efectuaba, y que por su seriedad fue estimada suficiente por el ente persecutor para ordenar la práctica de diligencias tendientes a la averiguación de la efectividad de esa delación.

Texto Completo:

Santiago, dieciocho de octubre de dos mil dieciséis.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles condenó, en procedimiento ordinario, por sentencia de diecisiete de agosto de dos mil dieciséis, a las imputadas Ana Rosa Balboa Mena e Isabel Inés Fuentes Pino a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más una multa de cuarenta unidades tributarias mensuales, por su responsabilidad como

autoras del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cometido en la comuna de Los Ángeles, el día 28 de octubre del año 2015. Dispone el cumplimiento efectivo de la pena, deja constancia que no hay abonos que considerar, decreta el comiso de las especies incautadas y exime a las sentenciadas del pago de las costas.

En contra de dicha sentencia la defensa de las acusadas dedujo recurso de nulidad, el que fue admitido a tramitación por resolución de trece de septiembre de dos mil dieciséis, fijándose a continuación la audiencia que se llevó a cabo para su conocimiento, incorporándose el acta de rigor.

Considerando:

Primero: Que el recurso invoca, en primer término, la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, la infracción sustancial de garantías constitucionales durante la tramitación del proceso, a saber, las contenidas en el artículo 19 N° 3 inciso 5° y N°7 letra f) de la Carta Fundamental, aludiendo al principio del debido proceso en su arista al derecho a un proceso legalmente tramitado. Afirma el arbitrio que el procedimiento se inició por un control de identidad practicado fuera de los casos del artículo 85 del Código Procesal Penal, ya que se fundó en una denuncia anónima que daba cuenta que un individuo apoyado "el toño", conductor de un taxi colectivo, trasladaría droga en horas de la noche desde Temuco hacia la ciudad de Los Ángeles, ante la cual los

policías logran la individualización del individuo y del vehículo, lo que es comunicado al fiscal, quien autoriza la realización de diligencias para constatar la efectividad de la delación. Sostiene el recurso que no se está ante un indicio en los términos del citado precepto, puesto que la información proporcionada es poco precisa y carente de especificaciones y se desconoce la identidad del denunciante, de modo que no se ha demostrado la real existencia de esa noticia, más aún cuando de ella no se obtuvo información sobre las recurrentes.

Indica que el segundo indicio, esto es, la existencia del vehículo y del investigado conduciéndolo en la vía pública en compañía de tres pasajeros, son conductas absolutamente neutras que por sí no habilitan un control de identidad, a pesar de lo cual los funcionarios policiales montan un dispositivo para interceptar y registrar el vehículo, sus ocupantes y vestimentas, amparándose en un presunto control vehicular que no es tal. Añade que el control de identidad, al restringir la libertad y eventualmente otros derechos del imputado, es de aplicación restrictiva, y a resultas que en este caso los policías contaban con la identificación completa del denunciado y de su vehículo, la actuación carece de sentido, lo que refrenda la circunstancia que sus ocupantes sólo desplegaron conductas de común ocurrencia, y por ello las evidencias obtenidas no pueden ser valoradas positivamente al no provenir de una diligencia ajustada a derecho.

Da cuenta de la preparación del recurso, por cuanto solicitó la declaración de ilegalidad de la detención en la audiencia de control; pidió la exclusión de la prueba en la audiencia de preparación de juicio oral, petición que fue acogida; alegó en la vista del recurso de apelación deducido por el Ministerio Público contra la referida decisión; y denunció estos vicios en el juicio oral. Afirma que el perjuicio sufrido por las encartadas radica en que las infracciones advertidas fueron determinantes para la decisión condenatoria, pues de ellas deriva toda la prueba de cargo presentada en juicio.

Subsidiariamente, invoca la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, fundada en una errónea aplicación de los artículos 1º y 2° del Código Penal al considerar como delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material para sancionarla penalmente, aplicándose erróneamente el artículo 1° y 3° de la ley 20.000, en relación a los incisos 9° y 10° del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile. Afirma que solicitó la absolución de las acusadas basado en la falta de antijuridicidad material de la conducta, pues no basta probar la presencia de principios activos de la cannabis, sino que además que la conducta es capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud; sin embargo, los sentenciadores consideraron suficiente para dar por acreditada la lesividad de la sustancia el examen pericial, aunque no indica su composición ni grado de pureza, y el informe sobre la acción de la cannabis a pesar que no se refiere específicamente a la droga encontrada.

Asevera que lo razonado en la sentencia constituye una violación al principio de lesividad, va que las evidencias referidas impiden considerar a la sustancia encontrada como una de aquellas previstas en el artículo 1° de la Ley 20.000, vulnerando el referido principio limitador del ius puniendi estatal, que implica necesariamente que la conducta debe ser capaz de afectar el bien jurídico protegido en términos tales que la intervención del derecho penal se encuentre legitimada. Agrega que el ilícito en examen es un delito de peligro concreto, ya que en forma mediata protege bienes jurídicos supraindividuales: la salud pública, y en ese estatus es un delito de lesión, porque debe existir una lesión concreta para ser estimado típico, para lo cual es preciso que estemos frente a una sustancia capaz de generar graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública, o difusión incontrolable, situaciones que no se verifican en el caso, de modo que se trata de una conducta carente de antijuricidad material.

Indica que solo se logró establecer la presencia de sustancias ilícitas, pero no su idoneidad o aptitud para producir daños considerables o graves efectos tóxicos a la salud, y aduce que existe una ventaja del sistema conceptual que permite al juez no considerar que un hecho constituye tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica si la sustancia de que se trata, a pesar de

estar en los listados correspondientes del reglamento de la ley 20.000, no posee las propiedades de ser estupefaciente o sicotrópica, productora de dependencia física o síquica.

Asevera que este error de derecho influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que fundó la condena de las sentenciadas en circunstancias que debieron ser absueltas.

Finaliza solicitando se invalide el juicio y la sentencia, se determine el estado en que debe quedar el procedimiento y se ordene la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, con exclusión de la prueba testimonial, pericial y documental y posteriormente se disponga la realización de un nuevo juicio. Subsidiariamente, para el evento que se rechace la causal principal, se invalide el fallo recurrido y en su lugar, se dicte otro de reemplazo absolutorio.

Segundo: Que en la audiencia llevada a cabo para el conocimiento del recurso no se rindió prueba de ninguna especie, planteando los intervinientes los argumentos en respaldo de sus pretensiones.

Tercero: Que en lo referente a la garantía del debido proceso, se trata de un derecho sobre el cual existe actualmente coincidencia en que es el resultado de una larga evolución histórica en el sistema del common law, que tendría sus orígenes en la Carta Magna Inglesa de 1215. Ella establecía la prohibición de que un hombre fuera privado de su libertad o de sus bienes, o perjudicado

de cualquier forma sino en virtud del juicio legal de sus pares o de la Ley del Territorio (Debido Proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas, Julián López Masle, monografía contenida en la publicación Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Andrés Bordalí Salamanca (coordinador), Legal Publishing, año 2009, pág.182).

Incorporado en Chile mediante el texto de la Constitución de 1980, cabe resaltar que los comisionados entendieron el debido proceso como un principio que comprendía múltiples otras garantías judiciales y consideraron favorablemente la posibilidad de que su consagración cumpliera una función integradora de los derechos fundamentales. Siguiendo esa línea, se prefirió un concepto cuyas precisiones pudieran ir evolucionando de acuerdo con el tiempo y ser recogidas y precisadas por la jurisprudencia. Con el ingreso al ordenamiento jurídico nacional de la Convención Americana de Derechos Humanos (publicada en el Diario Oficial el 05 de enero de 1991) v el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (publicado con fecha 29 de abril de 1989), se reunió un extenso catálogo de garantías judiciales, que aparecen enunciadas, como tales, en dichas convenciones, descritas con precisión y especificidad. La reforma procesal penal, a propósito del derecho a un debido proceso, convirtió en función central de la judicatura asegurar el respeto de los derechos fundamentales a través de diversos sistemas de control, preventivos y correctivos, inmersos en distintas normas

del Código Procesal Penal. En esta realidad normativa, resulta evidente que se impone a los jueces la utilización de los principios constitucionales como estándares frente a los cuales debe enfrentarse ya no sólo la legislación, sino también la conducta de los agentes de la persecución penal e, incluso, de los propios jueces. Según palabras del mismo autor, "Los principios constitucionales deben necesariamente convertirse en fuentes generadoras de reglas para la persecución penal y, entre ellos, el principio del debido proceso es llamado a cumplir un rol protagónico." (López cit, pág.197).

El mensaje del Código Procesal Penal sostiene que deben explicarse los principios básicos que rigen el enjuiciamiento criminal, especificando los contenidos de la Constitución Política y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en que el eje del procedimiento está constituido por la garantía del juicio previo. "Otro de los principios generales del sistema propuesto consiste en la aplicación directa de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos relevantes en cuanto a la regulación del procedimiento penal. Esta disposición obedece a la necesidad de reforzar la noción de que el procedimiento penal se organiza a partir del desarrollo de los principios generales del ordenamiento jurídico que regulan la relación entre el Estado y los ciudadanos y que se encuentran recogidos en esos cuerpos normativos. En este sentido, se trata de resaltar la importancia de estos principios por sobre los mecanismos procesales específicos consagrados en la ley. Los jueces deberán trabajar integrando las normas procedimentales con las de carácter constitucional e internacional, interpretando y aplicando las primeras de modo que den cumplimiento a las exigencias contenidas en las dos últimas." (Historia de la Ley N° 19.696, mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un nuevo código de procedimiento penal, Biblioteca del Congreso Nacional, págs. 18-19).

Acorde con ese contexto, es preciso señalar que esta Corte ha sostenido consistentemente, en torno al debido proceso, que se trata de un derecho asegurado por la Constitución Política de la República el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y al efecto el artículo 19, N° 3°, inciso sexto, le confiere al legislador la misión de definir las condiciones de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal salvaguardia supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de resguardos que la Carta Fundamental, los tratados internacionales ratificados por Chile en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura, a vía de ejemplo, que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan impugnar las resoluciones con las que no estén conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas (SCS N° 6902-2012, de 06

de noviembre de 2012, N° 2747-13 de 24 de junio de 2013, N° 6250-2014, de 07 de mayo de 2014, entre otras).

Cuarto: Que por otro lado, en lo concerniente al logro de evidencias, es necesario afirmar, como premisa básica, que la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, aspecto que conduce a excluir del proceso a todo acto que quebranta dicho sistema. En este sentido, Hernández Basualto afirma que "el Estado está obligado de modo especial a velar por el irrestricto respeto de las garantías fundamentales y a evitar sin más los efectos ilegítimos de los atentados de que son objeto, (...) de no verificarse la exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de tales garantías fundamentales el Estado estaría usando como fundamento de una eventual condena el resultado de una vulneración constitucional". (La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno, Héctor Hernández Basualto, colección de investigaciones jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, año 2005, N° 2, págs. 65-66).

Quinto: Que, en estas condiciones, sólo las evidencias conseguidas con observancia de las garantías constitucionales de los sujetos de la imputación penal puede servir, como prueba válida, a una decisión de condena. En esta línea, el legislador es quien ha establecido las reglas que salvaguardan el derecho a un debido proceso.

Una de las principales temáticas analizadas a la luz de las garantías constitucionales de los sujetos de la imputación penal, tiene relación con la delimitación de los márgenes de acción de los organismos auxiliares del Ministerio Público. Al respecto, esta Corte Suprema ha sostenido en los pronunciamientos Rol N° 4653-13, de 16 de septiembre de 2013, Rol N° 11767-13, de 30 de diciembre de 2013, Rol N° 23.683-2014, de 22 de octubre de 2014 y Rol N° 6676-2015, de veinticinco de junio de 2015, entre otros, que el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentre sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (artículo 80 del Código Procesal Penal).

A su turno, el artículo 83 del mismo texto legal establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden previa o instrucción particular de los fiscales, permitiendo su gestión autónoma para prestar auxilio a la víctima (letra a); practicar la detención en casos de flagrancia conforme a la ley (letra b); resguardar el sitio del suceso con el objeto de facilitar la intervención de personal experto de la policía, impedir la alteración o eliminación de rastros o vestigios del hecho, etcétera, (letra c); identificar testigos y consignar las declaraciones que ellos

presten voluntariamente, tratándose de los casos de las letras b) y c) citadas (letra d); recibir las denuncias del público (letra e) y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales (letra f).

De lo recién expuesto aparece que la regla general de la actuación de la policía es que se realiza bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público, y como excepción, su desempeño autónomo en la ejecución de pesquisas y detenciones en precisos y determinados casos delimitados claramente por el legislador, que incluso ha fijado un límite temporal para su vertiente más gravosa (las detenciones) con el objeto de eliminar o reducir al máximo la discrecionalidad en el actuar policial del que se derive restricción de derechos. Dicha regulación trata, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano encargado por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado -y sometido a control jurisdiccional- en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos (SCS N° 20.415-15 de 15 de diciembre de 2015).

Sexto: Que, de esta manera, el examen de validez de la prueba de cargo, que sustentó la decisión de condena, pasa por revisar la normativa apli-

cable a la diligencia de control de identidad, puesto que en la medida en que se hayan respetado los parámetros establecidos por el legislador con miras a una efectiva persecución penal, pero en observancia de la garantía del debido proceso, se estará ante una evidencia legítima. Al contrario, si la ley ha sido quebrantada, se hace necesario determinar si ello ha acarreado el desconocimiento de los derechos fundamentales de las enjuiciadas, y en la afirmativa, la trascendencia de tal transgresión.

La actuación en estudio está regulada en el artículo 85 del Código Procesal Penal que, a la época en que esta se llevó a cabo, prescribía que "Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.

Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente.

En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado, previo cotejo de la existencia de órdenes de detención que pudieren afectarle. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas."

Séptimo: Que conforme con lo que se ha ido señalando, el control de identidad es una actuación autónoma que requería a la época de los hechos, para ser ejecutada, estar ante un caso fundado en que, según las circunstancias, se presenten indicios de que una persona haya cometido o intentado cometer un ilícito, o bien se apreste a perpetrarlo, en lo que atañe a este proceso.

Ahora bien, en el caso en comento, tal como fue establecido por la resolución recurrida al valorar las evidencias, la policía recibió una denuncia de actividades de tráfico de estupefacientes que desarrollaría, presuntamente, un individuo apodado el "toño", realizando sobre esa base determinadas averiguaciones para establecer la seriedad de esa denuncia, logrando dar con la identificación del sujeto como el vehículo en que se transportaba. En esas circunstancias, dan cuenta al fiscal de sus averiguaciones, circunstancia que implica la intervención del órgano persecutor en la pesquisa, otorgando una orden de investigación particular para los hechos denunciados.

De este modo, por instrucciones del Ministerio Público, los funcionarios policiales montan una vigilancia que arroja como resultado la constatación del viaje del sujeto hacia la ciudad de Los Ángeles en un vehículo en que se hallaban, además, tres adultos y un lactante. Ante dicha circunstancia, resulta claro que procedía ejecutar alguna acción investigativa, siendo pertinente al desarrollo de los hechos el cuestionado control de identidad. En efecto, se presentaba una pluralidad de indicios que habilitaban tal accionar: por un lado, la información concreta de la actividad delictiva de un sujeto identificado y el vehículo en que se movilizaba, que siendo puesta en conocimiento del fiscal competente, motiva la orden de realizar las pesquisas para constatar la efectividad de esa información; y la observación del individuo movilizándose en el vehículo por la

ruta que utilizaría para perpetrar el ilícito. En la especie, estas circunstancias son bastantes para justificar el cometido policial, puesto que, a diferencia de otros recursos que ha debido resolver esta Corte, la primitiva denuncia anónima pasó a ser de carácter policial, construida sobre la base de la información proporcionada por aquella más las constataciones hechas por los funcionarios sobre la identidad del sujeto, el móvil en que se trasladaba y el recorrido que efectuaba, y que por su seriedad fue estimada suficiente por el ente persecutor para ordenar la práctica de diligencias tendientes a la averiguación de la efectividad de esa delación. En este contexto, ciertamente se configura un indicio para la realización del control de identidad, al que se suma la observación de un automóvil que cumple con las precisas características logradas, y tripulado por cuatro personas adultas, una de las cuales responde a la identificación con que contaban los policías -siendo las restantes desconocidas-, estableciéndose, de este modo, un segundo indicio.

Cabe destacar que no se contaba, en ese estado de la indagatoria, con datos más precisos —escuchas telefónicas, agentes encubiertos—respecto de una transacción de droga que podría ser efectuada por el investigado, circunstancia que impedía solicitar una orden de detención, y que por lo mismo llevaba naturalmente al control de identidad, no sólo del hombre que había sido detectado, sino que de sus acompañantes en el vehículo.

Octavo: Que en estas condiciones, el proceder policial se ha ajustado a la ley, a resultas que se presentaban, de acuerdo con las circunstancias, una pluralidad de indicios que constituían un caso fundado que permitía realizar un control de identidad y registro del móvil, y por ello la evidencia obtenida es lícita, pudiendo servir de base a la decisión de condena, situación que lleva al rechazo de la causa principal del recurso.

Noveno: Que, para decidir la causal subsidiaria del recurso, cabe tener en cuenta que los hechos establecidos por el considerando undécimo del fallo recurrido son los siguientes:

"El día 28 de octubre de 2015, alrededor de las 22.20 horas en la ruta 5 Sur, en el acceso del peaje Duqueco, las acusadas Ana Rosa Balboa Mena e Isabel Inés Fuentes Pino, fueron sorprendidas por personal policial poseyendo, portando, guardando y transportando, en el vehículo conducido por Manuel Antonio Muñoz Fernandoy, marca Chevrolet, modelo Chevi, color negro, placa patente ZC-6356, dos paquetes, uno de ellos contenedor de 210 gramos de marihuana de tipo prensada, y otro contenedor de 303 gramos de marihuana de tipo prensada, al interior del vehículo en que se movilizaban, sin la respectiva autorización. Además se encontró al interior del vehículo un tercer contenedor de 474 gramos de marihuana prensada, y la suma de \$240.000 en efectivo".

Décimo: Que tales hechos fueron calificados como constitutivos del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, para lo cual la decisión tuvo

presente los dichos de los Sargentos Neira, Rubilar y Ortiz, quienes participaron en el procedimiento policial y señalaron que se encontró en el porta maleta del auto un paquete envuelto en cinta adhesiva transparente con 474 gramos de marihuana prensada; en el asiento trasero izquierdo, al interior de una mochila de niño en poder de la acusada Isabel Inés Fuentes Pino, una bolsa color blanco recubierta en papel de aluminio con 303 gramos brutos de la misma sustancia; y en el asiento trasero del costado derecho, un bolso o cartera color café con negro con una bolsa de color negro envuelta en papel aluminio, que llevaba Ana Rosa Balboa Mena, conteniendo 210 gramos brutos del mismo estupefaciente, hallazgos que fueron ratificados con la prueba fotográfica. Añade que la droga encontrada fue objeto de pruebas de campo positiva para marihuana, y evaluada en el Protocolo de Análisis Químico N° 522/2015, que concluye que la reacción química de las muestras comprueba la presencia de los principios activos de cannabis sativa, mientras que el examen microscópico demuestra que la hierba examinada corresponde a cannabis sativa.

Adicionalmente, el mismo basamento tiene en cuenta que el estupefaciente se encontraba en envoltorios
contendores de marihuana prensada,
en un estado en que comúnmente
mantienen la droga las personas
que se dedican a su tráfico para ser
molida y dosificada en cantidades
pequeñas para su comercialización
y posterior consumo, señalando que
una dosis para consumo pesa habi-

tualmente 200 miligramos, por lo que a partir de un gramo de *cannabis* puede obtenerse aproximadamente 5 dosis, por lo que las cantidades incautadas a las acusadas –aún consideradas de manera separada- permitirían la elaboración de un número de porciones que hace factible inferir un ánimo de traficar.

Undécimo: Que para resolver adecuadamente el recurso, se hace necesario tener en cuenta que el tipo penal por el cual fueron condenadas las imputadas, contenido en el artículo 3º de la Ley N° 20.000, dispone: "Las penas establecidas en el artículo 1º se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias.

Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas."

El artículo primero de la ley en referencia alude a las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Por el contrario, el artículo 4° de la misma ley prescribe: "El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estu-

pefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.

Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título."

Duodécimo: Que, como es posible advertir de las descripciones fácticas de los tipos penales en referencia, aparece una diferencia que estriba en la relevancia, para establecer la concurrencia del tipo penal, del análisis de pureza. En efecto, en relación con el delito de tráfico de estupefacientes previsto en el artículo 3° de la ley del ramo, la pureza de la sustancia traficada no es una exigencia del tipo penal, desde que lo que basta para

encontrarnos ante una sustancia prohibida es que ésta sea productora de dependencia física o síquica, sea o no capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, y que se encuentre incorporada en el reglamento de la ley. Al efecto se debe tener presente que la propia Ley N° 20.000, en su artículo 63, ha establecido que será un reglamento el que señale las sustancias a que se refiere el artículo 1° del referido cuerpo legal, dictándose el D.S. 867 del año 2008, que reemplazó al D.S. 565 del año 1995, que clasifica las sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica en dos listas (artículos 1° y 2°), dependiendo de si son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud o no, haciendo expresa mención a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 1° de la Ley 20.000. Y la cannabis, en sus estados de resina, sumidades floridas o con frutos, o extractos y tinturas, se encuentra contemplada en el actual artículo 1° del citado Reglamento, entre aquellas drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas que son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

De esta manera, la presencia de los principios activos de la sustancia de rigor es suficiente para calificarla como aquellas que constituyen el objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas, cuestión que ocurrió en este caso al detectarse en las muestras periciadas la presencia de aquellos principios activos propias de dicha sustancia.

Décimo tercero: Que, por otra parte, resulta necesario señalar que sobre esta temática, esta Corte ha sostenido en el último tiempo que la salud pública constituye el bien jurídico tutelado por el delito descrito en el artículo 4° de la ley del ramo, tráfico o porte de pequeñas cantidades, y por ello se requiere del ente acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que, entre otros elementos, debe especificar la composición y grado de pureza del producto examinado, puesto que dicho antecedente es el que demuestra la lesividad o peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública, en cuanto tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública.

Sin embargo tales disquisiciones se justifican en la medida que el conocimiento del grado de pureza de la droga es un elemento a considerar por el juez al momento de dar por establecido el ilícito de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes, desde que dicho componente es trascendente a la hora de confirmar o descartar el uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo del tenedor de la droga. Es esta causal de exención de responsabilidad penal de este preciso delito la que torna en imprescindible contar con el estudio de la calidad o pureza de la sustancia, y que no aparece en la tipificación del artículo 3° de la ley 20.000.

De esta manera, la exigencia del informe sobre pureza de la droga, en la especie, no juega el rol trascendente asignado en otros casos, por cuanto la gran cantidad incautada -no discutida- a saber, 303 gramos brutos de marihuana prensada en caso de la encartada Isabel Inés Fuentes Pino y 210 gramos brutos de la misma droga respecto de la enjuiciada Ana Rosa Balboa Mena evidencian, tal como afirmó la resolución recurrida haciendo una aproximación de las dosis que podrían llegar a elaborarse con esa cantidad de estupefaciente, una posibilidad concreta de masiva e incontrolada circulación entre consumidores finales, lo que deja de manifiesto su peligrosidad en relación con el bien jurídico tutelado, teniendo en cuenta, además, que los protocolos acompañados afirman que las muestras agregadas al proceso dan cuenta de principios activos estupefacientes en la sustancia examinada, es decir, no está descartada sino que confirmada la presencia de cannabis sativa en ésta.

En suma, aquella peligrosidad que se echa de menos en los casos en que la sustancia incautada corresponde a una cantidad menor, respecto de la cual no consta su grado de pureza, se ve suficientemente establecida en el caso de estos antecedentes al tratarse de un pesaje mayor, que deja en evidencia, más allá de la concentración de componentes alucinógenos, la masividad de su distribución, afectando de este modo, en términos de peligro concreto, al bien jurídico salud pública. En este estado de cosas, el objeto material del delito de tráfico de estupefacientes ha sido demostrado en el caso en comento, motivo

por el cual no han errado los sentenciadores al establecer que los hechos descritos satisfacen la figura típica del artículo 3 de la Ley N° 20.000, razón por la cual este apartado del recurso de nulidad también será desechado.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa de las acusadas Ana Rosa Balboa Mena e Isabel Inés Fuentes Pino, contra la sentencia de diecisiete de agosto de dos mil dieciséis, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1501033753-1, RIT 116-2016, los que en consecuencia, no son nulos.

Se previene que el Ministro Sr. Brito concurre al rechazo de la causal subsidiaria del recurso de nulidad, teniendo únicamente en consideración lo siguiente:

1° Que el hecho que se tuvo por establecido en el motivo undécimo del fallo que se revisa y por el cual resultaron condenadas las recurrentes, fue calificado como constitutivo del delito de tráfico ilícito de droga descrito y sancionado en el artículo 3° en relación con el 1° de la Ley N° 20.000, que penaliza a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que se refiere el artículo 1° ya mencionado, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias, tratándose en el caso de las contempladas

en el inciso 1° del artículo 1° de la misma Ley, de aquéllas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

2° Que la conducta tipificada en el artículo 3° de la Ley N° 20.000 sólo requiere que el objeto material lo constituyan "las sustancias a que dicha disposición se refiere (el artículo 1°, que alude a aquellas productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud) o con las materias primas que sirvan para obtenerlas", que se describen y clasifican en los artículos 1° y 2° del Reglamento de la Ley N° 20.000. Luego, según el claro tenor de la norma, no es una exigencia del tipo penal la pureza de la sustancia traficada, de modo que resulta inconcuso que lo incautado, aun desconociéndose su concentración, fue marihuana en estado de prensada, sustancia capaz de producir daños considerables a la salud, según dio cuenta la prueba producida en juicio, consistente en el Protocolo de Análisis N° 522/2015, que tanto en los exámenes químico y microscópico dio cuenta de la presencia de Cannabinoles y los principios activos de Cannabis Sativa y que incluyen el informe de sus efectos y peligrosidad para la salud pública.

Por otra parte, se debe tener presente que es la propia Ley N° 20.000, en su artículo 63, la que ha establecido que será un reglamento el que señale las sustancias a que se refiere el artículo 1° del referido cuerpo legal. A tal efecto, el D.S. 867 del año 2008, que reemplazó al D.S. 565 del año 1995,

clasifica las sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica en dos listas (artículos 1° y 2°), dependiendo de si son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud o no, haciendo expresa mención a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 1° de la Ley 20.000. Y la marihuana se encuentra contemplada en el artículo 1° del citado Reglamento, entre aquellas drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas que son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

3° Que el protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la Ley N° 20.000 -y respecto del cual se vale la defensa para sostener que estamos ante una conducta carente de antijuridicidad material- no altera lo que antes se ha dicho, desde que éste no está destinado a cumplir el rol que el recurso pretende, y prueba de ello es que se encuentra regulado dentro del título referido a la competencia del Ministerio Público y específicamente dentro del párrafo sobre "medidas para asegurar el mejor resultado de la investigación". De manera que los elementos que allí se enuncian y sobre los cuales ha de pronunciarse el Servicio de Salud -peso, cantidad, composición y grado de pureza- le permitirán tener al juez un mejor conocimiento de las características de la droga incautada, pero en ningún caso servirán para concluir que dadas tales características, la sustancia en cuestión -marihuana prensada, en la especie- deja de ser tal.

Registrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Cisternas y de la prevención, su autor.

Rol N° 59.013-16

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y el Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez E. No firman el Ministro Sr. Künsemüller y el Abogado Integrante Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

LOSTIPOS PENALES CREADOS POR LALEY N° 20.900 PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA. OFRECIMIENTO, OTORGAMIENTO, SOLICITUD Y OBTENCIÓN INDEBIDA DE APORTES ELECTORALES; DESTINACIÓN INDEBIDA DE APORTES ELECTORALES ESTATALES; ENTREGA DE ANTECEDENTES O CERTIFICACIÓN DE HECHOS FALSOS AL SERVICIO ELECTORAL

Angélica Torres Figueroa 1

A fines del año 2014, la Presidencia de la República presentó un Mensaje que dio pie a la tramitación de un proyecto de ley para el fortalecimiento y transparencia de la democracia. Dicha iniciativa se enmarcó en un proceso que buscaba robustecer el sistema democrático chileno, tras la crisis en que se vio envuelto Chile a consecuencia de los descubrimientos realizados en el marco de investigaciones penales por graves delitos de corrupción vinculados al financiamiento de campañas políticas. En ese contexto, la iniciativa tenía por objeto abocarse a "la discusión de un nuevo sistema electoral, a la regulación efectiva de las campañas electorales, el control por parte de un órgano con atribuciones suficientes y al financiamiento de los partidos políticos"².

Como resultado de esta iniciativa, con fecha 31 de marzo de 2016 se promulgó la Ley N° 20.900 "Para el fortalecimiento y la transparencia de la democracia", la que luego fue publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de abril del mismo año. Esta norma introduce mecanismos para dar mayor transparencia y control a los conflictos de interés en materia de financiamiento electoral, prohibiendo los aportes de las personas jurídicas y regulando los realizados por personas naturales. Además, establece nuevos tipos penales, los que sancionan las conductas más graves que atenten contra la nueva normativa.

Las principales modificaciones incorporadas por esta ley tienen repercusiones en:

a. Ley N° 18.700 "Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios"

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

² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 20.900*, p. 3 [en línea] Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4915/HLD_4915_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2016].

- b. Ley N° 19.884 "Sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral"
- c. Ley N° 18.603 "Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos"
- d. Ley N° 19.885 "Incentiva y Norma el Buen Uso de Donaciones que dan Origen a Beneficios Tributarios y los Extiende a Otros Fines Sociales y Públicos"
- e. Ley N° 18.556 "Ley Orgánica Constitucional sobre sistema de inscripciones electorales y servicio electoral"
- f. Ley N° 20.640 "Establece el sistema de elecciones primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, Parlamentarios y Alcaldes"
- g. Ley N° 19.882 "Regula nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica"
- h. Ley N° 18.583 "Ley Orgánica Constitucional que fija planta del Servicio Electoral"

En el presente artículo se efectuará una breve revisión de los tipos penales creados, siendo éstos: el ofrecimiento, otorgamiento, solicitud y obtención indebida de aportes electorales, la destinación indebida de aportes electorales estatales y la entrega o certificación de antecedentes falsos al Servicio Electoral. Para ello se tendrá especialmente en consideración el artículo 2 N° 23 y 24 de la Ley N° 20.900, que introduce modificaciones a la Ley N° 19.884 Sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral, específicamente en el párrafo 5 "De las sanciones". A efectos penales, la incorporación de los artículos 27 bis y 27 ter de la Ley N° 19.884 es la más relevante.

1. Aspectos generales

Antes de la dictación de la Ley N° 20.900, el financiamiento privado en período de campaña podía materializarse de las siguientes formas: como aporte anónimo, aporte reservado y aporte privado de carácter público. Además, fuera del período de campaña, existían los aportes permanentes para los partidos políticos: aporte privado de carácter público y aporte reservado El financiamiento público, en tanto, consistía en anticipos a partidos políticos y candidatos independientes, y reembolso de gastos electorales.

Con posterioridad a la dictación de la Ley N° 20.900, se incorporaron importantes modificaciones en materia de financiamiento electoral, tanto en la Ley N° 19.884, como en la Ley N° 18.603.

En la Ley N° 19.884 se modificó el Título II "Del financiamiento de las campañas", distinguiendo entre financiamiento privado (párrafo 1°, artículos 8° y siguientes) y financiamiento público (párrafo 2°, artículos 13 y siguientes).

Por financiamiento privado de una campaña, de acuerdo al artículo 8°, se entiende "toda contribución en dinero o estimable en dinero, que se efectúe a un candidato o partido político, sea que se materialice bajo la forma de mutuo, donación, comodato, o cualquier acto o contrato a título gratuito, destinado al financiamiento de gastos electorales". El artículo 9° de la Ley N° 19.884 establece quienes pueden efectuar aportes a campañas, quienes no pueden realizarlo, y cuales son los límites a los aportes efectuados. En términos generales, pueden aportar personas naturales mayores de 18 años, chilenas o extranjeras con residencia en Chile. No pueden efectuar aportes los miembros del Consejo Directivo y funcionarios directivos del Servicio Electoral. Tampoco pueden efectuar aportes las personas jurídicas. Además, pueden existir aportes propios del candidato o del partido. En general los aportes a campañas son públicos y deben constar por escrito, salvo en el caso de "aportes privados sin publicidad", regulados por el artículo 17. Todos los aportes se deben realizar en la cuenta bancaria abierta por el Servicio Electoral. En cada elección, el Servicio Electoral determina el límite del aporte privado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 9°, el que se remite a los límites de gasto electoral, regulado en el artículo 4° de la misma ley.

Por su parte, el financiamiento público es aquel efectuado por el Estado. Los artículos 13 bis y siguientes de la Ley N° 19.884 establecen la forma y montos del referido aporte.

También se introdujeron modificaciones a la Ley N° 18.603, específicamente en el Título V "Del financiamiento de los partidos políticos", distinguiendo entre el financiamiento privado (artículo 33) y el financiamiento público (artículos 33 bis y siguientes).

El financiamiento privado de los partidos políticos está constituido por las cotizaciones ordinarias o extraordinarias que efectúen sus afiliados, por las donaciones, por las asignaciones testamentarias que se hagan en su favor y por los frutos y productos de los bienes de su patrimonio. Sólo pueden efectuar aportes privados las personas naturales, no las personas jurídicas. Los límites del financiamiento privado están establecidos en el artículo 33.

El financiamiento público es aquel otorgado por el Estado, a través del Servicio Electoral, de forma trimestral. Debe ser destinado a la atención de los gastos de funcionamiento del partido, la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles, el pago de deudas, el desarrollo de actividades de formación cívica de los ciudadanos, la preparación de candidatos a cargos de elección popular, la formación de militantes, la elaboración de estudios que

apoyen la labor política y programática, el diseño de políticas públicas, la difusión de sus principios e ideas, la investigación, el fomento a la participación femenina y de los jóvenes en la política y, en general, a las actividades contempladas en el artículo 2º de la misma ley, las que serán detalladas en el apartado N° 2. Los requisitos para obtener financiamiento público y el monto del aporte están contemplados en el artículo 33 bis.

2. Nuevos tipos penales

- a. Otorgamiento u obtención indebida de aportes electorales
- i. Otorgamiento u obtención indebida de aportes electorales. Personas Naturales

El artículo 27 bis inciso primero establece lo siguiente:

Artículo 27 bis.- El que otorgue u obtenga aportes para candidaturas o partidos políticos, de aquellos regulados por esta ley y por la ley N° 18.603, cuyo monto excediere en un cuarenta por ciento lo permitido por la ley, sea de manera individual o en el conjunto de los aportes permitidos, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa equivalente al triple de lo otorgado u obtenido.

Este inciso tipifica lo que se ha denominado "obtención indebida de aportes electorales".

Desde la perspectiva del **sujeto activo**, se trata de un delito común, es decir, no se hacen requerimientos particulares a su respecto en cuanto a edad, sexo, número, o alguna calidad específica³. Por lo tanto, esta figura sanciona a cualquier persona natural que otorgue u obtenga aportes indebidos.

La Historia de la Ley no deja dudas sobre este punto, toda vez que inicialmente se buscó incorporar como sujeto activo de este delito exclusivamente al candidato, al administrador electoral y administrador general electoral; sin embargo dicha indicación fue rechazada, y se aceptó incorporar una modificación que estableció la redacción actual de la disposición⁴. Por otra parte, el mismo documento deja constancia que podrían ser sujetos activos, por ejemplo, candidatos u operadores políticos⁵.

³ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2014, Tomo II, p. 70.

⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 553.

⁵ Ibíd., p. 766.

Respecto a los verbos rectores, estos son "otorgar" u "obtener".

"Otorgar" de acuerdo al diccionario de la Lengua Española, es "conceder algo que se pide".

"Obtener", en tanto, es "alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende".

A diferencia de lo que ocurre en el tipo penal de ofrecimiento o solicitud indebida de aportes electorales, regulado en el artículo 27 bis inciso tercero, en el inciso primero se exige que el aporte se concrete, es decir, no basta la mera solicitud u ofrecimiento del aporte, sino que es necesario que éste se conceda o se consiga. La solicitud u ofrecimiento –que pueden considerarse instancias previas al otorgamiento u obtención– están expresamente sancionadas en el inciso tercero antes mencionado.

Por otra parte, la forma en que se materialice la obtención u otorgamiento de los aportes es irrelevante. Originalmente, la propuesta de tipificación señalaba que era necesario utilizar procedimientos contrarios a los establecidos en la Ley N° 19.884 y 18.603; sin embargo, dicha propuesta fue rechazada, considerando que lo relevante era que el monto del aporte fuera superior al permitido por ley, sin importar si los procedimientos utilizados eran contrarios o no a los establecidos en la legislación referida⁸.

Respecto al aporte, resulta pertinente referirse a su naturaleza y monto.

En cuanto a la **naturaleza** del aporte, si bien es cierto el tipo penal no distingue si es público o privado y sólo se dice que debe estar regulado por Ley 19.884 y 18.603, puede considerarse que "el tipo del inciso primero está concebido exclusivamente para reprimir el financiamiento privado excesivo, y en esa medida, indebido". Ello sería así, principalmente porque "el legislador confía en que el sistema estatal de financiamiento funcionará bien, que siempre dará sólo lo que corresponde (ni más ni menos) y que a su respecto hay suficientes controles, no sólo internos, sino también cruzados (otros beneficiarios), para que así sea"¹⁰.

⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, primera acepción [en línea]. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=RKz1rM9 [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2016].

⁷ Ibíd., primera acepción [en línea]. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=QpzpmTs [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2016].

⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 1110 y sgtes.

⁹ Comunicación privada con el profesor Héctor Hernández Basualto, vía correos electrónicos de fechas 30 de diciembre de 2016, 9 de enero de 2017 y 11 de enero de 2017.

¹⁰ Ibíd.

Además, cuando el legislador ha querido hacer referencia al origen público del financiamiento, lo ha hecho expresamente, como ocurre en el caso del artículo 27 bis inciso cuarto, en que emplea las expresiones "el que utilice los aportes o fondos obtenidos del Fisco".

La discusión parlamentaria no da luces inequívocas sobre este punto; sin embargo, la mayor parte del tiempo los ejemplos utilizados dicen relación con financiamiento privado.

De lo anteriormente señalado, puede desprenderse la siguiente clasificación de las conductas sancionadas:

Aportes privados para campañas

- Otorgar aportes privados indebidos para campañas
- Obtener aportes privados indebidos para campañas

Aportes privados para partidos

- Otorgar aportes privados indebidos para partidos políticos
- Obtener aportes privados indebidos para partidos políticos

Como el artículo 27 bis inciso primero sólo está contemplado para sancionar la obtención u otorgamiento de financiamiento privado y no público, la hipótesis de obtención de aportes públicos indebidos para campañas o partidos políticos debiese sancionarse de acuerdo a las normas generales, es decir, podría ser aplicable el delito de fraude al Fisco contemplado en el artículo 239 del Código Penal, o la obtención indebida de prestaciones estatales del artículo 470 N° 8, dependiendo de las circunstancias particulares del caso. Por otra parte, cabe señalar que la obtención de aportes estatales indebidos no calzaría del todo en la figura contemplada en el artículo 27 bis inciso cuarto (destinación indebida de aportes electorales estatales), ya que esta última está contemplada para sancionar la desviación de los fondos obtenidos del Estado, independiente de si exceden o no el límite del aporte permitido. Si en un caso concreto se obtienen aportes indebidos del Estado, y además se destinan a un objeto diverso de aquellos permitidos por la Ley N° 18.603, se estaría en presencia de un concurso ideal de delitos, que debería resolverse de acuerdo a lo establecido en el artículo 75 del Código Penal¹¹.

En cuanto al **monto** del aporte otorgado u obtenido, habrá que determinar si se trata de aportes privados para campañas o para partidos políticos.

¹¹ El artículo 75 del Código Penal establece:

La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro.

En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave.

En el caso del **aporte privado para campañas**, sea que se otorgue u obtenga, sólo se sanciona penalmente (con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa equivalente al triple de lo otorgado u obtenido) los aportes que excedan un 40% de lo permitido por la ley. Para determinar cuál es el aporte permitido por la ley, debe recurrirse al artículo 9° de la Ley N° 19.884, que establece:

"Ninguna persona podrá aportar en una misma elección y a un mismo candidato las siguientes sumas en las situaciones que se indican:

- a) En el caso de candidatos a alcalde o concejal, una suma que exceda del diez por ciento del límite del gasto electoral fijado para la respectiva comuna. Si dicho porcentaje excede las doscientas cincuenta unidades de fomento, el aporte no podrá superar esta suma.
- b) Tratándose de candidatos a consejero regional, una suma que exceda de doscientas cincuenta unidades de fomento.
- c) En el caso de candidatos a diputado o senador, una suma que exceda de trescientas quince unidades de fomento.
- d) Tratándose de candidatos presidenciales, una suma que exceda de quinientas unidades de fomento.

La situación prevista en el inciso segundo del artículo 26 de la Constitución Política de la República será entendida como otra elección, pudiendo la persona aportar en ella hasta ciento setenta y cinco unidades de fomento.

El Servicio Electoral publicará, en la misma fecha que la ley determina para declarar candidaturas y precandidaturas, el máximo de aportes de origen privado permitido.

Para los efectos de este artículo, se presumirá que el pago de los gastos electorales a que se refiere el Título I, efectuado directa o indirectamente a través de terceras personas, constituye aporte de campaña electoral sujeto a las mismas restricciones señaladas en los incisos precedentes.

Los aportes personales que los mismos candidatos efectúen en sus propias campañas no podrán ser superiores al veinticinco por ciento del gasto electoral permitido, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4º. En el caso de las candidaturas a Presidente de la República, dichos montos no podrán ser superiores al veinte por ciento del gasto electoral permitido, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4º. En el caso de las candidaturas a concejales, dichos montos no podrán sobrepasar las cincuenta unidades de fomento o el veinticinco por ciento del límite de gasto autorizado, cuando este porcentaje sea equivalente a un monto inferior a cincuenta unidades de fomento. Con todo, deberán justificar fehacientemente su origen mediante la acreditación de la fuente de dichos aportes, tales como la venta u otro acto jurídico sobre bienes muebles o inmuebles, la suscripción de créditos, los giros en

cuentas bancarias, la enajenación de títulos constitutivos de obligaciones en dinero y cualquiera otra alteración de su patrimonio personal destinada al financiamiento electoral. El monto total del aporte propio que se haya realizado se determinará una vez descontados los reembolsos efectuados según lo dispuesto en el artículo 15.

Los candidatos y los partidos políticos podrán rechazar cualquier aporte de campaña electoral, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la comunicación del aporte. Transcurrido dicho plazo se entenderán aceptados.

Con todo, ninguna persona podrá efectuar en una misma elección de alcaldes o concejales aportes por una suma superior a mil unidades de fomento o superior a dos mil unidades de fomento tratándose de una elección de diputados, una elección de senadores, una elección de consejeros regionales o una elección presidencial."

El artículo 9° debe complementarse con el artículo 4° de la misma ley, que regula los límites al gasto electoral¹². Dicho artículo además de establecer

12 El artículo 4° de la Ley N° 19.884 establece:

Ninguna candidatura a Presidente de la República, senador, diputado, alcalde, consejero regional o concejal podrá sobrepasar, por concepto de gastos electorales, los límites que se indican en los incisos siguientes.

Tratándose de candidaturas a senador, el límite de gasto no podrá exceder de la suma de mil quinientas unidades de fomento, más aquélla que resulte de multiplicar por dos centésimos de unidad de fomento los primeros doscientos mil electores, por quince milésimos de unidad de fomento los siguientes doscientos mil electores y por un centésimo de unidad de fomento los restantes electores en la respectiva circunscripción.

Los candidatos a diputado no podrán exceder la suma de setecientas unidades de fomento, más aquélla que resulte de multiplicar por quince milésimos de unidad de fomento el número de electores en el respectivo distrito.

El límite de gasto de los candidatos a alcalde no podrá exceder de la suma de ciento veinte unidades de fomento, más aquella que resulte de multiplicar por tres centésimos de unidad de fomento el número de electores en la respectiva comuna. Cada candidato a concejal podrá gastar una suma no superior a la mitad de aquella que se permita al correspondiente candidato a alcalde.

El límite de gasto de los candidatos a consejeros regionales no podrá exceder de la suma de trescientos cincuenta unidades de fomento, más aquella que resulte de multiplicar por un centésimo de unidad de fomento los primeros doscientos mil electores, por setenta y cinco diezmilésimos de unidad de fomento los siguientes doscientos mil y por cinco milésimos de unidad de fomento los restantes electores de la respectiva circunscripción provincial.

En el caso de las candidaturas a Presidente de la República, el límite de gasto será equivalente a la cantidad que resulte de multiplicar por quince milésimos de unidad de fomento el número de electores en el país. No obstante, tratándose de la situación prevista en el inciso segundo del artículo 26 de la Constitución Política, dicho límite se calculará considerando como factor multiplicador un centésimo de unidad de fomento.

Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, el Consejo Directivo del Servicio Electoral establecerá por resolución que se publicará en el Diario Oficial y en el sitio web del Servicio, con doscientos días de anticipación a la respectiva elección, los máximos de gastos electorales permitidos.

la forma de efectuar el cálculo, señala que el Consejo Directivo del Servicio Electoral establecerá por resolución que se publicará en el Diario Oficial y en el sitio web del Servicio, con doscientos días de anticipación a la respectiva elección, los máximos de gastos electorales permitidos.

Así por ejemplo, para las elecciones municipales 2016 el Consejo Directivo del Servicio Electoral estableció mediante resolución O N° 109, de 15 de abril de 2016, los límites de gasto electoral, la que fue publicada en el Diario Oficial y en el sitio web institucional. Además, el Servicio Electoral elaboró un manual titulado "Manual de consulta de financiamiento y gasto para las referidas elecciones", que contempla el límite de gasto electoral, el máximo de aportes por persona, el máximo de aporte menor sin publicidad y el máximo de aporte personal del candidato, para candidatos a alcaldes y concejales de cada una de las comunas del país¹³.

En el caso del **aporte privado para partidos políticos**, en tanto, sólo se sancionan penalmente (con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa equivalente al triple de lo otorgado u obtenido) los aportes otorgados u obtenidos que excedan un 40% de lo permitido por la ley. Para determinar cuál es el aporte permitido por la ley se debe recurrir a lo establecido en el artículo 33 de la Ley N° 18.603, que establece que dicho financiamiento está constituido por las cotizaciones ordinarias o extraordinarias que efectúen sus afiliados, por las donaciones, por las asignaciones testamentarias que se hagan en su favor y por los frutos y productos de los bienes de su patrimonio. Sólo pueden efectuar aportes privados las personas naturales, no las personas jurídicas. Para determinar el límite del aporte, la ley distingue si la persona está afiliada al partido o no. Si está afiliada, no podrá exceder de quinientas Unidades de Fomento al año; si no lo está, no podrá exceder de trescientas Unidades de Fomento al año.

Es pertinente destacar que el artículo 27 bis inciso primero sólo sanciona la obtención u otorgamiento de aportes para candidaturas o partidos políticos que excedan en un cuarenta por ciento lo permitido por la ley. En los demás casos, es decir, cuando el aporte exceda hasta un 40% por sobre lo permitido, las sanciones serán sólo de carácter administrativo, de conformidad a lo establecido en el artículo 27 A de la Ley N° 19.884. Ello se justificó por

Asimismo, para todos los efectos de esta ley, el valor de la unidad de fomento será el vigente a la fecha de la resolución a que se refiere el inciso precedente.

¹³ SERVICIO ELECTORAL DE CHILE. Manual de Consulta de Financiamiento y Gasto Electoral. Electiones Municipales 2016 [en línea]. Disponible en: http://www.servel.cl/wp-content/uploads/2016/07/Manual_Gasto.pdf [fecha de consulta: 4 de enero de 2017].

el Ejecutivo, señalando que "la propuesta consagra una pena privativa de libertad, debe establecerse una conducta suficientemente grave que permita justificar la privación de libertad"¹⁴.

Así por ejemplo, si el monto del aporte privado permitido para una campaña es 100, y una persona natural otorga un aporte de 141, podría ser sancionada por vía penal. En cambio, si en el mismo caso una persona natural otorga un aporte de 139, podría ser sancionada sólo por vía administrativa.

Sobre este punto es necesario destacar que el Ministerio Público, mediante Oficio del Fiscal Nacional N° 34/2016 enviado a la Secretaría General de la Presidencia, con fecha 18 de enero de 2016 manifestó que esta redacción no se ajustaba al espíritu del proyecto de regular de mejor forma esta materia, ya que la conducta reprochable debiese ser aquella en que sencillamente se infringen las normas de financiamiento electoral, que son aquellas que establecen claramente la formas de obtención, y los límites de gastos que están permitidos realizar, independiente del monto que se haya obtenido utilizando mecanismos fuera de los admitidos en esta ley.

Además, en el mismo oficio se mencionó que la pena de multa establecida en el inciso primero, es menor que la contemplada para las infracciones administrativas del art. 27 A de la misma ley, que sanciona hasta con un "Quíntuple del exceso obtenido mayor a un 50%".

Finalmente, debe precisarse que el aporte obtenido u otorgado puede ser efectuado de manera individual o en el conjunto de los aportes permitidos.

ii.- Otorgamiento u obtención indebida de aportes electorales. Personas jurídicas

El **artículo 27 bis inciso segundo** hace referencia a la situación de la persona jurídica.

Tratándose de aportes otorgados u obtenidos por o de una persona jurídica, con infracción a lo que dispone el artículo 26, se impondrá la pena señalada en el inciso anterior, sin importar el monto del aporte, aplicándose lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal. No obstante, excepcionalmente y siempre que se trate de aportes aislados en los

¹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 564. Se señaló además que "en aquellos casos en que se sobrepase el límite de gasto sin alcanzar dicho porcentaje se aplicará una sanción administrativa consistente en una multa que, en conformidad al artículo 27 A de la Ley N° 19.884, equivale al doble del exceso en la parte que no supere el 30%; al triple del exceso en la parte que supere el 30% y sea inferior al 50%, y al quíntuple del exceso en que hubiere incurrido, en la parte que supere el 50%".

que no hay habitualidad y cuyo monto global sea inferior a cincuenta unidades de fomento, el Servicio Electoral podrá no presentar denuncia o querella respecto de tales hechos, sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda.

Cabe señalar que el artículo 2° N° 20 de Ley N° 20.900 reemplaza el artículo 26 de la Ley N° 19.884 por el siguiente:

Artículo 26.- No podrán efectuar aportes para campaña electoral las personas jurídicas de derecho público o derecho privado, con excepción de los que realicen los partidos políticos y el Fisco, en la forma en que lo autoriza la ley.

Se considerará aporte todo desembolso o contribución avaluable en dinero y, tratándose de contratos onerosos, las diferencias manifiestas entre el valor de la contraprestación y el precio de mercado.

No se considerará aporte de personas jurídicas la facilitación gratuita de inmuebles de propiedad de personas jurídicas sin fines de lucro destinados habitual y gratuitamente a encuentros de la comunidad, para la realización de actividades propias de campaña. Este uso deberá ser autorizado por escrito por el representante legal de la entidad respectiva, debiendo enviarse copia de esta al Servicio Electoral por el partido, candidato o sus administradores electorales¹⁵.

Por lo tanto, existe prohibición para las personas jurídicas, salvo partidos políticos y el Fisco, de efectuar aportes para campaña electoral, entendiendo por "aporte" todo desembolso o contribución avaluable en dinero, y tratándose de contratos onerosos, las diferencias manifiestas entre el valor de la contraprestación y el precio de mercado¹⁶. En caso de realizar un aporte, el artículo 27 bis inciso segundo establece que la pena a aplicar será la de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa equivalente al triple de lo otorgado u obtenido, en todo evento, sin importar si el monto del aporte excede el 40% de lo permitido por la ley o no.

De acuerdo a la redacción del tipo penal contemplado en el artículo 27 bis inciso segundo, también se debe sancionar a las personas jurídicas que obtengan aportes, toda vez que se hace referencia a "aportes obtenidos (...) por una persona jurídica, con infracción a lo que dispone el artículo 26", a pesar que el

¹⁵ Este último inciso fue incorporado a raíz de la preocupación manifestada en la discusión legislativa, de no sancionar prácticas que, a la fecha de la discusión, eran frecuentes en diversas localidades del país.

¹⁶ Respecto a "las diferencias manifiestas entre el valor de la contraprestación y el precio de mercado", durante la discusión parlamentaria se planteó, entre muchas explicaciones, que lo que se pretende es evitar que alguien subestime o ponga un valor inferior a algún bien para tratar de no llegar a su máximo de gasto electoral, v. gr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 1140.

artículo 26 sólo regula la prohibición de "aportes efectuados" y no de "aportes recibidos" por personas jurídicas.

Se señaló en la discusión legislativa que "aquí existe una diferencia, sin embargo, respecto del monto. En el caso de las personas jurídicas se prohíbe aportar. En el de las personas naturales está permitido aportar. Por eso sólo se sanciona con pena de presidio cuando el exceso del aporte permitido alcance a una cantidad relevante, la que rebajamos: antes era 50 por ciento; ahora es cuarenta por ciento. Si el exceso es menor, hay multa"¹⁷.

Sobre el punto, el profesor Matus explicó que esta disposición parte de la idea que los aportes de las personas jurídicas están estrictamente prohibidos, y cualquier infracción a esta norma genera responsabilidad inmediata para su autor, de carácter administrativo sancionatorio para la entidad involucrada, y otra de naturaleza penal para la persona que haya obrado materialmente en representación de o por la empresa¹⁸.

La sanción se aplica a las personas naturales que hubiesen intervenido en el acto punible, de conformidad a lo establecido en el artículo 58 inciso 2° del Código Procesal Penal.

En principio, la redacción de este artículo proponía sancionar a los directores y representantes de las personas jurídicas. Sin embargo, en la discusión legislativa el profesor Matus señaló que el artículo 27 A incorpora una sanción pecuniaria, de carácter administrativo, aplicable a las personas jurídicas que aportan a las campañas. Añadió que no tiene sentido hacer una mención expresa a los directores o representantes de la sociedad que ejecutan esos actos, pues en dichas situaciones procede la responsabilidad penal directa, en virtud de lo que se considerará en el artículo 27 bis. Recordó que el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal establece que por regla general sólo son capaces de cometer delitos las personas naturales, y cuando se trata de hechos en los que participa una entidad moral, responden por ella quienes hayan participado en su nombre ejecutando los actos ilícitos. Por esa razón, propuso eliminar en el mencionado inciso final la frase: "aplicándose esta sanción, además, a todos los miembros de su directorio que hayan concurrido favorablemente al acuerdo", lo que en definitiva fue aprobado¹⁹.

Quedó registro en la Historia de la Ley, además, que durante la discusión parlamentaria se sostuvo que "a partir de esta modificación, queda claro que las personas jurídicas que realicen aportes a campañas electorales serán san-

¹⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 1148.

¹⁸ Ibíd., p. 1110.

¹⁹ Ibíd., p. 1108 y 1109.

cionadas con multas, en tanto que las personas naturales que actúen en nombre de la persona jurídica serán sancionadas con las penas de presidio menor en su grado mínimo a medio"²⁰.

Por otro lado, la segunda parte del artículo 27 inciso segundo establece que en los casos de aportes de personas jurídicas, si el aporte es aislado y no existe habitualidad y el monto es inferior a cincuenta Unidades de Fomento, el Servicio Electoral podrá no presentar denuncia o querella respecto a estos hechos, lo que se vincula con las facultades de este servicio en materia procesal penal, aspecto que será revisado más adelante.

Esta disposición reviste una particularidad, toda vez que la aplicación práctica de esta norma quedará sujeta a la interpretación que el Servicio Electoral realice de la frase "aportes aislados en los que no hay habitualidad y cuyo monto global sea inferior a cincuenta Unidades de Fomento". La complejidad radicará en determinar cuándo un aporte es aislado y cuándo no lo es, atendiendo por ejemplo, a un criterio temporal o a un patrón de conducta.

La incorporación del párrafo final obedeció a la preocupación manifestada en la discusión legislativa, derivada del hecho que todos los aportes efectuados por personas jurídicas son sancionables, sin importar el monto, por lo que se estimó pertinente introducir alguna graduación que permita establecer sanciones proporcionales a la infracción. Al respecto, el profesor Matus observó que "si se parte de la base que los aportes efectuados por personas jurídicas son penalmente perseguibles, cabría la posibilidad de incorporar la inquietud planteada por el Honorable Senador señor Larraín y establecer que ante situaciones aisladas de menor entidad, el Servicio Electoral podría discrecionalmente no ejercer la acción penal²¹.

b. Ofrecimiento o solicitud indebida de aportes electorales

El **artículo 27 bis inciso tercero** sanciona los casos de ofrecimiento o solicitud de aportes sancionados por los incisos anteriores:

El ofrecimiento o la solicitud de los aportes sancionados por los incisos anteriores serán castigados con multa equivalente al doble de lo ofrecido o solicitado.

En cuanto a los **verbos rectores**, lo que se sanciona en este inciso es el sólo ofrecimiento o solicitud del aporte, sin ser necesario que éste se concrete²², lo

²⁰ Ibíd., p. 1125.

²¹ Ibíd., p. 1109.

²² Ibíd., p. 567.

que reafirma que en los dos primeros casos el ofrecimiento o solicitud sí debe materializarse, y es por ello que el legislador ha utilizado los verbos rectores "otorgar" y "obtener".

En este sentido, el profesor Matus señaló que esta disposición es coherente con la actual regulación del cohecho activo y pasivo, "pues limitar el delito propuesto a la obtención efectiva de ciertos aportes específicamente regulados hará inútil e inaplicable la propuesta, dadas las múltiples posibilidades de triangulación e imputación de los dineros recolectados"²³.

Por lo tanto, el tipo penal no estaría exigiendo resultado alguno, por lo que se trata de un delito de mera actividad, toda vez que el tipo se satisface con la realización de la acción descrita²⁴.

En cuanto al **bien jurídico protegido** por esta figura y por las demás en estudio, en general no existió mayor debate en sede legislativa. De todas formas, el Ejecutivo planteó que el bien jurídico comprometido es la confianza, credibilidad e integridad del sistema electoral y de los mecanismos de financiamiento de la política ²⁵.

Respecto al **sujeto activo** y a la naturaleza y límites de los **aportes**, cabe la referencia al artículo 27 bis inciso primero, es decir, se trata de un delito común, y los aportes indebidos que se ofrezcan o soliciten son aquellos que excedan el 40% de lo permitido por la Ley N° 19.884 y por la Ley N° 18.603, es decir, aportes privados para campañas y para partidos políticos.

Pero además, el artículo 27 bis inciso tercero hace referencia al artículo 27 bis inciso segundo, toda vez que la expresión utilizada es "el ofrecimiento o la solicitud de los aportes sancionados por los incisos anteriores", lo que significa que también se está sancionando el ofrecimiento o solicitud de aportes por parte de o hacia una persona jurídica, sin importar el monto ofrecido o solicitado.

Por lo tanto, en esta segunda hipótesis, el **sujeto activo** será una persona jurídica, y el monto del **aporte** ofrecido o solicitado no resultará relevante.

Sin embargo, y a pesar que el monto del aporte no es relevante para determinar que existe una infracción al artículo 27 bis inciso tercero, una interpretación sistemática de las normas en cuestión obliga a concluir que en este caso también recibe aplicación la facultad del Servicio

²³ Ibíd., p. 554.

²⁴ GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 69.

²⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p.1109.

Electoral para no presentar denuncia o querella cuando el ofrecimiento o solicitud no sea habitual y no supere cincuenta Unidades de Fomento. Nuevamente, al igual que en el caso del inciso segundo del artículo 27, la complejidad radicará en determinar cuándo un ofrecimiento o solicitud es aislado y cuándo no lo es, y será el Servicio Electoral quien deba efectuar dicha interpretación al momento de decidir si presentar una denuncia o querella.

c. Destinación indebida de aportes electorales del Estado

Por su parte, el artículo 27 bis inciso cuarto establece:

El que utilice los aportes o fondos obtenidos del Fisco, en virtud de lo que prescribe la ley N° 18.603, orgánica constitucional de los Partidos Políticos, en una finalidad distinta a la cual están destinados, será castigado con presidio menor en su grado medio.

En cuanto al **sujeto activo**, se trata de un delito común, toda vez que no se hacen requerimientos particulares a su respecto en cuanto a edad, sexo, número, o alguna calidad específica²⁶. Por lo tanto, esta figura sanciona a cualquier persona que use los referidos fondos en una finalidad distinta a la establecida por la ley²⁷.

El **verbo rector** empleado por el legislador es utilizar. De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, "utilizar" es "hacer que algo sirva para un fin"²⁸. Por lo tanto, se sanciona a quien haga que los fondos obtenidos del Fisco sirvan a un fin distinto de aquellos establecidos por la ley.

²⁶ GARRIDO MONTT, ob. cit. p. 70.

²⁷ Cabe señalar que inicialmente se había propuesto la redacción de un párrafo final que señalaba: "El tercero que, a sabiendas, se haya beneficiado de tales actos, será castigado con presidio menor en su grado mínimo" Sin embargo, ello fue desestimado, al considerar –acertadamente— la opinión del profesor Hernández, quien manifestó que era innecesario hacer en este inciso una mención al tercero que a sabiendas se haya beneficiado de estos recursos mal habidos. Recordó que esta figura coincide plenamente con el aprovechamiento de las especies provenientes del delito, que el artículo 17 del Código Penal ocupa para definir el encubrimiento. En razón de lo anterior, sostuvo que a menos que haya una razón clara para aprobar la regla que se propone al final de este inciso, es mejor eliminar y dejar la regulación de este asunto a las reglas generales del Código Penal. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 1112.

²⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, ob. cit., primera acepción [en línea]. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=bCiUayh [fecha de consulta: 3 de enero de 2017].

Respecto a los **fondos** a los que hace referencia esta disposición, es necesario precisar:

Sólo se trata de fondos públicos. El inciso cuarto señala expresamente que debe tratarse de aportes o fondos obtenidos del Fisco, por lo que se excluyen los aportes privados²⁹.

Sólo se trata de financiamiento de partidos políticos, en virtud de lo que prescribe la Ley N° 18.603, Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, y no de financiamiento de campañas, regulado por la Ley N° 19.884. El fundamento para excluir el financiamiento de campañas, fue que éste siempre opera como un pago contra un gasto previamente aprobado, por tanto no podría darse la situación descrita en este precepto³⁰.

Ahora bien, para poder aplicar este precepto, es necesario además tener claridad acerca de los fines que la ley estima como válidos para destinar los aportes del Estado. De acuerdo con el artículo 33 bis de la Ley N° 18.603, el Estado, a través del Servicio Electoral, otorgará a los partidos políticos aportes trimestrales, los que deberán ser destinados a:

- · La atención de los gastos de funcionamiento del partido
- La adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles
- El pago de deudas
- El desarrollo de actividades de formación cívica de los ciudadanos
- La preparación de candidatos a cargos de elección popular
- La formación de militantes
- La elaboración de estudios que apoyen la labor política y programática
- El diseño de políticas públicas
- La difusión de sus principios e ideas
- La investigación
- El fomento a la participación femenina y de los jóvenes en la política
- En general, a las actividades contempladas en el artículo 2º de la misma ley, es decir, aquellas destinadas a poner en práctica sus principios,

²⁹ Reforzando esta idea, cabe mencionar que en la discusión parlamentaria se planteó que esta hipótesis era una especie de "Fraude al Fisco", en alusión al origen de los fondos desviados. v.gr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., págs. 1112, 1146, 1152. Sin embargo, la alusión a la figura no es del todo correcta, toda vez que no necesariamente existirá intervención de un funcionario público, y tampoco la figura exige engaño o infracción de deber, sino simplemente la desviación de los fondos, sin importar la forma en que fueron obtenidos.

³⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 1112.

postulados y programas. De acuerdo a este mismo artículo, los partidos políticos podrán, además:

- i.- Difundir ante los ciudadanos y habitantes del país sus declaraciones de principios y sus políticas y programas de conducción del Estado; y ante aquéllos y las autoridades que establecen la Constitución y las leyes, sus iniciativas y criterios de acción frente a asuntos de interés público;
- ii.- Cooperar, a requerimiento de las autoridades electas, en las labores que éstos desarrollen;
- iii.- Contribuir a la formación de ciudadanos capacitados para asumir responsabilidades públicas;
- iv.- Promover la participación política activa de la ciudadanía y propender a la inclusión de los diversos sectores de la vida nacional;
- v.- Contribuir a la formación política y cívica de la ciudadanía y de sus afiliados;
- vi.- Promover la interrelación activa y continua entre la ciudadanía y las instituciones del Estado;
- vii.- Promover la participación política inclusiva y equitativa de las mujeres;
- viii. Realizar encuentros, conferencias, cursos, seminarios e investigaciones;
- ix.- Interactuar con organismos e instituciones representativos de la sociedad civil, a nivel nacional, regional y local;
- x.- Realizar publicaciones y difundir sus políticas, planes y programas a través de los medios de difusión;
- xi.- Participar políticamente en entidades nacionales o internacionales;
- xii.- Realizar actividades conjuntas entre dos o más partidos políticos para el cumplimiento de sus fines;
- xiii.- Efectuar las demás actividades que sean complementarias a las anteriores y que no estén prohibidas por la Constitución o las leyes.

Esta figura podría revestir similitud con otras del Código Penal.

Así, por ejemplo, es similar al delito de aplicación pública diferente, contemplada en el artículo 236 del Código Penal³¹. Sin embargo, el

³¹ Art. 236. El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento.

artículo 236 sanciona al empleado público que administre ciertos caudales, y que les da una aplicación diferente, es decir, se requiere un sujeto activo calificado –empleado público–, que además debe estar a cargo de los caudales, exigencia que no se da en este caso, ni respecto a la calidad de empleado público –lo que resulta evidente– ni tampoco respecto a que el sujeto deba estar a cargo de los fondos recibidos, lo que en principio pareciera ampliar el ámbito de aplicación del tipo penal en estudio. Por otra parte, se exige que la aplicación diferente también sea pública, elemento que evidentemente no puede ser exigido por el artículo 27 bis inciso cuarto, por no ser públicas las actividades realizadas por los partidos políticos. Además, el artículo 236 exige que la aplicación diferente de los fondos sea arbitraria, elemento que no es exigido por el artículo 27 bis inciso cuarto, lo que permitiría, en abstracto, una mayor aplicación de esta figura en relación a la del Código Penal.

De todas formas, y a pesar de que el tipo penal en estudio presenta menos requisitos que los establecidos por el artículo 236 –y que en definitiva han hecho compleja su aplicación práctica— debe tenerse presente que el análisis de su aplicación deberá realizarse caso a caso, sobre todo porque la cantidad y amplitud de los fines permitidos por los artículos 2° y 33 bis de la Ley N° 18.603 para destinar los fondos estatales, revisten una complejidad no menor, y pueden dar lugar a diversos problemas interpretativos.

También pudiera resultar similar al delito contemplado en el artículo 470 N° 8 del Código Penal³², pero ambas figuras se diferencian en que este último requiere engaño, elemento que no es exigido por la figura del artículo 27 bis inciso cuarto³³.

³² Art. 470. Las penas del artículo 467 se aplicarán también:

^{8°.} A los que fraudulentamente obtuvieren del Fisco, de las municipalidades, de las Cajas de Previsión y de las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas.

³³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 1112. En este sentido, el profesor Hernández manifestó que el número 8 del artículo 470 no es aplicable en este caso, porque se trata de una forma particular de estafa, que pertenece a un grupo de delitos que requiere siempre un engaño al sujeto pasivo, elemento que en este precepto no se exige. Explicó que si la candidatura o el partido construyen un engaño para obtener esta devolución, se configura una estafa pura y simple.

d. Entrega de antecedentes o certificación de hechos falsos al Servicio Electoral

El artículo 27 ter establece lo siguiente:

Artículo 27 ter.- El administrador electoral, el administrador general electoral o el administrador general de fondos de un partido político que, a sabiendas, en sus rendiciones de cuentas al Servicio Electoral proporcione antecedentes falsos o certifique hechos falsos, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo.

Se trata de un delito especial, cuyo **sujeto activo** sólo puede ser el administrador electoral, administrador general electoral o el administrador general de fondos de un partido político.

El **administrador electoral** es un mandatario designado por cada candidato, responsable de las funciones de control de los ingresos y gastos electorales que la Ley N° 19.884 le asigna³⁴. La figura está regulada en el artículo 30 de la Ley N° 19.884, que establece:

Todo candidato a Presidente de la República, a senador o a diputado, deberá nombrar un Administrador Electoral que actuará como mandatario respecto de las funciones de control de los ingresos y gastos electorales que esta ley le asigna. Igual obligación pesará en el caso de candidatos a alcalde, consejero regional o a concejal. Si no se efectuare la designación, las funciones de Administrador Electoral recaerán en el propio candidato.

El artículo 31 establece sus principales obligaciones, sin perjuicio de otras contempladas en la misma ley. Sus principales obligaciones son:

- Llevar contabilidad simplificada de los ingresos y gastos electorales de la candidatura a su cargo;
- Conservar la documentación relativa a los gastos electorales de la candidatura a su cargo y los comprobantes de los aportes privados, cuando corresponda.
- Remitir al Administrador General Electoral del respectivo partido político la información contable y la documentación relativa a los ingresos y gastos electorales de la candidatura a su cargo, dentro del plazo de diez días contado desde la fecha de la elección correspondiente.

³⁴ SERVICIO ELECTORAL DE CHILE. VII Congreso Nacional de Concejales: "Transparencia y Probidad en la Gestión Municipal y su Impacto en la Opinión Pública" Presentación en Power Point [en línea]. Disponible en: http://www.munitel.cl/Noticias/Congreso_2016/PatricioSantamariaPresidenteSERVEL.pdf [fecha de consulta: 4 de enero de 2017].

- Mantener reserva de los antecedentes que, en tal carácter, reciba en el ejercicio de su cargo.
- Informar al Servicio Electoral o al Administrador General Electoral, en su caso, el hecho de no contar con antecedentes suficientes por parte del candidato, para presentar la rendición de la cuenta de ingresos y gastos electorales. Dicha información debe ser entregada en el mismo plazo contemplado para la presentación de las cuentas o su remisión, según corresponda.

El **administrador general electoral**, en tanto, es el encargado de velar por el control del gasto y financiamiento electoral del partido político. Todos los partidos que participan en una elección deben nombrar a un administrador general electoral³⁵. Está regulado en el artículo 32, que establece:

Cualquier militante del respectivo partido político en las elecciones de Presidente de la República, de senadores, de diputados y de alcaldes, consejeros regionales y concejales, podrá ejercer el cargo de Administrador Electoral General.

El artículo 33 establece sus principales obligaciones, sin perjuicio de otras contempladas en la misma ley. Sus principales obligaciones son:

- Llevar contabilidad simplificada de los ingresos y gastos electorales del respectivo partido político, cualquiera sea la fecha de contratación o pago efectivo de dichos gastos, y aun cuando se encuentren pendientes de pago, de conformidad con las disposiciones de la presente ley.
- Conservar, por el plazo de un año, la documentación relativa a los gastos electorales del partido político y los comprobantes de los aportes privados, cuando proceda, y requerir de los Administradores Electorales la información y documentación que corresponda a cada candidatura a su cargo.
- Remitir al Subdirector de Control del Gasto y Financiamiento Electoral del Servicio Electoral, en la forma y plazo establecidos en la presente ley, la información contable y la documentación relativa a los ingresos y gastos electorales del respectivo partido político, como asimismo las correspondientes a la totalidad de las candidaturas inscritas en representación del partido.
- Mantener reserva de los antecedentes que, en tal carácter, reciba en el ejercicio de su cargo.

³⁵ SERVICIO ELECTORAL DE CHILE. Manual de Consulta de Financiamiento y Gasto Electoral. Electiones Municipales 2016, p. 47 [en línea]. Disponible en: http://www.servel.cl/wp-content/uploads/2016/07/Manual_Gasto.pdf [fecha de consulta: 4 de enero de 2017].

• Velar porque todo gasto efectuado en la campaña electoral sea publicado en el sitio electrónico que deberá llevar al efecto cada partido político.

La figura del **administrador general de fondos** de un partido político, es creada para la administración de los aportes estatales, por el artículo 3 N° 5 de la Ley N° 20.900, que crea un nuevo artículo 34 ter en la Ley N° 18.603, que establece:

Para optar al aporte público que establece esta ley, todo partido político deberá nombrar un profesional en calidad de Administrador General de los Fondos, con domicilio en Chile, quien será colaborador directo de la Directiva Central, en el cumplimiento de las normas y procedimientos internos. Será además responsable, en conformidad a las disposiciones generales, por el uso indebido de los fondos que el Estado entregue al partido, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan afectar al personal a su cargo o a otras personas que hayan vulnerado la correcta utilización de dichos fondos. Este Administrador deberá contar con un título técnico o profesional de una carrera de, al menos, ocho semestres de duración.

Es decir, esta figura nace de la mano de la creación del aporte Estatal trimestral que se entrega a los partidos políticos, establecido en el artículo 33 bis de la misma ley. Sus principales obligaciones están establecidas en el artículo 34 ter, y son las siguientes:

- Llevar la contabilidad detallada de todo ingreso y egreso de fondos, con indicación del origen y destino, la fecha de la operación y el nombre y domicilio de las personas intervinientes. La documentación de respaldo deberá conservarse durante cinco años.
- Presentar a los organismos de control la información requerida por esta ley.
- Reintegrar los aportes que reciba del Estado, en conformidad a esta ley.
- Efectuar todos los gastos con cargo a la cuenta única correspondiente del partido.
- Además, en período de campaña, el Administrador General de los Fondos de un partido podrá ser designado Administrador General Electoral y cumplir con las funciones descritas en el artículo 33 de la Ley N° 19.884, Sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral.

La conducta sancionada es la entrega de antecedentes falsos o certificación de hechos falsos al Servicio Electoral. Es decir, los **verbos rectores** son entregar y certificar.

De acuerdo con el diccionario de la Lengua Española, "entregar" es "dar algo a alguien, o hacer que pase a tenerlo"³⁶. Aquello que se entrega deben ser "antecedentes falsos". Por "antecedente" se entiende "acción, dicho o circunstancia que sirve para comprender o valorar hechos posteriores"³⁷.

Para determinar qué tipo de antecedentes deben ser entregados por cada uno de los sujetos activos mencionados en el tipo penal, es necesario recurrir a las obligaciones establecidas en la Ley N° 19.884, respecto del administrador electoral y del administrador general electoral, y en la Ley N° 18.603, respecto del administrador general de fondos de un partido político, y las demás a las que la propia legislación haga referencia. Se trata, por tanto, de una ley penal en blanco, toda vez que su supuesto de hecho, o al menos parte de su supuesto de hecho o presupuesto, viene recogido de otra norma extrapenal a la que se remite, que puede ser otra ley, reglamento o acto administrativo, de modo que este complemento pasa a integrarla y a conformar un todo con ella³⁸.

A modo meramente ejemplar, puede citarse "la información contable y la documentación relativa a los ingresos y gastos electorales del respectivo partido político", como información que debe ser entregada al Subdirector de Control del Gasto y Financiamiento Electoral del Servicio Electoral, por parte del administrador general electoral, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley N° 19.884.

La falsedad de los antecedentes estará determinada por ser éstos "contrarios a la verdad"³⁹, "simulados"⁴⁰. El tipo penal nada especifica respecto a la falsedad, por lo que ésta puede ser material o ideológica.

Por su parte, "certificar" es "asegurar, afirmar, dar por cierto algo"⁴¹. Aquello que se certifica son "hechos falsos".

³⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, ob. cit., primera acepción [en línea]. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=FltFypa [fecha de consulta: 3 de enero de 2017].

³⁷ Ibíd., segunda acepción [en línea]. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=2mDqfIZ [fecha de consulta: 3 de enero de 2017].

³⁸ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General*. 2ª ed. actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2014, Tomo I, p. 92.

³⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, ob. cit., segunda acepción [en línea]. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=HZC1ih6 [fecha de consulta: 3 de enero de 2017].

⁴⁰ Ibíd., primera acepción [en línea]. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=HZC1ih6 [fecha de consulta: 3 de enero de 2017].

⁴¹ Ibíd., primera acepción [en línea]. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=8OVdkYW [fecha de consulta: 3 de enero de 2017].

Se entiende por "hecho" una "acción u obra"42, una "cosa que sucede"43.

Nuevamente, habrá que remitirse a lo establecido por la Ley N° 19.884 y 18.603 para determinar qué hechos corresponde certificar a los sujetos activos mencionados en el tipo penal.

A modo de ejemplo puede señalarse un hecho a certificar por parte del administrador general, contemplado en el artículo 31 de la Ley N° 19.884: "informar al Servicio Electoral el hecho de no contar con antecedentes suficientes por parte del candidato, para presentar la rendición de la cuenta de ingresos y gastos electorales".

Respecto a la falsedad, me remito a lo anteriormente señalado a propósito de la entrega de antecedentes falsos.

Además, esta entrega o certificación debe efectuarse "en sus rendiciones de cuentas al Servicio Electoral", no en cualquier rendición o acto efectuado por el administrador general, el administrador general electoral o el administrador general de fondos de un partido político.

Cabe señalar que el tipo penal en cuestión no exige resultado alguno, por lo que se trataría de un delito de mera actividad, ya que el tipo se satisface con la realización de la acción descrita⁴⁴. Es decir, no se exige perjuicio al Fisco o algún otro resultado material. Si ello ocurriera, en razón de la entrega de antecedentes falsos o certificación de hechos falsos, podría existir un concurso medial entre la figura en estudio, y el delito de Fraude al Fisco, o 470 N° 8 CP, dependiendo de las circunstancias del caso.

En cuanto al **elemento subjetivo**, quedó constancia en la Historia de la Ley, de la preocupación de no sancionar conductas culposas. En ese sentido, el Senador señor Espina observó que la expresión "a sabiendas" que establece el inciso primero del artículo 27 ter no agrega nada, pues el Código Penal parte de la base que los ilícitos que describe son punibles cuando se obra con dolo, y sólo excepcionalmente es sancionada la comisión culposa. Por su parte, el profesor Héctor Hernández explicó que la doctrina penal en principio coincide con lo señalado anteriormente, pero la práctica jurisprudencial nacional, a lo menos desde la década del 60 del siglo pasado, entiende que la expresión "a sabiendas" exige que la conducta sancionada sea realizada

⁴² Ibíd., cuarta acepción [en línea]. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=K4rxA9a [fecha de consulta: 3 de enero de 2017].

⁴³ Ibíd., quinta acepción [en línea]. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=K4rxA9a [fecha de consulta: 3 de enero de 2017].

⁴⁴ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed. actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2014, Tomo II, p. 69.

con dolo directo. Por su parte, el profesor Jean Pierre Matus coincidió con lo explicado previamente, y añadió que también debe tenerse en vista que el administrador maneja miles de boletas, facturas y documentos de gastos electorales, por tanto, razonó, no debería sancionarse penalmente un mero error, sino la voluntad positiva de perjudicar al Fisco con una rendición que se sabe que es falsa⁴⁵.

3. Aspectos procesales que pueden incidir en la aplicación de los tipos penales

a. Acción pública previa instancia particular

El artículo 2° N° 24 de la Ley N° 20.900 incorporó a la Ley N° 19.884 el **artículo 27 quáter**, que establece lo siguiente:

Las investigaciones de los delitos descritos en los artículos 27 bis y 27 ter solo podrán ser iniciadas por denuncia o querella del Servicio Electoral, sin perjuicio del derecho de toda persona de denunciar dichas infracciones ante el mencionado Servicio.

Los juzgados de garantía y los tribunales del juicio oral en lo penal deberán remitir al Consejo Directivo del Servicio Electoral las sentencias firmes y ejecutoriadas que condenen a personas por los delitos previstos en la letra b) del artículo 28 bis de esta ley, en un plazo de cinco días hábiles desde que se encuentren en dicho estado.

Una de las justificaciones esgrimidas por parte del Ejecutivo en la discusión legislativa, fue "la protección de los candidatos y administradores electorales, para no utilizar el sistema penal como un "arma" en las campañas electorales. Se entiende así que el Servicio sólo podrá ejecutar una persecución penal cuando existan antecedentes suficientes para ello según cuáles sean las infracciones que se hayan cometido"⁴⁶.

Ciertamente, este precepto genera dudas en cuanto a su constitucionalidad, toda vez que podría considerarse que afecta el artículo 83 de la Constitución, en cuanto limita la facultad exclusiva que tiene el Ministerio Público para investigar los hechos constitutivos de delito.

En este sentido, el Oficio enviado por el Tribunal Constitucional a la Cámara de Diputados, con fecha 31 de marzo de 2016, señaló que "no consideramos, en consecuencia, que la facultad que entrega el artículo 27 quáter, que

⁴⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 1114.

⁴⁶ Ibíd., p. 567.

se introduce por el proyecto a la Ley N° 19.884, afecte las facultades que el artículo 83 de la Constitución entrega al Ministerio Público"⁴⁷.

47 Ibíd., p. 1437.

El razonamiento realizado por el Tribunal Constitucional es el siguiente:

NONAGESIMOCTAVO.- Que para resolver adecuadamente este asunto, es necesario tener en cuenta lo siguientes criterios interpretativos. En primer lugar, conforme al artículo 83 inciso segundo de la Constitución, hay tres titulares de la acción penal: el Ministerio Público, el ofendido por el delito "y las demás personas que determine la ley". Respecto de la acción penal del Ministerio Público, esta queda sujeta a dos condiciones, conforme lo establece el artículo 1° del artículo 83. Por una parte, que en su caso, el Ministerio Público la ejerza. Y por la otra, que dicha acción penal está sujeta a "la forma prevista por la ley". En segundo lugar, es necesario considerar que el Servicio Electoral, por reforma constitucional de la Ley N° 20.860/2014, pasó a ser un órgano constitucional, autónomo, encargado de "la administración, supervigilancia y fiscalización de los procesos electorales y plebiscitarios; del cumplimiento de las normas sobre transparencia, límite y control del gasto electoral; de las normas sobre los partidos políticos, y las demás funciones que señale una ley orgánica constitucional". La exigencia de querella o denuncia previa, se enmarca en esta regulación. En tercer lugar, de acuerdo al artículo 53 del Código Procesal Penal, la acción penal es pública o privada. La acción pública es ejercida de oficio por el Ministerio Público, siempre que "no esté sometido a regla especial". Sin embargo, existen delitos de acción pública que requieren la denuncia previa de la víctima. A su vez, los fiscales ejercen y sustentan la acción penal pública "en la forma prevista por la ley" (artículo 77 Código Procesal Penal). Asimismo, el artículo 172 del mismo cuerpo legal establece que la investigación de un hecho que reviste caracteres de delito, puede iniciarse de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o por querella; NONAGESIMONOVENO.- Que ahora estamos en condiciones de hacernos cargo del reproche. En primer lugar, no hay ningún inconveniente constitucional que la acción penal la pueda ejercer, por querella, el Servicio Electoral, pues la Constitución establece que los titulares de esta son el Ministerio Público, el ofendido por el delito "y las demás personas que determine la ley". Entre estas "demás personas" está el Servicio Electoral, a quien la Constitución le entregó personalidad jurídica y patrimonio propio (artículo 94 bis). En segundo lugar, la acción penal pública que la Constitución le encarga al Ministerio Público, convoca a la ley. El artículo 83 dice que este organismo ejercerá la acción penal "en la forma prevista por la ley". Ello implica que el legislador puede establecer un procedimiento en la materia. Por eso, el artículo 53 del Código Penal señala que la acción penal pública debe ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, siempre que "se trate de un delito "que no esté sometido a regla especial". En tercer lugar, el legislador contempla casos en que la acción penal del Ministerio Público está sujeta a la actividad procesal de un tercero. El propio Código Procesal Penal pone un caso con los delitos de acción pública previa instancia particular (artículo 54). Estos requieren la denuncia previa de la víctima. En otro cuerpo legal, el artículo 162 del Código Tributario, establece que las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad, sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querella del Servicio de Impuestos Internos. Con ese sistema, hay dos delitos de acción pública. Unos que inicia de oficio el Ministerio Público; y otros que requieren de una denuncia o querella de un particular o de un organismo público. En cuarto lugar, no se limita la facultad investigativa del Ministerio Público, porque esta supone que ya se ejerció la acción penal en la forma prevista por el legislador. Una vez iniciada, los fiscales pueden practicar todas las diligencias que fueran conducentes al éxito de la investigación y dirigir la acción de la policía (artículo 77, Código Procesal Penal). Lo mismo reitera el artículo 180 de dicho cuerpo legal, al establecer que los fiscales dirigirán la investigación

De todas formas, cabe destacar el voto en contra, que estimó pertinente declarar inconstitucional este precepto por estimar que el artículo 83 de la Constitución Política expresa que el ejercicio de la acción penal pública corresponde al Ministerio Público, al ofendido por el delito y a las demás personas que determine la ley; que el proyecto de ley sujeto a control de constitucionalidad restringe el inicio de la investigación penal; que se tiene una visión crítica respecto a la restricción del ejercicio de la acción penal; que, desde la perspectiva de la víctima, se debió considerar el rol fundamental que tiene ella en el proceso penal, y específicamente en los tipos penales creados por la ley cuya constitucionalidad se controla; y que, restringir el inicio de la persecución penal por parte del Ministerio Público afecta el derecho de las personas de acceder a la justicia, lo que garantiza el artículo 19, N° 3, de la Constitución⁴⁸.

y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideren conducentes al esclarecimiento de los hechos. Pero antes de esta condición, no puede actuar. En quinto lugar, hay que considerar que iniciada la acción penal, el Ministerio Público tiene una serie de facultades para detenerla. Así, puede no iniciar la investigación (artículo 168), abandonar la investigación iniciada (artículo 170), lograr la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237), no perseverar (artículo 248), o no acusar (artículo 248). Si iniciada la investigación la puede detener, el mismo legislador puede condicionar su partida; CENTÉSIMO.- Que la razón que el legislador establezca estos trámites previos para que el Ministerio Público inicie la investigación, radica en que pone de cargo de ciertos órganos públicos, actividades de fiscalización que deben ser debidamente coordinadas con las facultades que la Constitución le encarga al Ministerio Público; CENTÉSIMO PRIMERO.- Que no se trata, tampoco, de funciones de fiscalización que no tengan reconocimiento constitucional, tal como la del Ministerio Público. Así, la facultad del Servicio de Impuestos Internos se encuentra reconocida en la potestad del Presidente de la República de "cuidar de la recaudación de las rentas públicas (artículo 32 N° 20). Y la del Servicio Electoral, en el artículo 94 bis, que le encarga al Servicio Electoral la supervigilancia y fiscalización del cumplimiento de las normas sobre transparencia, límite y control del gasto electoral.

48 Ibíd., págs. 1454-1456.

El razonamiento de los Ministros en este punto fue el siguiente:

Estos Ministros disidentes estiman que es inconstitucional el artículo 27 quater en su inciso primero, que expresa "Las investigaciones de los delitos descritos en los artículos 27 bis y 27 ter solo podrán ser iniciadas por denuncia o querella del Servicio Electoral, sin perjuicio del derecho de toda persona de denunciar dichas infracciones ante el mencionado Servicio", por infringir el artículo 19 N°5 y 26, según las siguientes consideraciones: 1.- Que, el artículo 83 de la Constitución Política expresa que el ejercicio de la acción penal pública corresponde al Ministerio Público, al ofendido por el delito y a las demás personas que determine la ley. Sobre esta última expresión, el artículo 111 del Código Procesal Penal faculta a cualquier persona capaz de comparecer en juicio, domiciliada en la provincia donde se cometió el ilícito para ejercer la acción penal respecto a delitos terroristas o delitos en que el sujeto activo sea un funcionario público y siempre que el hecho criminoso afecte el derecho de las personas garantizado por la constitución o lesione la probidad pública. Bien se sabe que el ejercicio de la acción penal pública se concreta en una querella que debe contener los requisitos consagrados en el artículo 113 del cuerpo legal antes citado. 2.- Que, el inicio de toda investigación penal comienza de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o por querella; que en el caso del proyecto de ley sujeto a control de constitucionalidad restringe el inicio de la investigación penal al entregar en forma exclusiva al

El Ministerio Público, mediante Oficio del Fiscal Nacional N° 34/2016 antes citado, manifestó su opinión contraria a esta disposición, señalando que, si bien es cierto existen prerrogativas similares en el Código Tributario (art. 162) para el Servicio de Impuestos Internos, o en la Ordenanza de Aduanas (art. 189) para el Servicio Nacional de Aduanas, ello es así porque se trata de asuntos excepcionalmente complejos que requieren de una tramitación administrativa previa, y que se vinculan a los fines recaudatorios de ambos servicios, razones que no se vislumbran en este caso, pues el delito sólo trata de cautelar las normas del financiamiento electoral, cuya investigación no difiere de delitos económicos o funcionarios vinculados a un proceso de rendición de cuenta.

En segundo lugar, cabe destacar que la ley no señala con claridad qué aspectos debe tener en consideración el Servicio Electoral para presentar denuncia o querella, o los plazos en que debiera presentarse y su relación con la prescripción. La única disposición que hace referencia a la posibilidad de presentar una denuncia o querella –pero no de manera expresa, sino más bien vía interpretación de la disposición– es el artículo 27 bis inciso segundo, cuando establece que excepcionalmente y siempre que se trate de aportes aislados en los que no hay habitualidad y cuyo monto global sea inferior a cincuenta unidades de fomento, el Servicio Electoral podrá no presentar denuncia o querella respecto

Servicio Electoral la denuncia o querella de los delitos establecidos en los artículos 27 bis y 27 ter relativos al exceso en el gasto electoral o a maniobras fraudulentas en rendiciones de cuenta del administrador electoral de un partido político. 3.- Que, se comparte las expresiones vertidas por la Corte Suprema en el informe del proyecto de ley, de fecha 02 de diciembre de 2015 que en el numeral octavo, hace diversas consideraciones críticas a la restricción del ejercicio de la acción penal respecto a los delitos antes referidos; y de esa perspectiva se puede entender la exclusiva facultad que tiene el Servicio de Impuestos Internos, para denunciar o interponer querellas por delitos tributarios, ya que la víctima es el Fisco de Chile, el cual deja de percibir recursos que legítimamente pueden pertenecerle en razón de tributos; lo mismo ocurre respecto a las facultades privativas del Ministro del Interior y Seguridad Pública para iniciar procesos por Ley de Seguridad Interior del Estado mediante las querellas correspondientes, y que son los ejemplos citados en el referido informe del alto tribunal. 4.- Que, desde la perspectiva de la víctima, se debió considerar el rol fundamental que tiene ella en el proceso penal, y específicamente en los tipos penales creados por la ley cuya constitucionalidad se controla, puesto que no es solamente el Fisco, el sujeto pasivo del delito sino pueden resultar afectadas otras personas, como podría ser los otros candidatos que compitieron o los partidos políticos participe en la justa electoral. 5.-Que, restringir el inicio de la persecución penal por parte del Ministerio Público, respecto de las figuras penales que se crean en el proyecto de ley, sólo al Servicio Electoral, ello afecta el derecho de las personas de acceder a la justicia, lo que garantiza el artículo 19, N° 3, del texto constitucional. 6.- Que, en virtud de lo anterior, siendo que la Carta Fundamental en su artículo 83 es clara respecto de quienes tienen la legitimación activa para ejercer la acción penal, y que como se dijera up supra comprende el Ministerio Público, el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley, entregar la exclusividad del ejercicio de la acción penal al Servicio Electoral respecto de los delitos contenidos en los artículos 27 bis y 27 ter, nuevos en la ley N°18.603, hace que esta disposición sea contraria a la Constitución, pero además dicha disposición legal vulnera el artículo 19, N° 3 del Código Político al limitar el acceso a la justicia a quienes fueren víctimas de los citados delitos.

de tales hechos, sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda. A contrario sensu, podría argumentarse que en todos los casos que existan aportes habituales que excedan cincuenta Unidades de Fomento, es obligatorio para el Servicio Electoral presentar denuncia o querella.

Sobre este punto cabe mencionar que se contempla el derecho de toda persona a denunciar las infracciones, ante el Servicio Electoral. La denuncia puede realizarse por escrito ante la Subdirección competente, ante el Director Regional respectivo o por medio del sitio web del Servicio Electoral.

b. Prescripción de la acción penal

El artículo 2° N° 35 de la Ley 20.900 incorporó a la Ley 19.884 el art 54 inciso 2°, que establece lo siguiente:

La acción penal de los delitos contemplados en la presente ley prescribirá en dos años desde que se hubiere cometido el delito.

Llama la atención que el legislador en este punto haya decidido establecer una prescripción de corto tiempo, sin permitir que se apliquen las reglas generales en materia de prescripción de simples delitos, es decir, cinco años contados desde que se hubiere cometido el delito. La discusión en este punto fue álgida, al punto que varios parlamentarios instaban por una prescripción aún más breve, de tan solo un año⁴⁹.

Esta norma, en conjunto con la establecida en el artículo 27 quáter (acción penal pública previa instancia particular) probablemente traigan consigo dificultades para el adecuado desarrollo de la investigación penal efectuada por el Ministerio Público.

Respecto a las faltas y otras infracciones establecidas en la Ley N° 19.884, rige lo dispuesto en el artículo 54 inciso 1°, es decir, la prescripción de un año contado desde la fecha de la elección.

c. Procedimiento administrativo sancionador

El artículo 5 de la Ley N° 20.900 incorpora a la Ley N° 18.556 Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electo-

⁴⁹ Así por ejemplo, cuando se debatía si mantener o no el plazo de prescripción de un año, se señaló que el tiempo desde el que se cuenta el plazo de un año sería insuficiente, porque el Servicio Electoral debe fiscalizar dentro de ese mismo período; se mencionó también que el plazo de un año sí sería suficiente, atendidas las nuevas facultades del Servicio Electoral. Se señaló también que el plazo de un año de prescripción no afectaría los delitos conexos que puedan detectarse, y que no estén contemplados en la Ley N° 19.884. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., págs. 577- 580.

ral, el artículo Art 70 D, que regula el procedimiento administrativo sancionador a que da lugar la aplicación de esta ley. En términos generales, establece que el procedimiento puede iniciarse de oficio por la Subdirección competente (de Registro, Inscripciones y Acto Electoral, de Control del Gasto y Financiamiento Electoral, o de Partidos Políticos) o por denuncia fundada presentada por cualquier elector ante ella. Luego, el Subdirector emite una propuesta de absolución o sanción al Director del Servicio Electoral, quien resolverá en el plazo de diez días.

Una vez recibido el informe del Subdirector, si el Director determina que existen antecedentes suficientes que pudieren configurar alguna de las infracciones graves señaladas en el artículo 28 bis de la Ley N°19.884, sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral elevará dichos antecedentes al Consejo Directivo dentro del plazo de cinco días hábiles, para que éste resuelva (se consideran infracciones graves haber sobrepasado en un veinticinco por ciento el límite al gasto electoral permitido, siempre que dicho porcentaje sea superior a cien unidades de fomento; o resultar condenado por los delitos previstos en los incisos primero, segundo y cuarto del artículo 27 bis; del artículo 27 ter y en el inciso primero del artículo 137 de la Ley N° 18.700 o "cohecho electoral").

El Consejo Directivo tendrá el plazo de quince días hábiles contado desde la recepción de los antecedentes para resolver. En caso de que el Consejo Directivo resuelva que no se ha verificado una infracción grave devolverá los antecedentes al Director del Servicio Electoral, para que dicte resolución final, de conformidad al párrafo primero.

Conclusiones

Sin duda, la dictación de la Ley N° 20.900 ha sido una de las manifestaciones más claras de la búsqueda de soluciones a la problemática asociada a la transparencia y control de los conflictos de interés en materia de financiamiento electoral.

En ese sentido, la dictación de tipos penales que sancionan las conductas más graves que atenten contra la nueva normativa, ha significado un avance importante.

Sin embargo, el resultado no es del todo satisfactorio, en primer lugar porque en algunos casos la tipificación no se ha ajustado al espíritu inicial de las reformas que buscaban frenar el financiamiento indebido de campañas o de partidos políticos; en segundo lugar, porque se vislumbran problemas interpretativos o de aplicación práctica de los tipos penales, derivados de la técnica legislativa empleada; y finalmente, porque es posible visualizar algunos problemas de aplicación práctica, derivados de la existencia de prescripción de corto tiempo y del carácter de acción penal pública previa instancia del Servicio Electoral que se ha otorgado a los tipos penales en estudio.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

LA DOCTRINA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA EN EL DELITO DE DESVÍO DE SUSTANCIAS QUÍMICAS CONTROLADAS

Lorena Rebolledo Latorre¹

Resumen

El presente trabajo analiza la doctrina de la ignorancia deliberada como un nivel de imputación subjetiva en la figura penal de desvío de sustancias químicas necesarias para la producción de drogas, en el Derecho Penal chileno. Este delito está descrito en el artículo 2° de la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Precisamente, su objetivo central es efectuar una descripción sobre el alcance de la ignorancia deliberada en la interpretación de este delito. Con este propósito, se realiza un análisis conceptual de la ignorancia deliberada con un enfoque de Derecho Penal comparado, y su posible compatibilidad con el sistema de imputación subjetiva en la legislación penal chilena.

Introducción

En el sistema penal chileno la imputación subjetiva a título de ignorancia deliberada posee escasa elaboración dogmática e inexistente aplicación juris-prudencial. Esta situación puede deberse a que el dolo eventual resolvería la mayoría de aquellas situaciones en que el autor se sitúa voluntariamente en una posición de desconocimiento deliberado acerca de los elementos constitutivos del tipo penal.

Este problema se manifiesta con particular intensidad en el delito de desvío de sustancias químicas o denominado también tráfico de precursores químicos. Ello se debe a que este ilícito precisaría, según se aprecia en su descripción típica, de elevadas exigencias subjetivas, cuestión que en la práctica provoca que sea un ilícito de difícil acreditación porque en la mayoría de los casos se cuenta sólo con prueba indiciaria sobre los citados elementos subjetivos requeridos por este tipo penal, cuestión que finalmente acarrea como consecuencia una escasa aplicación jurisprudencial de niveles de atribución de responsabilidad subjetiva diferenciados del dolo directo.

En este trabajo se postula que el posicionarse conscientemente en una situación de no querer conocer los elementos constitutivos del delito de desvío de

¹ Abogada de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

sustancias químicas controladas, esto es, decidir obrar con ignorancia deliberada en relación con el destino final de las "sustancias químicas", constituye un nivel de imputación subjetiva equivalente al dolo.

Ahora bien, en relación al "desconocimiento intencional" y la dificultad probatoria que puede presentarse en este tipo penal, es preciso señalar que en éste, partimos de la base de encontrarnos ante un objeto material de naturaleza lícito: "sustancias químicas" que se utilizan habitualmente en la industria y la vida diaria, a diferencia de lo que ocurre con el tráfico ilícito de drogas, pues se trata de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, que pueden o no tener un uso lícito, como es el caso de la cocaína, que constituye una de las drogas más incautada en Chile, y que carece de uso legal, o de la ketamina, droga con propiedades anestésicas, catalogada dentro de aquellas capaces de generar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, usada ilícitamente sola o en combinación con otras drogas, pero con un conocido uso lícito en la medicina humana y veterinaria.

Existe otra razón adicional por la cual el estudio de la figura penal de desvío de precursores químicos reviste un especial interés dentro de los niveles de la imputación subjetiva aplicables, ello porque contiene en su descripción típica un supuesto doloso y otro imprudente, este último constituye una hipótesis excepcional dentro del marco de las figuras penales de la Ley N° 20.000.

En este delito la imputación se dificulta a todo nivel, en la medida que a menudo se presenta dentro de estructuras complejas de criminalidad, "verdaderas empresas" en las que distintas personas cumplen roles diferenciados y necesarios en la comisión delictiva tales como: financista, comprador, transportista, acopiador, destinatario, etc. Todos ellos pueden alegar, en el plano objetivo, por ejemplo, que sus conductas son neutras en relación con el ámbito de protección de la norma que regula el desvío². Con todo, el objetivo central

Según la teoría de las conductas neutrales no pueden imputarse objetivamente, al menos no a título de autoría, los comportamientos que suponen el cumplimiento de una función o rol, porque de ser así se paralizarían las acciones individuales que tienen un significado socialmente vinculante y útil. Así quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo de acción incluso en el caso en que pudiese haberlo evitarlo. Por ello, se encuentran fuera del ámbito de protección de la norma aquellas conductas que son funcionales a los roles que las personas cumplen en la sociedad (son neutrales); por el contrario, sólo pueden imputarse objetivamente aquellas conductas que sobrepasen ese límite normativo, es decir, se imputa aquello que supone realizar comportamientos contrarios a normas. JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en Derecho penal. En: Cancio Meliá, Manuel (trad.), Madrid, Editorial Civitas Ediciones, 1996, reimpresión, 1999, p. 102 y p. 145 y sgtes. LESCH, Heiko. "Intervención delictiva e imputación objetiva". En: Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, Javier (trad.). Anuario de Derecho penal y ciencias penales. T.XLVIII, Fasc.III, Septiembre-Diciembre, 1995, págs. 911-972, p. 911. SILVA

de este trabajo se sitúa en el plano del aspecto subjetivo del tipo y pretende abordar cómo la teoría de la ignorancia deliberada puede tener aplicación como un nivel de atribución de responsabilidad equivalente al dolo eventual, en imputaciones por desvío de precursores químicos. Lo anterior, sobre la base de una revisión de la jurisprudencia atingente, reflexionando a su vez sobre algunos aspectos doctrinales que pueden tener aplicación en la interpretación de la estructura del delito, evitando de esta forma la evasión de la norma penal mediante la atipicidad de la conducta por la realización de conductas neutrales.

Ignorancia deliberada ¿Una forma de dolo o imprudencia consciente en el delito de desvío de precursores?

1.1. Breve referencia al estado actual de la teoría del dolo

Este nivel de imputación subjetiva se ha entendido, tradicionalmente, como conciencia (elemento cognoscitivo) y voluntad (elemento volitivo) de realizar el tipo objetivo de un delito³, sin embargo, esta definición ha sido abandonada paulatinamente por la doctrina comparada: el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento⁴. Este cambio conceptual obedece a diferentes razones, ligadas a una aparente falta de contenido preciso del elemento volitivo y su imposibilidad probatoria y, sobre todo, a la cuestión de que el concepto tradicional lleva a considerar como imprudentes supuestos en que, pese a la elevada probabilidad o posibilidad objetiva de producción de un resultado, no aparece de una forma

SÁNCHEZ, Jesús María. "¿Directivas de conductas o expectativas institucionalizadas?". En: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología.* Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 559.

³ HERNÁNDEZ, Héctor. "§1. De los delitos", Código Penal Comentado. Libro Primero (arts. 1º al 105º), Doctrina y Jurisprudencia. En: Couso, Jaime y Hernández, Héctor (dirs.), Santiago, Ed. Abeledo Perrot, 2011, p. 53 y sgtes. "La doctrina chilena abraza un concepto dual de dolo, entendiendo por tal conocimiento y voluntad de realización del hecho típico (LABATUT, I, 119; NOVOA, I, 466; ETCHEBERRY, I, 292; CURY, 303; COUSIÑO, I, 672 s.; DEL VILLAR, 176; GARRIDO, II, 96, 98; NÁQUIRA, 123; POLITOFF, 342; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, PG, 255; VARGAS, 71)".

⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona, Bosch, 1999, p. 324. Por una tesis pura de conocimiento eliminando en la práctica toda valoración de la posibilidad de la imprudencia consciente, por ejemplo, LAURENZO COPELLO, Patricia. Dolo y conocimiento. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 287. Escéptico de esta tesis, por ejemplo, MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. "La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y el Derecho Penal". En: Libro Homenaje a Rodríguez Mourullo. Madrid, Civitas, 2005, p. 736.

clara el elemento volitivo, entendido como un querer, un conformarse con, o un aceptar el resultado⁵.

Es más, como ha puesto de manifiesto la doctrina, el concepto de dolo en su origen estaba restringido únicamente a su modalidad directa, siendo las restantes formas supuestos de extensión de dicha categoría esencial, tal como indica Ragués i Vallès:

"El dolo directo, de segundo grado o el dolo eventual, no son otra cosa que ampliaciones del concepto de dolo pensadas para no tener que castigar como simples imprudencias supuestos que parecen mucho más graves. En este sentido puede afirmarse incluso que la idea del dolo como intención, proclamada en su momento por *Feuerbach*, nunca llegaría realmente a aplicarse, pues ya desde un primer momento se advirtió que era un concepto demasiado limitado".

Entonces, conforme a esta concepción tradicional se distinguen, por una parte, tres clases de dolo o niveles de imputación subjetiva ordinaria: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado (también, denominado dolo de consecuencias necesarias) y el dolo eventual; y por otra parte, estas categorías se contraponen a la imprudencia o nivel de imputación subjetiva extraordinaria con sus categorías de consciente e inconsciente⁷.

En contra de esta concepción diferenciadora de las categorías de dolo, según sea la forma en que interviene lo volitivo, el sector doctrinal que parte desde la consideración del dolo solo como conocimiento no hace distinciones sobre sus formas o clases: el dolo es uno solo, es el conocimiento de los elementos del tipo⁸. Para estas teorías lo determinante es la probabilidad o posibilidad de producción del resultado o injusto típico⁹. Así hay dolo si el autor advirtió

⁵ Según se expone aquí la ignorancia deliberada podría servir, eventualmente, para dar una alternativa a esta concepción clásica del dolo que afirma la imprudencia incluso en casos como el de la "cinta adhesiva y la no aceptación de la muerte", KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. "Caso: cinta adhesiva y no aceptación de la muerte" SCS, 2/07/2009, ROL N° 3970-2008. En: AAVV. Casos Destacados. Derecho Penal. Parte General. Vargas Pinto, Tatiana (dir.), Santiago, Thomson Reuters, 2015, p. 105 y sgtes.

⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. "Consideraciones sobre la prueba del dolo". En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004, págs. 13-26.

⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.* 1ª ed., trad., Luzón, Diego-Manuel, *et al*, Madrid, Civitas Ediciones, 2007, Tomo. I, p. 12.

⁸ Al respecto, CORCOY, Mirentxu. "Concepto Dogmático y Procesal de Dolo. Ignorancia Deliberada, Confianza Irracional y Manifiesto Desprecio". En: *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 4, 2011, págs. 3-30, p. 5.

⁹ Entiende que hay una normativización del dolo en la aceptación de alguno de estos criterios que termina por desplazar la cuestión del elemento volitivo. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de

el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actuó, siendo indiferente que consintiese o no su producción. Así, si la probabilidad es más lejana habrá imprudencia consciente, pues el autor sólo "cree posible" la producción del resultado típico¹⁰. A esta tesis se le critica diciendo que la exclusión del elemento volitivo trae como consecuencia la imputación a título de dolo de conductas que implican un riesgo altamente probable de producción del resultado, pero realizadas sin aceptación de éste e incluso negándolo o rechazándolo, lo que supone la eliminación de la imprudencia consciente como categoría de imputación, en la medida que quedaría abarcada por el dolo.

Ahora bien, en la doctrina chilena donde sigue siendo mayoritaria la tesis que considera el elemento volitivo como integrante del dolo, el problema se centra en la distinción entre el dolo eventual de la culpa consciente, sobre la base del elemento volitivo. Para esta tesis, no es suficiente la probable o posible producción del resultado, sino que se requiere además de una prueba sobre la aceptación, el consentir o el conformarse con el resultado y, por el contrario, sólo habrá imprudencia en el caso que el autor habiéndose representado el resultado como seguro o prácticamente seguro habría dejado de actuar¹¹.

Se trata de cuestiones muy discutidas por la dogmática penal y que tienen aquí importancia para determinar la función que puede cumplir la ignorancia deliberada en el delito de desvío de precursores y su capacidad conceptual para servir a la distinción de las hipótesis dolosa o imprudente en dicho ilícito.

La síntesis resultante de este debate puede calificarse como un estado de consenso ecléctico donde se ha impuesto la idea de un elemento "volitivo normativizado"¹², entendido bajo diversas formulaciones, por ejemplo, "conformase con la posibilidad", "tomarla en serio". En este contexto, la

resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo". En: Cuadernos de Política Criminal, N° 65, 1998, p. 271 y sgtes.

¹⁰ Al respecto, MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General.* 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 271-272.

¹¹ Especialmente crítico sobre la funcionalidad de esta idea. VAN WEEZEL, Alex. "El dolo eventual como espacio de discrecionalidad". En: Doctrina y Jurisprudencia Penal (Dolo Eventual), N° 7, 2011, Santiago, Thomson Reuters, p. 25 y sgtes. En este mismo sentido se pronuncia una de las investigaciones con mayor repercusión en el último tiempo en Hispanoamérica. Es una obra que, aunque publicada en Argentina, denota un largo trabajo, de más de diez años en Alemania, y que niega derechamente todo valor a la cuestión mental vinculada al elemento volitivo y que intenta construir un metaconcepto de dolo sobre la base de la filosofía analítica de Wittgenstein. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires, Hamubari, 2010, p. 120 y sgtes.

¹² MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General.* 9ª ed., Buenos Aires-Montevideo, *B de f*, 2012, págs. 274-275.

imprudencia consciente se entiende como el "confiar en la no producción del resultado", esto es como posibilidad¹³. De esta forma, es un error de tipo en el que el sujeto obra confiado en que el resultado no se producirá¹⁴. Esto último resulta fundamental para comprender, en relación a los problemas que aquí se abordan, la distinción entre la modalidad dolosa e imprudente del delito de desvío de precursores y, en especial, para comprender la función que puede cumplir la ignorancia deliberada como criterio diferenciador.

1.2. La ignorancia deliberada

Esta categoría de imputación subjetiva, cuyo origen se remonta a la tradición del *Common Law* (siglo XIX), ha tenido un especial desarrollo en el derecho angloamericano, donde se le denominada *willful blindness*. Ella consiste en una equiparación entre el conocimiento de los elementos del tipo penal (el conocimiento necesario del dolo) y la ignorancia deliberada o desconocimiento provocado. En otros términos, no querer conocer equivale a situarse en posición de conocimiento. En la actualidad ha adquirido un especial protagonismo reflejado en una serie de pronunciamientos judiciales y desarrollo doctrinal, que reflejan la plena vigencia jurídica de este nivel de *mens rea* en estos países¹⁵.

Entre los países de tradición continental la doctrina de la ignorancia deliberada ha tenido recepción como una categoría asimilable al dolo eventual. En este lugar, destaca la situación del derecho español en la que el Tribunal Supremo ha venido ampliando, en particular desde comienzos de este siglo, el margen de categorías de delitos en los que resulta posible imputar al autor como una obra suya el situarse conscientemente en una posición de no querer saber que en los hechos concurren los elementos constitutivos del tipo.

Con todo, cabe subrayar que esta categoría de imputación se encuentra plenamente incorporada al sistema continental como consecuencia del reconocimiento que ésta tiene, como categoría equivalente al dolo en los delitos

¹³ Una síntesis didáctica sobre esta cuestión en la dogmática nacional, puede verse en BULLERMORE G, Vivian y MACKINNON R., JOHN. *Curso de Derecho Penal (teoría del delito)*. 2ª ed., Santiago, Lexis Nexis, 2007, Tomo II, p. 47 y sgtes. Ampliamente, con referencias jurisprudenciales, HERNÁNDEZ, "§1. De los delitos", cit. nota n°2, p. 53 y sgtes. BALMACEDA HOYOS, Gustavo. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* 2ª ed. Santiago, Librotecnia, 2016, p. 163 y sgtes.

¹⁴ Sobre este punto, HERNÁNDEZ, "§1. De los delitos", cit. nota n°3, p. 59 y sgtes.

¹⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona, Atelier, Libros Jurídicos, 2007, págs. 63-67.

contra la integridad moral que, cometidos por omisión, sanciona el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁶, en su artículo 28 relativo a la responsabilidad de los jefes y otros superiores, el cual dispone lo siguiente:

- "b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:
- i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos".

Tal como puede verse, estos delitos pueden comprender la posibilidad de considerar como una categoría de imputación subjetiva la omisión deliberada de la información equiparable al conocimiento de los elementos del tipo¹⁷.

En el ámbito específico de la persecución asociada al tráfico de drogas, es posible constatar al menos dos instrumentos y documentos internacionales que expresamente reconocen y recomiendan esta categoría de imputación:

En primer lugar, el "Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves", de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), perteneciente a la Organización de Estados Americanos (OEA), que utiliza la expresión "ignorancia intencional" en la descripción del delito de lavado de activos, interpretándola para efectos de ese cuerpo normativo como un supuesto asimilable al dolo eventual¹⁸.

¹⁶ Véase, el artículo 28 del Decreto N° 104, de 1 de agosto de 2009, que publica en el Diario Oficial el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

¹⁷ Un caso emblemático fue el del arquitecto de Hitler, del Tercer Reich, Albert Speer. RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia*, cit. nota n° 14, págs. 113-114.

¹⁸ Véase, el art. 2.2. del Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y otros delitos graves de 1992, elaborado por la Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) [en línea]. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Reglamento_modelo_esp12_02/

REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ESP%20negjun%2006.pdf [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2016]. Este mismo texto contiene supuestos de ignorancia deliberada asociada como una categoría diferenciada del dolo y de los deberes de conocimiento específico sobre el origen de los bienes o derechos relativos a éstos: "artículo 2, delitos de lavado de activos, 3. comete delito penal la persona que oculte, disimule o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas, debiendo saber, o

En segundo lugar, puede citarse el Manual de Apoyo para la Tipificación del Delito de Lavado de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la Organización de Estados Americanos (OEA), que se refiere a la citada ignorancia intencional de la siguiente forma:

"(...) Se estima que esta expresión pretende cubrir aquella hipótesis en que el autor del delito se pone ante la posibilidad de verificar el origen de los bienes, pero con voluntad, con intención prefiere no saberlo, ignorarlo, no verificarlo, no cumpliendo con la obligación" 19.

Estos instrumentos y documentos internacionales pueden dar lugar a la introducción de discusiones dogmáticas para una aplicación jurisprudencial de la hipótesis de ignorancia deliberada en los delitos de tráfico de drogas y, en especial, en los supuestos de desvío de precursores, en particular, en ámbitos jurídicos donde aún se desconoce o no se ha resuelto la aplicación de esta teoría.

Ahora bien, en este punto es necesario indicar que no debemos confundir la ignorancia deliberada con la denominada *Recklessness*. Oxman sostiene que estaríamos en presencia de esta última figura en caso que el autor ejecute de manera injustificada una acción que demuestra la *desconsideración* a un riesgo sustancial que una persona razonable hubiese tenido en cuenta al momento de la ejecución de un hecho, bien sea por su alto peligro o por las posibles consecuencias lesivas de intereses de terceros que resultan propias a la realización de la conducta²⁰. Y, al respecto, el Código Penal Modelo de Estados Unidos de 1962 establece que una conducta se ejecuta con *recklessness*, si el sujeto al momento de realizar la acción previó la posibilidad de ocurrencia del daño²¹.

Adentrándonos ahora en los elementos conceptuales de la ignorancia deliberada, intentaremos entregar en términos simples un concepto de esta doc-

con ignorancia intencional que los mismos son producto o instrumentos de actividades delictivas graves".

^{19 &}quot;Según Franzini-Batlle en: "El Lavado de Dinero y Secreto Bancario", 1996, p. 19, "la palabra intencional, en este contexto, permite afirmar, sin hesitación, que nos encontramos frente a un delito doloso". AAVV. Manual de Apoyo para la Tipificación del Delito de Lavado, elaborado por la Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) [en línea], p. 27. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Manual%20tipificacion.dot [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2016].

²⁰ OXMAN, Nicolás. "Una Aproximación al Sistema de Imputación Subjetiva en el Derecho Penal Anglosajón". En: *Revista Ius et Praxis*, N° 1, 2013, págs. 139-194 y págs. 169-170.

²¹ OXMAN, "Una Aproximación", cit. nota n° 20, p. 170.

trina. Podríamos señalar que se trataría de aquellos casos en que un sujeto se sitúa en un estado de no querer informarse, pudiendo hacerlo por medios ordinarios, sobre los elementos de un delito, actuando con indiferencia ante la puesta en peligro del bien jurídico o resultado lesivo²².

Sin perjuicio que la dogmática se ha esforzado por elaborar varias acepciones, citaremos la definición de Ragués, porque nos parece acertada y entrega contenido a nuestra posición, en cuanto propuesta de tratamiento penal para aquellos supuestos de ignorancia deliberada. Según este autor, se encuentra en una situación de ignorancia deliberada toda persona que "pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta, toma deliberada o conscientemente la decisión de mantenerse en la ignorancia con respecto de ellas"²³.

Los elementos que se desprenden de esta definición son los siguientes:

- 1. Ausencia de representación suficiente: es necesario que al momento de realizar la acción u omisión típica, el sujeto activo no cuente con el conocimiento necesario para actuar con el grado de representación exigida por el dolo;
- 2. Capacidad de obtener la información ignorada: aquí se trata de aquella información disponible para el sujeto activo. Husak y Callender²⁴ refieren al respecto que es necesario que el sujeto hubiera podido obtener la información que ha evitado conocer, por medios fiables, rápidos y ordinarios. La capacidad de obtener la información debe mantenerse durante la realización de la acción u omisión típicas;

Antes del desarrollo de las teorías del riesgo y de la imputación objetiva, la postura tradicional de la indiferencia la situaba en el plano de la culpabilidad y no del tipo subjetivo. De ahí que fuese rechazada ampliamente. Sobre la cuestión de la indiferencia en el contenido del dolo, la doctrina chilena de mediados del siglo pasado sostenía que ella no es un patrón que sirviese para valorizar las jerarquías de la voluntad de realización, calificando incluso como apriorística y falsa la idea de que existe una mayor indiferencia en el caso del dolo eventual que en la imprudencia consciente. Así, por ejemplo, ampliamente, COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1975, Tomo. I, p. 716 y sgtes.

²³ RAGUÉS I VALLÈS, La ignorancia, cit. nota n° 15, p. 158.

²⁴ Un importante trabajo en relación con la "willful blindness" y sus posibles cuestionamientos en relación con el principio de legalidad, fue publicado en el año 1994 por estos autores, quienes señalan como elemento determinante de esta categoría de imputación la capacidad personal de obtener la información. HUSAK, Douglas N.; CALENDAR, Graig A. "Willful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: A study of the deeper significance of the principle of Legality". En: Wisconsin Law Review, 29, 1994, págs. 33 y sgtes.

- 3. Deber de obtener la información ignorada: es forzoso que exista un deber de conocer lo que se ha ignorado, sin que sea necesario que se incumpla un deber específico (deber de culpabilidad);
- 4. Decisión de no conocer: la falta de representación debe haber sido ocasionada por una resolución del sujeto activo.

No obstante compartir los elementos conceptuales entregados por Ragués, agregamos un quinto componente:

5. Indiferencia ante la puesta en peligro del bien jurídico protegido o resultado lesivo: en atención a que el sujeto activo no desiste de la conducta, demuestra de esta forma indiferencia hacia el bien jurídico protegido²⁵.

2. ¿Podemos equiparar la ignorancia deliberada al dolo (eventual)? Propuesta de imputación

Aquí se parte de la siguiente premisa: el problema planteado dice relación con una propuesta de tratamiento jurídico penal para aquellos casos de ignorancia deliberada que, precisamente suponen un desconocimiento intencional de los elementos del tipo no siendo, por consiguiente, "conceptualmente" equivalentes al tipo de conocimiento actual exigido para el dolo en cualquiera de sus formas, en especial, para el eventual.

De lo anterior se desprende, que nuestra posición deja fuera a la imprudencia (consciente) como solución jurídica a los casos de desconocimiento intencional, pues de acuerdo a la revisión de los elementos conceptuales que hemos expuesto, asumimos la postura según la cual es necesario distinguir aquellas situaciones en que el sujeto actúa confiado en que no sobrevendrá el resultado típico de aquellas en que actúa con indiferencia frente a ese resultado.

Así, el que obra confiado, vale decir, conociendo el riesgo, pero cree poder evitarlo o controlarlo, obra con *imprudencia*; en cambio el que obra con indiferencia respecto de ese resultado, revela un cierto grado de conocimiento acerca de la probabilidad de la existencia de un riesgo prohibido decidiendo abstenerse de comprobar o descartar su presencia, lo que supondría una *ignorancia deliberada equivalente al dolo eventual*²⁶. Por el contrario, en la impru-

²⁵ En relación con la medida de la pena y los criterios asociados a la mayor peligrosidad para el bien jurídico que diferencia la conducta dolosa de la imprudente, por ejemplo, BESIO HERNÁNDEZ, Martín. "El dolo en la decisión cuantitativa de la pena (una primera aproximación)". En: *Revista Razonamiento Penal*, N° 1, 2012, págs. 105 y sgtes.

²⁶ OXMAN, Nicolás. "Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas". En: VIDALES, Catalina (coord.). *Tráfico de Drogas y Delincuencia Conexa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, págs. 385-404, págs. 386-388.

dencia, como bien sostiene Feijóo, el "autor nunca tiene el hecho típico 'ante los ojos', ni siquiera con dudas, sino que infravalora las 'alarmas' o las 'señales de aviso' o no les presta la debida atención"²⁷.

Ahora bien, desde el punto de vista del principio de legalidad, al no estar definido el dolo en nuestro Código Penal, entendemos que no se tensionaría dicho principio con la doctrina de la ignorancia deliberada, como categoría de imputación subjetiva equivalente al dolo eventual. Esta es la razón por la que el contenido del tipo subjetivo se ha venido adaptando progresivamente, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, ampliando el margen de aplicación del dolo eventual y restringiendo con ello las hipótesis de imprudencia, sin que ello pueda significar una lesión al principio de legalidad.

En este punto, la imputación de estas conductas a título de la ignorancia deliberada se justifica por el relieve que adquiere la "indiferencia" como elemento común entre ésta y el dolo eventual. La indiferencia o desinterés ante un peligro evidente o ante un posible resultado lesivo, es un elemento común a la ignorancia deliberada y al dolo eventual, en ambos casos el sujeto actúa consciente de que ha provocado una situación de desconocimiento respecto a los elementos del tipo, o bien, porque representándose que su conducta podía lesionar bienes jurídicos decidió actuar de todos modos. Vale decir, en ambos casos, el autor sí o sí ejecutará la acción, persiguiendo móviles de diferente índole.

Por lo tanto, aplicar el mismo tratamiento penal a los casos de ignorancia deliberada y dolo eventual nos parece una solución acertada, dada la gravedad que implica decidir mantenerse en una situación de desconocimiento o representación ante una posible lesión a un bien jurídico protegido. Se trataría entonces de aquellos casos de desconocimiento provocado que merecerían igual reproche que el dolo.

Esta forma de entender la ignorancia deliberada se aparta de la doctrina del Tribunal Supremo Español que va incluso más allá que los sistemas angloamericanos en la aplicación práctica de la ignorancia deliberada, aplicándola para excluir toda forma de error de tipo y prohibición, considerándola en ocasiones una manifestación más del dolo eventual, y en algunos casos incluso empleando esta doctrina para afirmar la imprudencia consciente²⁸, posición

²⁷ FEIJÓO, Bernardo. "La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial". En: *InDret Revista para el análisis del derecho*, N°3, 2015, págs. 1-28, en especial, p. 5.

²⁸ OXMAN, Nicolás. El Elemento Volitivo del Dolo: Una Investigación de Derecho Penal Comparado y Filosofía del Lenguaje. Tesis Doctoral, dirigida por el Dr. José Luis González Cussac, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 2016, p. 378. Este mismo autor en su obra Sistemas de Imputación Subjetiva en Derecho Penal: El modelo angloamericano,

ciertamente que no compartimos como indicamos en la medida que únicamente la estimamos un supuesto de imputación equiparable al dolo eventual²⁹.

Esta idea, con matices, ha sido expresada por Feijóo del siguiente modo:

"(...) En mi opinión, las "trampas argumentativas" que oculta la "doctrina de la ceguera provocada" provienen, en gran medida, de la traducción al español de la expresión willful blindness como "ignorancia deliberada". (...) lo que permite esta doctrina bajo su manto es poder afirmar que si la ceguera se ha provocado consciente o intencionalmente, se entiende que los hechos realizados en el período de ceguera son dolosos debido a la grave indiferencia del autor, con todas las consecuencias punitivas que ello conlleva (...)"30.

En efecto, el autor citado si bien rechaza la importación sin variaciones de la teoría de la ignorancia deliberada como es el caso de la aplicación de su precedente angloamericano willful blindness, por otro lado, sostiene que la ignorancia intencional es de lege lata merecedora de un castigo a título de dolo por la grave indiferencia del autor ante un posible resultado típico. Esta idea la compartimos plenamente, pues se trata de un sujeto que, a través de situarse conscientemente en una posición de ignorancia, crea una suerte de "manipulación de la prevención penal" neutralizando la vigencia de la norma, pretendiendo la impunidad de su conducta, siéndole indiferente el interés

Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2016, p. 118-119, indica: "(...) recientemente en España se ha pretendido asimilar por el Tribunal Supremo la tesis de la ignorancia deliberada, pero afirmando sorprendentemente que ella sirve para fundamentar tanto el dolo eventual como la imprudencia, cuestión que como se ha visto nada tiene que ver con el sentido que se le atribuye al willful blindness en el Common Law, donde es una modalidad de conocimiento que se acerca al dolo directo. Por lo demás, el dolo eventual es una categoría que no existe en el Derecho Penal anglosajón y, al mismo tiempo, la imprudencia aparece reservada casi de modo exclusivo para los delitos de homicidio y de lesiones, no así para supuestos de delincuencia patrimonial, que son casos en los que por excelencia el Tribunal Supremo aplica esta doctrina. De ahí que Ragués i Vallès indique acertadamente que no puede valorarse de un modo positivo la introducción de esta categoría anglosajona en la jurisprudencia española, porque se ha hecho de modo irreflexivo y sin valorar su compatibilidad con el dolo del sistema continental".

²⁹ En el derecho angloamericano, "la negligencia se distingue de otras modalidades del mens rea (propósito, conocimiento, o recklessness) en que ella no involucra un estado de conciencia. Una persona actúa negligentemente cuando crea un riesgo del cual no está enterada, pero debería estarlo. La persona es responsable si la ausencia de percepción del riesgo "implica una gran desviación de los criterios de cuidado que una persona razonablemente observaría en la situación del actor" (Sección 2.02 (2) (d) del Model Penal Code de 1962). AMBOS, Kai. Estudios de Derecho Penal Internacional. 1ª ed., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, p.261.

³⁰ FEIJÓO, "La teoría", cit. nota n° 27, p. 13.

jurídicamente relevante que pueda lesionar. En suma, se trata de una indiferencia equiparable al dolo eventual³¹.

La distinción entre willful blindness, ignorancia deliberada y ceguera ante los hechos

Pese a que a menudo se utilizan indistintamente las expresiones willful blindness y ceguera ante los hechos para referirse a la ignorancia deliberada, no tienen el mismo contenido conceptual. En el caso de la denominada willful blindness se trata de una expresión propia del Reino Unido. En Estados Unidos de América sólo se aplica desde la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia de la discusión original sobre si estaba o no contenida en el parágrafo 7 de la sección 2.02 del Código Penal Modelo. Esta norma contiene una forma excepcional de imputación, situada en la frontera entre la recklessness (desconsideración)³² y el knowledge (conocimiento). En este punto, el Código Penal Modelo se refiere al conocimiento afirmando, en el fondo, que es factible que se tenga por acreditado si se prueban las condiciones que habilitaban dicho conocimiento, esto es, "indicando que éste se satisface con la constatación de la existencia de una alta probabilidad de su concurrencia"33. De esta forma, tal como puede verse, en los sistemas angloamericanos la expresión willful blindness es una categoría asimilable al conocimiento (knowledge) como nivel diferenciable del dolo (intent); por el contrario, la ignorancia deliberada en la forma en que se entiende, por ejemplo, en España es una categoría que abarca supuestos que van desde el dolo eventual a casos de imprudencia consciente.

Ahora bien, la denominada "ceguera ante los hechos" es una forma de dolo en la que el agente no se procura a sí mismo los conocimientos suficientes para la toma de decisiones por considerar que los mismos son irrelevantes. Aquí se obra con un desinterés en relación con el resultado típico, en la medida que

³¹ Jakobs entiende que no puede excusarse del conocimiento de la norma quien decide situarse en una posición de desconocimiento, en consecuencia, para él obra con dolo indirecto quien conscientemente pretende ampararse de una situación de desconocimiento de la vigencia de una norma de prohibición o mandato y, con ello, todo quien obra de este modo no puede alegar desconocimiento del Derecho ni invocar error de prohibición alguno. JAKOBS, Günther. "Indiferencia como dolo indirecto". En: Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, Madrid, Marcial Pons, 2004, Tomo I, págs. 346-347.

³² La recklessness se sitúa, en una perspectiva comparativa, entre el dolo y la imprudencia. FLETCHER, George. Rethinking Criminal Law. 2ª ed., Oxford University Press, New York-London, 2000, p. 121 y sgtes.

³³ OXMAN, "Una Aproximación", cit. nota n° 20, p. 165.

no se quiere saber y se realiza una acción sin la mínima información³⁴. La ceguera ante los hechos puede consistir en una indiferencia severa frente a normas que el sujeto tiene el deber de conocer, o bien, frente a riesgos o peligros que el sujeto tiene el deber de neutralizar, evitar o advertir –en esos casos equivale a un cuestionamiento sobre la vigencia misma del ordenamiento jurídico, a una forma de dolo indirecto donde el sujeto actúa derechamente con conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento—. Es una forma de *dolus malus* donde la ceguera consciente ante los hechos que posibilitan el conocimiento de los deberes establecidos en la norma equivale al dolo y excluye, al mismo tiempo, toda posibilidad de invocar el error de tipo o de prohibición³⁵. Con ello, conforme explica Jakobs³⁶, los casos de una absoluta indiferencia frente a las normas no pueden beneficiar al sujeto con una modificación del marco penal o con la completa impunidad³⁷.

³⁴ HUERGO, María Victoria. "Reflexiones en torno de la doctrina de la willful blindness y su posible recepción en Argentina". En: CIIDPE Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico" [en línea], 2010, págs.1-18, p. 6. Disponible en: http://www.ciidpe.com.ar/area1/willful%20blindness%20Huergo.pdf [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2016].

³⁵ Aceptando la tesis del dolus malus en la versión original del causalismo valorativo, en el sentido de indicar que éste es inescindible de la conciencia de la antijuridicidad de la conducta (teoría de la culpabilidad). NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo I, p. 474. Sitúa el dolo en la culpabilidad sin aceptar la tesis del dolus malus, ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte General. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1997, Tomo I, p. 290 y sgtes. En la línea de la concepción clásica, por ejemplo, POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, p. 275 y sgtes.

³⁶ JAKOBS, "Indiferencia", cit. nota n° 31, p. 350. Así, el efecto práctico que pretende producir la tesis de esta versión alemana de la ignorancia frente al Derecho es dejar atrás la diferencia o distinción del error según su naturaleza (tipo o prohibición) y, con ello, se produciría una modificación del principio general según el cual un error sobre los hechos constitutivos de la infracción penal o la ilicitud del hecho, pueden generar una descarga diferenciada de responsabilidad. Al respecto, VAN WEEZEL, Alex. Error y mero desconocimiento en Derecho Penal. Santiago, Legal Publishing, 2008, págs. 49 y sgtes.

³⁷ SANCINETTI, Marcelo. Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa: A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1995, p. 235. PÉREZ BARBERÁ identifica a la "ceguera ante los hechos" como una metáfora referida a una clase específica de falta de representación crasa que implica infidelidad al derecho motivada por indiferencia frente a un interés jurídicamente relevante. Y en forma inmediata critica a Jakobs aseverando que no es correcto sostener que esto último convierta a la conducta en dolosa. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental" [en línea], 2011, p. 198. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-como-reproche.pdf [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2016].

3. Supuestos de ignorancia deliberada en el delito de desvío de sustancias químicas

Corresponde ahora que nos aboquemos al núcleo de este estudio, esto es, revisar aquella constelación de casos relativos al delito de desvío de precursores químicos en los que podría ser aplicada la doctrina de la ignorancia deliberada; en concreto, indagar si es posible entender como un caso de dolo (al menos eventual), los supuestos en que el autor decide conscientemente situarse en una posición de desconocimiento de los elementos constitutivos del tipo penal y, especialmente, si estos casos de desconocimiento provocado comprenden las condiciones que habilitan el peligro de estar situándose ante la realización de un delito de tráfico ilícito de estupefacientes³⁸.

La metodología de análisis comprende una revisión cualitativa de sentencias sobre desvío de precursores, emanadas de tribunales chilenos donde, sobre la base de los hechos probados, revisaremos la posibilidad de considerar la ignorancia deliberada como modalidad de imputación en este delito.

De esta forma, en primer término, en el punto 3.1, analizaremos el único caso en que en nuestra legislación se ha argumentado por la jurisprudencia la posibilidad de aplicación de la doctrina de la ignorancia deliberada, otorgándose el tratamiento jurídico penal del tipo imprudente del inciso 2° del Art. 1° de la Ley N° 20.000. Daremos revista pormenorizada a cada indicio que valoró el Tribunal para fundar esta decisión. Luego, en el punto 3.2, mostraremos los casos en que a nuestro juicio podría tener aplicación esta doctrina en el delito de desvío de precursores, bajo diferentes hipótesis.

Es menester destacar que, en España, el Tribunal Supremo ha fallado, ya en varias ocasiones, aplicando el desconocimiento provocado en casos por tráfico ilícito de estupefacientes, principalmente en situaciones de transporte de droga en que el acusado argumenta desconocer el contenido de lo transportado³⁹.

Previo al análisis de los supuestos de ignorancia deliberada en el delito de tráfico de precursores haremos algunos comentarios respecto a esta figura penal.

³⁸ Sobre los delitos de peligro abstracto, en especial, como formas de anticipación de punibilidad para la protección de intereses colectivos. VARGAS PINTO, Tatiana. Delitos de Peligro Abstracto y Resultado. Determinación de la Incertidumbre Penalmente relevante. Pamplona, Thomson-Aranzandi, 1997, p. 251 y sgtes.

³⁹ A modo de ejemplo podemos citar las sentencias referidas al transporte de droga, del Tribunal Supremo Español, Sentencia de fecha 22 de mayo de 2002, Recurso N° 366/2001, ponente Joaquín Giménez García; y Auto de fecha 22 de julio de 2002, Recurso N°101/2002, ponente Luis Román Puerta Luis.

El delito de desvío de precursores se describe y sanciona en el artículo segundo de la Ley N° 20.000 de la siguiente forma:

"La producción, fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, posesión o tenencia de precursores o de sustancias químicas esenciales, con el objetivo de destinarlos a la preparación de drogas estupefacientes o sustancias sicotrópicas para perpetrar, dentro o fuera del país, alguno de los hechos considerados como delitos en esta ley, será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Si alguna de las conductas descritas en el inciso anterior se hubiere realizado sin conocer el destino de los precursores o de las sustancias químicas esenciales por negligencia inexcusable, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a medio"⁴⁰.

El comportamiento consiste en hipótesis alternativas tales como producción, fabricación, transporte, distribución, comercialización, posesión, etcétera.

En cuanto al aspecto subjetivo, se trata de un delito de intención y además, de resultado cortado, porque el tipo exige una finalidad o motivo, que va más allá de la realización del hecho típico, y que el sujeto no precisa alcanzar para la consumación del delito. En efecto, se exige que el sujeto activo deba actuar con el objetivo de destinar los precursores y sustancias químicas esenciales a la preparación de drogas para el tráfico ilícito; resultando posible asimismo, su comisión imprudente, desconociendo el autor el destino de los precursores por negligencia inexcusable.

Ahora bien, este tipo legal (inciso 1° Art. 2° Ley N° 20.000) no requiere que el sujeto activo actúe únicamente con dolo directo como sucedía en la antecesora Ley de Drogas N° 19.366. En efecto, con la dictación de la Ley N° 20.000 el legislador amplió las posibilidades de imputación subjetiva del delito, admitiéndose cualquier clase de dolo e incluso un tipo imprudente, en la medida que ahora se sanciona el desconocimiento originado en una negligencia inexcusable por parte del autor de la utilización ilícita de dichos precursores.

Respecto del objeto material, se ha considerado a esta norma como una ley penal en blanco que se complementaría a través del Reglamento contenido en el Decreto N° 1.358/2007, cuyo artículo 2° establece un listado de sesenta y

⁴⁰ Con la dictación de la Ley N° 20.000 se incluyó la posesión o tenencia de precursores químicos, y un tipo penal imprudente, respecto de las conductas previstas en el inciso primero del artículo 2°, con una pena de presidio menor, en sus grados, mínimo a medio.

cinco sustancias catalogadas como precursores y sustancias químicas esenciales, tales como acetona, amoníaco, ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, permanganato de potasio, seudoefedrina y tolueno, por nombrar algunas de las más conocidas.

Esta figura presenta una diferencia importante con el delito de tráfico de drogas no sólo en cuanto a la forma en que pone peligro el bien jurídico protegido, sino que también en cuanto al objeto material. Ello, porque a diferencia del delito de tráfico de drogas, aquí no se trata de una sustancia estupefaciente o sicotrópica ilícita, en la medida que el objeto material del delito de desvío de precursores está constituido por una sustancia de naturaleza lícita que posee variados usos en la industria química, farmacéutica e inclusive en el ámbito doméstico.

En el nuevo sistema procesal penal se constatan un poco más de treinta condenas por tráfico de precursores, y sólo en una de ellas, advertimos la aplicación del tipo imprudente del desvío, con argumentos que enjuician supuestos de hecho que, a nuestro parecer, corresponden más bien a casos de ignorancia deliberada. Una revisión crítica de la interpretación jurisprudencial del tipo subjetivo de este delito puede servir para comprender de mejor forma nuestro punto de vista.

3.1. ¿Un caso de desvío por negligencia inexcusable o por ignorancia deliberada?

El caso se sustanció ante el Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago bajo el RUC N° 1001050726-5, RIT N°119-2011, cuya sentencia condenatoria fue dictada el día 28 de septiembre de 2011⁴¹. En el juicio se

⁴¹ El hecho acreditado por el Tribunal Oral fue el siguiente: "Los días 7 de Abril, 27 de Septiembre y 10 de Noviembre de 2010, respectivamente, V.E.G.G., adquirió la cantidad de 12.500; 500 y nuevamente 12.500 Kilogramos de la sustancia carbonato de sodio a la empresa Química Industrial XXX, domiciliada en XXX, comuna de Conchalí, a objeto de transportarla personalmente hasta la ciudad de Iquique, cancelando en efectivo cada una de las adquisiciones.

Tratándose de una sustancia controlada por ley y advertidos por la empresa química proveedora de SPES, el día 10 de noviembre, personal de investigaciones tomó contacto con ésta última, logrando recabar detalles respecto del camión en que G.G. había retirado la última de sus compras, detectando el camión Mercedes Benz, modelo 2535, año 2006, color azul, PPU XXX, a la altura del peaje ubicado en la salida Norte de Santiago en horas de la tarde de ese mismo día, iniciando el seguimiento de dicho móvil al constatar que V.G. se desplazaba en él como copiloto.

El día 13 de Noviembre de 2010, alrededor de las 22:30 horas dicho vehículo llegó a la ciudad de Alto Hospicio, Primera Región de Tarapacá, estacionándose en la caletera costado sur de la ruta A16, en el Servicentro de la empresa COPEC, luego de unos minutos llegó un segundo camión marca Volvo, modelo FH12, color naranjo, placa patente XXX, de propiedad de S.H.G.C., trasladándose ambos vehículos unos metros

logró acreditar la posesión y transporte doloso —respecto de dos imputados—de una sustancia química sujeta a control por la Ley de Drogas, en concreto, carbonato de sodio, también denominada Ceniza de Soda o Sosa; y respecto del tercer imputado, éste fue sancionado por la figura imprudente que contempla la ley. Para la imputación de la negligencia inexcusable destacamos los argumentos del tribunal vertidos en el considerando séptimo:

"El inciso segundo del artículo 2° de la Ley N° 20.000, en tanto, constituye la figura culposa, sancionándose a quienes hubieren realizado alguna de las conductas descritas en el inciso primero, sin conocer el destino, pero con negligencia inexcusable. Esta "negligencia inexcusable" resulta particularmente relevante por cuanto muchas veces es el resultado de quien a sabiendas de que puede estar realizando una conducta ilícita, desconoce de cual modo deliberadamente, o lo que se ha denominado la "ignorancia consciente" (SIC), de la cual luego busca reportar provecho.

En ese contexto, los acusados F.Y., y G.G., al tenor de todo lo ya razonado, serán condenados bajo los presupuestos previstos en el inciso primero del artículo 2° de la citada Ley 20.000, bajo las modalidades de transporte y posesión, en función de los razonamientos que latamente se explicitaron en el motivo sexto de la presente sentencia, en tanto

más al oriente, donde procedieron aproximadamente seis sujetos desconocidos, entre estos E.R.F.Y. y J.M.G.CH, al traslado de la carga consistente en 500 sacos rotulados ceniza de soda, desde el camión Mercedes Benz al camión Volvo, esta operación duró aproximadamente una hora y media, posteriormente y cuando se apreció que la sustancia química había sido trasladado completamente, permaneció estacionado aproximadamente otra hora y media, para luego enfilar por esta arteria al oriente y tomar la ruta 5 norte y finalmente la ruta A 55, que llega a la frontera de Chile con Bolivia, encontrándose en su interior G.CH. en la conducción y F.Y. como copiloto.

Cuando el vehículo accedió a esta última ruta internacional con la finalidad de salir del país, personal de investigaciones procedió a controlar la identidad de sus ocupantes y revisar el camión, verificando que la carga, correspondían a 12.500 kilos, los que fueron sometidos a la prueba instrumental de "Espectrometría de absorción infrarroja con trasformada de fourier", la que dio cuenta de la presencia de la sustancia química Carbonato de Sodio, sustancia controlada en el Decreto Supremo N° 1358, procediendo en consecuencia, a la detención de ambas personas a las 03:05 horas del día 14 de Noviembre de 2010.

Paralelamente, se procedió a la detención de los ocupantes del camión Mercedes Benz placa patente XXX, que aún permanecía estacionado en el sector de Alto Hospicio, vehículo que en todo momento fue vigilado por agentes de la policía, identificando a sus ocupantes, uno de los cuales resultó ser V.E.G.G.

Realizadas las consultas, E.R.F.Y., no registra en Bolivia, autorización para realizar operaciones con sustancias químicas sujetas a control. Del mismo modo, efectuadas las consultas al CONACE, ninguno de los detenidos solicitó su inscripción para la importación, exportación, fabricación, elaboración y producción de sustancias químicas controladas, y no se encuentran inscritas en el registro especial de usuarios de sustancias químicas".

que, al imputado G.CH., se lo condenará en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo de la misma norma, fundamentalmente por estimar estos jurisdicentes que el conocimiento de unos y otros no es igual y merece un tratamiento diferenciado como el que prevé justamente la norma en comento, por todas las razones justificativas anteriormente expuestas".

Así, puede verse como el Tribunal equipara el desconocimiento provocado "a sabiendas de que puede (el imputado) estar realizando una conducta ilícita", a la imprudencia o culpa. A la luz de lo expuesto, nos parece desacertada esta interpretación toda vez que éste es un claro supuesto de ignorancia deliberada, al que debe dársele según lo expuesto, el tratamiento jurídico penal de una imputación dolosa, por cuanto se trataría de una situación de indiferencia manifiesta ante el posible resultado lesivo comparable a la exigida en el dolo eventual⁴².

Del análisis de la conducta que fue sancionada a título de imprudencia en esta sentencia se colige lo siguiente:

a) El sujeto transportó la sustancia controlada "carbonato de sodio" desde Santiago hacia la zona norte del país: Alto Hospicio.

El verbo rector *transportar* constituye una de las hipótesis alternativas de comisión del delito de desvío. Respecto a este primer punto cabe subrayar que se trató de un chofer con cerca de diez años de experiencia en el rubro, el que no podía menos que saber que la carga requiere documentación específica para ser transportada y exportada del país. El tribunal señala en este punto que "(...) por lo que a lo menos debiera saber que aquello que traslada tenía un carácter ilícito"⁴³.

b) El imputado negó en un principio el traslado de algún tipo de mercadería. En este punto, el tribunal se pregunta: "¿Por qué negaría el transporte de carga si no teme que ésta sea irregular?"⁴⁴.

Estimamos que el autor al menos tenía una sospecha evidente acerca de la concurrencia de los presupuestos típicos del delito de desvío, situándose por consiguiente en un consciente desconocimiento del contenido de la carga.

c) El imputado participó en el trasvasije de la sustancia química que se hizo en la noche y en clandestinidad.

⁴² Resulta asimismo poco feliz el uso de la expresión "a sabiendas" en cuanto motivación de la sentencia, respecto de la intencionalidad que debe estar presente en el desconocimiento que da lugar a la ignorancia deliberada.

⁴³ Considerando sexto.

⁴⁴ Considerando sexto.

Esta situación da cuenta de evidentes indicios sobre el carácter ilícito de la conducta que se realizó, sobre una actividad en la que una persona común situada en la posición del autor podía haberse preguntado si se trataba o no de una actividad que se ejecutaba dentro de la normativa vigente (sustancia química que fue trasladada sin observar normas de seguridad alguna, sin autorizaciones, de noche, en forma clandestina, cuyo traslado se verificó hasta una ruta internacional hacia Bolivia, por un sujeto que contaba con cerca de 10 años de experiencia en el área de transporte), o bien, si esta situación no era más que una actividad destinada a la búsqueda de impunidad por parte de quienes participaron de la misma. En consecuencia, aquí el no querer preguntarse sobre la concurrencia fáctica de los elementos del tipo, supone situarse en un evidente desconocimiento deliberado del mismo, en un "no querer conocer" que equivaldría a dolo.

d) El imputado carecía de autorización para operar con sustancias químicas controladas, según lo que dispone la Ley N° 20.000 y su norma reglamentaria, Decreto N°1.358.

En este punto, resulta evidente que la imputación subjetiva puede afirmarse en un nivel superior a una mera inadvertencia de riesgos o peligros evidentes (imprudencia), respecto de quien decide actuar pese a saber que carece de las autorizaciones para trasladar sustancias controladas. Es algo más que sospechar que se está actuando de forma potencialmente lesiva, en la medida que objetivamente se ejecuta aquí la conducta típica por parte de un sujeto que podía haberse desistido; es un caso en que el autor decide mantenerse por un período de tiempo en ignorancia intencional para obtener un beneficio económico, mostrando un grado importante de indiferencia hacia el bien jurídico equivalente a aquel que actúa con la representación requerida por el dolo eventual.

La imputación a título de imprudencia queda aquí descartada incluso desde la concepción tradicional de los niveles de imputación subjetiva. Ello se debe a que, a diferencia de lo que ocurre en el delito doloso en que la acción está dirigida a la obtención del resultado en que se concreta, en el delito imprudente, el sujeto realiza una acción que no está dirigida al resultado, de forma que falta la coincidencia de lo subjetivo con lo objetivo, coincidencia que en el hecho doloso debe darse⁴⁵, tal como ocurrió en este caso. Lo anterior, en la medida que la culpa consciente (que es la que nos interesa para comparar el dolo eventual y el desconocimiento provocado) el autor no quiere causar lesión ni crear peligro para el bien jurídico protegido, sin embargo, advierte

⁴⁵ Al respecto, GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal, Parte General: Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007, Tomo. II, p. 165.

su posibilidad y aun así actúa porque confía en poder neutralizar el riesgo o evitar el resultado. En cambio, en el caso objeto de discusión, se trataba de un autor que reconocía el peligro de la situación y pese a ello decidió actuar; es algo más que confiar en que no se producirá el resultado lesivo o que se neutralizará el riesgo porque se ha obrado con total indiferencia.

En efecto, el sujeto –un chofer– transportó una sustancia química sujeta a control penal, mostrando un manifiesto conocimiento de la situación de peligro, en condiciones en las que una persona racional y prudente situada en su posición no podía menos que advertir que se trataba de la ejecución de una conducta ilícita; es más, en este caso había actuado con pleno conocimiento de la naturaleza ilícita de la sustancia, desde el momento en que pese a haber negado preliminarmente estar trasladando alguna mercancía, al ser sorprendido por personal policial reconoció estar trasladando, precisamente, una sustancia química, indicando no ser su propietario y realizar el transporte a cambio de dinero.

En este caso, el agente se mantuvo en la ignorancia deliberada respecto del contenido y el destino final del cargamento –pudiendo cerciorase al menos del primer aspecto– trasladando la sustancia química sujeta a control, buscando crear condiciones para la impunidad (con manifiesto desprecio por las normas), sin documentación, señalética para el transporte o autorización de ninguna clase (ni para el traslado, la exportación o simplemente para operar con una sustancia química). Así entendida su conducta, no se vislumbra de qué manera el sujeto podría haber actuado confiado en que podía neutralizar el peligro para la salud pública (imprudencia).

En conclusión, compartimos la apreciación del tribunal, de estar en presencia de un desconocimiento deliberado o ignorancia consciente, pero no concordamos con el tratamiento penal aplicado, que en la especie fue el de la figura imprudente contenida en el inciso 2° del artículo 2° de la Ley N° 20.000.

3.2. Casos en que debería tener aplicación la doctrina de la ignorancia deliberada en el desvío de sustancias químicas

Habiendo abordado el límite mínimo de la imputación subjetiva ordinaria a título de imprudencia en esta figura penal, toca hacerse cargo, a continuación, de algunos casos en que hipotéticamente entendemos debería aplicarse la doctrina de la ignorancia deliberada.

3.2.1. Personas naturales o jurídicas que comercializan sustancias químicas, alegan desconocer el uso y destino final de éstas

Esta situación reviste a nuestro juicio particular interés, pues se trata de aquellas empresas o personas naturales que pueden estar o no registradas o habilitadas para operar con insumos químicos, de acuerdo a lo prescrito en la

Ley N° 20.000 y su Reglamento contenido en el Decreto N° 1.358. Ahora bien, revisando las condenas por el delito en estudio, podemos observar que generalmente no hay mayor esfuerzo investigativo en aquellas acciones ejecutadas por las personas que han proveído de sustancias químicas para el desvío de químicos, respecto de las cuales se ha acreditado más allá de toda duda razonable que se trataba de los compradores, acopiadores y transportistas. Al respecto podemos precisar que la ley exige a las empresas inscritas en el "Registro Especial de Usuarios de Sustancias Químicas Controladas", cuya administración corresponde al Ministerio del Interior, informar de aquellas operaciones inusuales o carentes de justificación, realizadas en forma aisladas o reiteradas⁴⁶.

Nos parece que en el caso de aquellos sujetos que no cumplan con la obligación reseñada, ya que prefirieron no preguntar e igualmente efectuaron la transacción (ante una operación sospechosa), cabría analizar la posibilidad de imputación a título de ignorancia deliberada y no direccionar a priori la investigación ante una posible comisión imprudente como podría ser el camino más fácil.

En este acápite citaremos un caso relativo a un empresario que ejecutó una venta de once bidones contenedores de 25 litros cada uno de acetona, en la suma de doscientos sesenta y dos mil pesos (\$262.000), mediante depósito recibido en su cuenta corriente despachando la carga hasta la ciudad de Iquique –norte del país– donde fue recibida por un ciudadano boliviano que posteriormente fue condenado por el delito de tráfico de precursores y sustancias químicas esenciales. La condena del empresario fue a título de dolo, por la figura penal descrita en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley de Drogas, no habiéndose incautado sustancias químicas. La causa se sustanció bajo las normas del procedimiento abreviado⁴⁷.

⁴⁶ El Decreto N° 1.358, de fecha 17 de abril de 2007, que establece normas que regulan las medidas de control de precursores y sustancias químicas esenciales dispuestas por la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, denominado comúnmente "Reglamento de Precursores" dispone en su artículo 7° lo siguiente: "Tanto las personas naturales como las personas jurídicas que se encuentren registradas en conformidad a lo dispuesto precedentemente, deberán informar inmediatamente a las autoridades competentes cualquier operación de la que sean parte y sobre la cual tengan certeza o indicio que sustancias químicas controladas puedan ser desviadas para la fabricación ilícita de drogas, absteniéndose de realizar la operación sin efectuar previamente dicha comunicación.

Estarán especialmente obligados a informar cuando se trate de cualquier operación, acto o transacción inusual o carente de justificación, sea que se realice en forma asilada o reiterada".

⁴⁷ Sentencia del 7º Juzgado de Garantía de Santiago, 20 de junio de 2007, RUC Nº 0600047186-9, RIT Nº 1448-2006.

Creemos al respecto que aun cuando el sujeto hubiera declarado en orden a desconocer el uso que se le daría a la sustancia química adquirida por el imputado (que durante la tramitación del proceso fue formalizado por desvío de precursores químicos), y el tribunal en definitiva lo hubiera absuelto o condenado por la figura imprudente de desvío de precursores químicos, la doctrina de la ignorancia deliberada podría haber tenido cabida aquí desde el momento que nos encontramos ante un empresario de la industria química que vende cerca de 300 litros de la sustancia química esencial "acetona" a una persona natural, cuyo destino es Bolivia, país catalogado dentro de los tres mayores productores de cocaína en el mundo y que justamente en el proceso de elaboración de esta droga utiliza dicho precursor químico. A ello se suma la venta a un sujeto vinculado al tráfico de precursores, que finalmente fue condenado por este delito. Entendemos entonces que estamos en presencia de indicios claros en cuanto a que la sustancia química vendida podía ser utilizada en la fabricación de cocaína (desconocimiento buscado respecto del destino de la sustancia química, conocimiento de la probabilidad de la ejecución del tráfico de precursores, más la indiferencia ante la concreción de la conducta).

3.2.2 Posesión y guarda de precursores químicos alegando desconocer su uso o destino

A menudo la alegación dirá relación con desconocer el uso o destino ilícito —elaboración de drogas— de que podría ser objeto el precursor químico. No olvidemos que nos encontramos ante la complejidad de tratarse de sustancias químicas lícitas y que pueden ser usadas en la industria o incluso de modo doméstico.

En el año 2007 se llevó a efecto una audiencia de juicio oral, en la ciudad de Arica, en contra de seis imputados en calidad de autores del delito de desvío de sustancias químicas⁴⁸. Los hechos de la acusación consistieron en

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Arica, 17 de julio de 2007, RUC N° 0510007329-5, RIT N° 124-2006. Nos parece necesario citar los hechos que fueron motivo de la acusación, a fin de poder ilustrar con mayor claridad la participación atribuida a G.O. y Q.Y., conforme a lo analizado. "SEGUNDO: Que los hechos materia de la acusación, según se lee en el auto de apertura de juicio oral, son los siguientes: "Que durante el año 2005, los acusados E.CH.M. (o E.C.M.), R.C.CH., M.Q.Y. y S.C.A., se concertaron para desviar sustancias químicas esenciales desde Chile hasta Bolivia, con la finalidad de ser usadas en dicho país, en la fabricación y producción de sustancias estupefacientes, para lo cual adquirían dichos insumos químicos en la ciudad de Santiago, las cuales eran trasladadas a nuestra ciudad sin autorización competente, donde acopiaban los productos para ser luego transportados por vía terrestre, y en forma clandestina, hacia Bolivia.

Así, en el mes de junio de 2005, el acusado E.CH. contrató a S.C.A. para efectuar el transporte de aproximadamente 1200 litros de acetona y 3042 kilos de carbonato de

el concierto por parte de los acusados para el desvío de sustancias químicas esenciales desde Chile a Bolivia con la finalidad de ser usada en ese país en la fabricación y producción de drogas. Para ello, adquirían los insumos químicos en la ciudad de Santiago, sin autorización competente, acopiaban los productos para posteriormente ser transportados vía terrestre y en forma clandestina hacia Bolivia.

Sin perjuicio que se trata de un caso de relevancia jurídica en cuanto a los tópicos discutidos, en particular respecto del reconocimiento y aplicación por parte del tribunal de la reiteración de delitos conforme a la norma contenida en el artículo 351 del Código Procesal Penal, considerando la doctrina imperante en torno a estimar al delito de tráfico como un delito de emprendimiento⁴⁹, nuestra atención se centrará en dos de los sujetos absueltos y, en

sodio, desde Arica a Bolivia, siendo detenido S.C.A. el día 14 de junio de 2005, en la Ruta A-319, por un paso no habilitado hacia Bolivia, cuando transportaba estos productos al interior del camión patente XXX; sin autorización alguna y sin dar mayores antecedentes acerca de su origen, conociendo que el destino de dichas sustancias era la elaboración de droga en el vecino país, las que habían sido adquiridas a nombre de un tercero por los imputados M.Q.Y. y R.C.CH. en la ciudad de Santiago, por instrucciones y previo requerimiento del imputado E.CH.

Posteriormente, a mediados del año 2005, el acusado E.CH. encomendó al matrimonio compuesto por M.Q.Y. y R.C.CH. la adquisición de sustancias químicas controladas de la Ley N° 20.000 y su transporte a Bolivia, por lo que el 08 de septiembre de 2005, funcionarios de la Jefatura Antinarcóticos de la Policía de Investigaciones, previa autorización judicial de entrada y registro del inmueble ubicado en XXX de Arica, procedieron a la incautación de 600 litros de acetona y 525 litros aproximadamente de ácido sulfúrico, los que serían enviados a Bolivia para su uso en la preparación de droga, sustancias cuya circulación vigilada fue autorizada previamente por el Ministerio Público, y que fueron adquiridas por los imputados C.CH. y M.Q. en la ciudad de Santiago a nombre de un tercero, quienes a su vez se encargaron de su transporte y acopio, todo ello por instrucciones de E.CH.

Participaron además en este segundo ilícito el imputado H.G.O. quien fue sorprendido en tenencia de dichas sustancias químicas esenciales, acopiándolas en su domicilio ubicado en XXX de Arica, con ánimo de lucro por un lapso aproximado de dos días; como, asimismo, doña C.Q.Y. quien proporcionó dinero a R.C.CH. para facilitar la adquisición de dichos insumos químicos conociendo el destino de los mismos.

De esta manera el acusado E.CH. era el destinatario en el país de Bolivia de las sustancias químicas esenciales incautadas en ambos desvíos, siendo detenido el día 23 de marzo de 2006, por orden judicial, por funcionarios de la Policía de Investigaciones, luego de que tomara contacto con un agente encubierto a quien encargó la adquisición de nuevas insumos químicos, como acetona y carbonato de sodio, con la misma finalidad de ser utilizadas en la elaboración clandestina de droga en Bolivia".

49 Consideramos de especial interés el argumento del Tribunal al dar aplicación a la norma de la reiteración (se acreditaron dos desvíos) en relación al concepto doctrinario de delito de emprendimiento, reconociendo al tráfico como una empresa en que varias personas ejecutan acciones que se engloban en una sola actividad ilícita, pero estimando que se trata de un concepto marco, entendiendo al narcotráfico como actividad de una criminalidad organizada y aspirándose, por lo tanto, a la punición de todos los actos del ciclo de la droga, según se consigna en el considerando decimoctavo de la referida sentencia.

particular, en uno de ellos que no fue acusado por la fiscalía pero que a nuestro juicio podría haber sido sujeto de imputación, al igual que los absueltos, por haber actuado con una manifiesta ignorancia deliberada.

Según la fiscalía, los imputados H.G.O. y C.Q.Y. ostentaban la calidad de autores conforme a los roles de acopiador con ánimo de lucro (posesión y guarda), en el caso de G.O., y facilitadora de dinero para la compra de los químicos, en el caso de Q.Y. Ahora bien, la defensa de G.O. argumentó la inocencia de su representado por falta de conocimiento de éste respecto de las actividades de los coimputados y del contenido de los químicos guardados en su domicilio. En el caso de Q.Y., igualmente se alegó su inocencia, señalándose que se trataba de la hermana de una imputada que resultó condenada. Se arguyó desconocimiento de las actividades realizadas por los demás acusados y se recalcó que sólo hubo facilitación de dinero a su pariente.

En cuanto al conocimiento de G.O., este mismo reconoció el haber guardado sustancias químicas entregadas por dos imputados que fueron condenados, en sacos y tambores, recibiendo dinero por ese encargo. Además, en su domicilio se encontraron otras sustancias químicas distintas a los pedidos. Las pruebas apuntaron al conocimiento de Q.Y. en cuanto reconoció en su propia declaración la entrega de trescientos mil pesos (\$300.000) para la compra de productos químicos al cónyuge de su hermana, también condenado en este ilícito. En su declaración indica que su cuñado compraba insumos químicos para trasladarlos a Bolivia. Adicionalmente, en las interceptaciones telefónicas se determinó que la imputada también realizaba retiros de insumos químicos comprados con su propio dinero.

En definitiva, en este caso se diferenciaron distintos roles en la ejecución conjunta del hecho:

- a. Financista y destinatario de los insumos químicos;
- b. Adquirentes y coordinadores en el transporte;
- c. Facilitadora de dinero para la compra de los químicos;
- d. Acopiador (posesión y guarda) de los insumos químicos;
- e. Comercializador de los químicos (no fue acusado).

¿Podría operar entonces la ignorancia deliberada en Q.Y. y G.O.? Entendemos que podría tratarse de personas que eligieron no enterarse del destino de los químicos, "elaboración de droga", y actuar dentro de un rol neutro determinado, y en caso de G.O., claramente identificable con la motivación de lucro. Con todo, en ambos casos los sujetos podrían haber obtenido la información necesaria respecto de las conductas desplegadas y su objetivo final. En definitiva, el tribunal decidió absolver a ambos imputados considerando que las conductas desplegadas no manifestaban el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo penal.

Probablemente, podría haber sido tratada como un supuesto de ignorancia deliberada la conducta desplegada por el comercializador de los químicos, que no fue acusado en esta causa. Ello se debe a que si bien se acreditó su participación en la venta de los precursores, reconociendo el mismo imputado haber cambiado los rótulos de los químicos, no se probó que tuviera conocimiento que el citado ocultamiento tuviese por finalidad garantizar destinos ilícitos para las sustancias químicas. Lo anterior, pese a la circunstancia que el principal investigado, que era el financista y destinatario de las sustancias químicas, sindicó a este sujeto como "su" proveedor.

3.2.3 Transporte de sustancias químicas arguyendo desconocer el contenido y/o uso de la carga

En este supuesto de hecho, es común la alegación de la defensa en la cual el imputado niega conocer que transportaba sustancias químicas indicando que pensaba que trasladaba otra mercancía. En otros términos, se construye una argumentación que busca el reconocimiento de un error de tipo invencible que excluye incluso la imputación a título de imprudencia, en concreto, indicando en caso de ser sorprendido, desconocimiento del uso o el destino que se le dará al químico⁵⁰.

Ahora bien, en varios de los supuestos descritos (casos 3.2.1. a 3.2.3) la conducta desplegada puede significar una indiferencia ante la posible creación de las condiciones de peligro para la salud pública. Lo anterior, incluye los casos en que el sujeto decide tanto no preguntar como ocultar su conocimiento de la existencia del objeto material, no queriendo conocer en rigor el uso que se le dará a la sustancia aunque pueda sospechar la ilicitud del transporte, tal como veremos a continuación.

En esta línea, resulta interesante mencionar las consideraciones vertidas por el órgano juzgador, en la primera condena que registra nuestro país por desvío del precursor químico controlado efedrina. En lo medular, los hechos consistieron en el concierto de los imputados para adquirir, guardar, transportar, exportar y desviar clandestinamente efedrina a México, con el objetivo de ser usada en dicho país para la producción de metanfetamina.

La defensa de los imputados sostuvo que éstos habían obrado con total ignorancia sobre la naturaleza de las substancias que transportaron. El tribunal

⁵⁰ Sobre la distinción general entre dolo, ignorancia y error de tipo y prohibición, puede verse NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. *Derecho Penal Chileno. Parte General.* 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2015, Tomo I, p. 189 y sgtes. CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General.* 10ª ed., Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2011, p. 309.

no acogió esta alegación, aplicando las reglas de la lógica, en la medida que hubo ocultamiento de la sustancia química en su exportación bajo una rotulación falsa: vitamina C, fructuosa o detergente, todas sustancias permitidas para su comercialización. Además, la exportación se realizó mediante empresas de fachada a México, país que prohibió en el año 2008 la importación de efedrina, precisamente, por tratarse de un precursor químico de la metanfetamina. Así también se tuvo en consideración el nivel socio cultural y educacional de los imputados, lo que permitió desvirtuar el desconocimiento del uso final del precursor químico⁵¹.

3.2.4 Organizaciones criminales. Empresas de fachada creadas para el desvío de sustancias químicas

En este punto, no pretendemos abordar la atribución de responsabilidad penal de la empresa –excede con creces el objetivo de este trabajo⁵²– sino más bien tratar los supuestos de diversidad de sujetos en cuanto a las funciones que

Que, además, esta juez tiene presente el nivel cultural, social y educacional de los acusados, siendo una de ellas M.A. ingeniera civil química, de una de las universidades más prestigiosas en ese rubro en Chile, lo cual desvirtúa sin duda el desconocimiento de la finalidad de la efedrina en México, y el uso que dicho producto puede dar, evidenciando que cada uno actuó en esta agrupación o reunión de delincuentes con la finalidad clara y precisa de enviar al país del norte este precursor, usando para ello toda la experticia de sus conocimientos profesionales y de exportación para vulnerar la detección del producto, mas cuando para ello lo ocultaron bajo nombres falsos, lo que dista de implicar desconocimiento (...)".

52 Al efecto véase el capítulo sobre bases para una conexión entre la culpabilidad de la empresa y el hecho delictivo, ARTAZA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación*

⁵¹ En este caso, creemos que podría haber tenido cabida aún la doctrina de la ceguera intencionada, en atención a la argumentación vertida por la defensa en cuanto al desconocimiento del uso y destino final del insumo químico, pues aunque si así lo fuera respecto de la certeza de los elementos constitutivos del tipo objetivo, existiría, de acuerdo a la prueba rendida en el juicio, una alta probabilidad de que el químico pudiera ser usado en la producción de una droga ilícita. Véase la sentencia del 1º Juzgado de Garantía de Santiago, 13 de octubre de 2009, RUC Nº 0900023436-K, RIT Nº 911-2009. Considerando 13°: "(...) no se puede dar crédito a la supuesta incredulidad o ignorancia en cuanto al desconocimiento del elemento trasportado, pues no es lógico suponer que haya tal nivel de ingenuidad cuando los envíos se hacían ocultando el producto al simularlo con vitamina C o detergente, a un país que justamente por política de Estado prohibió el referido elemento, por su conocido uso para la elaboración de drogas como la metanfetamina y otras. Tal como aparece de la compleja investigación que se realizó en esta causa, la que se inició por el descubrimiento en México del ingreso de la sustancia prohibida, oculta en una denominación permitida, todos los acusados reconocen todos y cada uno de los antecedentes de la carpeta, incluso la exportación de los dos primeros envíos, los que además constan en los documentos que acreditan tales exportaciones, que éstas efectivamente se realizaron, pero no fueron advertidas ni por las autoridades chilenas ni mexicanas.

realizan, donde dicha multiplicidad de roles propia de las estructuras orgánicas más o menos complejas, puede provocar que se diluya la responsabilidad de sus integrantes por el uso de la persona jurídica como escudo, en caso que la haya formalmente, o por el diferente grado de conocimiento y distribución de tareas en la misma⁵³.

Por ello, no podemos dejar de mencionar el caso "empresarial" en el desvío de precursores químicos, desde que este delito constituye una figura penal autónoma⁵⁴, y justamente este adelantamiento de punibilidad se justifica por la peligrosidad que encierra la ejecución de esta etapa delictiva dentro del circuito de la empresa criminal de las infracciones a la Ley de Drogas. No es casual que en diversos foros nacionales e internacionales se ocupe la expresión "sin químicos, no hay drogas" al tratar este delito, pues nos encontramos por

de responsabilidad penal. Fundamentos y límites. Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2013, págs. 171 y, en especial, 176 y sgtes.

⁵³ FISCALÍA, Ministerio Público de Chile, "Informe 2015, Observatorio del Narcotráfico en Chile" [en línea], 2015, págs. 36-37. Disponible en: http://www.fiscaliadechile.cl/ observatoriodrogaschile/index.html [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2016]. En nuestro país se han identificado organizaciones criminales para el narcotráfico bajo las siguientes estructuras: PIRAMIDAL, en donde "podemos distinguir: un líder; luego un conjunto de vendedores extranjeros de la droga, que surte a la organización y que se relacionan en general sólo con el líder; a continuación uno o dos brazos operativos, que lo representan, y que tienen la función de coordinar las distintas tareas de la organización, tanto en el área logística, como la del tráfico propiamente tal; enseguida un grupo de personas que ejecutan funciones específicas y que se relacionan preferentemente con dichos brazos operativos, actuando con conocimiento de su rol dentro de la organización criminal, y del plan criminal; y por último, un conjunto de vendedores de la droga, que surten diversos tipos de compradores, los que van desde miembros de una organización barrial a consumidores (...) El esquema varía en el SEMIPIRAMIDAL, donde se pudo apreciar que la organización en general se desprende de las tareas de la venta de la droga a nivel barrial, limitando sus ganancias a lo que pueda obtener de la compra al proveedor externo y su venta a distribuidores de mediano tamaño, entre los que se incluyen organizaciones barriales (...) Un tercer esquema, que hemos llamado HORIZONTAL por la existencia de un núcleo decisor de carácter horizontal, y que corresponde a un modelo muy cercano a una microempresa criolla en el mercado lícito de bienes y servicios, donde un pequeño núcleo de personas, con un sistema horizontal de toma de decisiones, se reparte las principales tareas de la organización, y subcontrata prácticamente todos los servicios necesarios para la operación de importación de drogas".

⁵⁴ Cfr. MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial. 3ª ed., Santiago, Ed. Thomson Reuters, 2015, p. 461: "La naturaleza de acto preparatorio especialmente punible queda de manifiesto por la distancia existente entre su objeto material, que son "sustancias que se utilizan en la elaboración de la droga mediante su incorporación en la molécula de la misma... [o] simplemente, sirven para sintetizar la sustancia y no se incorporan a ella" y el peligro que se pretende evitar, esto es, el tráfico ilícito de estupefacientes. En el mismo sentido, afirmando que se trata de un acto preparatorio especialmente punible y no de un tipo penal independiente, BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 2ª ed., Santiago, Librotecnia, 2016, p. 567 y sgtes.

ejemplo, en nuestro caso, con una realidad país que favorece actividades tales como el tránsito y la exportación de insumos químicos que son usualmente utilizados en la elaboración de drogas como sucede con nuestra industria del cobre, para cuya producción es indispensable el ácido sulfúrico, sustancia química esencial que a su turno es básica en el proceso de producción de la cocaína. En otros países, como México, la actividad empresarial ilícita se desarrolla en base a insumos químicos que se destinan a la preparación de drogas sintéticas como son las metanfetaminas.

El elemento subjetivo del desvío de sustancias químicas, podría ser soslayado por ejemplo en una operación de venta de un insumo químico, participando en ella diferentes funcionarios, con jerarquías diferenciadas en la empresa, so pretexto de desconocer el destino final de la sustancia, no obstante que a nuestro juicio, no sólo podían sino que debían cerciorarse del uso final de la sustancia en caso de existir una sospecha fundada de la ilicitud del acto, vale decir, manteniéndose en una posición de ignorancia.

En este lugar, ha de insistirse en que a los operadores de sustancias químicas les asiste la obligación legal, conforme lo dispone el artículo 60 de la Ley N° 20.000⁵⁵, de "informar inmediatamente a las autoridades competentes cualquier operación de la que sean parte y sobre la cual tengan certeza o indicio de que precursores o sustancias químicas esenciales catalogadas por el reglamento puedan ser desviadas para la fabricación ilícita de drogas estupefacientes o sicotrópicas, absteniéndose de realizar la operación sin efectuar previamente la comunicación".

Sobre el particular, diferimos de la posición de Matus y Ramírez quienes, al hacerse cargo de la expresión contenida en la hipótesis dolosa del desvío, en cuanto al objetivo de destinar los precursores a la preparación de drogas, refieren que existe una exigencia subjetiva mayor que la del tráfico en general porque requeriría en el autor dolo directo (no siendo posible el dolo eventual), en la medida que no es suficiente para la imputación con la mera representación de la posibilidad de ese desvío, afirmando con ello que la imputación sería en ese caso, únicamente, a título de imprudencia⁵⁶.

⁵⁵ Llama la atención que la norma reglamentaria sea más amplia en este sentido: Decreto N° 1.358 que "Establece normas que regulan las medidas de control de precursores y sustancias químicas esenciales dispuestas por la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas". Artículo séptimo.

⁵⁶ MATUS y RAMÍREZ, "Lecciones (Parte Especial)", cit. nota nº 54, págs. 461-462. En igual sentido, BALMACEDA HOYOS, *Manual*, cit. nota nº 54, p. 568. La negación de la posibilidad de imputación a título de dolo eventual viene dada por la evidente posición tradicional de la doctrina nacional, según la cual los actos preparatorios especialmente punibles, como las etapas imperfectas de ejecución del delito (tentativa y frustración), sólo admitirían la posibilidad de adscripción a modo de dolo directo.

Al respecto entendemos que el tipo subjetivo imprudente, de acuerdo a la descripción típica literal del artículo 2° de la Ley N° 20.000 sanciona la "negligencia inexcusable" en el actuar del sujeto activo, cuyo contenido ya hemos retratado. En este punto, cabe recordar que ya no se contempla la expresión "a sabiendas" en la descripción del tipo⁵⁷, tal como ocurría bajo el anterior estatuto nacional de drogas y, por consiguiente, el dolo directo en este ilícito no es la única modalidad de imputación subjetiva y es posible admitir el dolo eventual. Cabe señalar que la expresión "a sabiendas" junto con otras equivalentes como "sabiendo", "constándole", "conociendo", "con conocimiento de causa", y otras como "maliciosamente" o con "malicia" se han interpretado a veces como una exigencia de dolo directo excluyente, por cierto, del dolo eventual⁵⁸. Con todo, esta posición no es mayoritaria en la doctrina nacional⁵⁹. Así, por ejemplo, Politoff⁵⁰ en su monografía sobre los elementos subjetivos del tipo manifiesta que:

"se encuentran con frecuencia en las leyes penales expresiones como a sabiendas u otras equivalentes (esencialmente, wissentlich), cuyo alcance suele ser bastante menos significativo del que se le atribuye. La mayor parte de las veces se tratará de una simple tautología (repetición en la figura de la exigencia del elemento intelectivo del dolo); alguna otra se la usa 'para distinguir una determinada figura delictiva dolosa del idéntico tipo descriptivo de naturaleza culposa'. Todavía puede significar la exclusión de una forma de culpabilidad (culpa, por ejemplo, o dolo eventual)"61.

Especialmente crítico sobre este punto, LONDOÑO, Fernando. "El caso de la 'llave de gas del frustrado suicida-parricida': sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual". En: VARGAS PINTO, Tatiana (dir.). Casos Destacados. Derecho Penal: Parte General. Santiago, Thomson Reuters, 2015, págs. 234 y sgtes.

⁵⁷ Al respecto, ampliamente, AMUNÁTEGUI STEWART, Felipe. "Maliciosamente" y "A Sabiendas" en el Código Penal Chileno. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1961, págs. 27 y sgtes.

⁵⁸ Una parte de la doctrina sostiene que estas normas del Código Penal en realidad, únicamente, cumplen la función de tender una suerte de puente o llamada entre la realización de un injusto doloso y la culpabilidad. De esta tesis, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. "El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad". En: *Revista de Derecho*, v. XXIV, N° 1, 2011, p. 101 y sgtes.

⁵⁹ Especialmente crítico, por ejemplo, COUSIÑO MAC IVER, Luis. "El dolo eventual en la dogmática chilena". En: *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XXVII, 1968, p. 127. CURY URZÚA, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 305 y sgtes.

⁶⁰ POLITOFF, Sergio. Los elementos subjetivos del tipo legal. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1965, p. 96. También, NÁQUIRA, Derecho, ob. cit., págs. 232 y sgtes.

⁶¹ HERNÁNDEZ, Héctor. "El Delito de Lavado de Dinero". En: *Informes en Derecho*, *Ministerio Público*, 2005, págs. 329-332.

Ahora bien, en este acápite nos parece interesante citar a Miró, en relación a la responsabilidad penal dolosa del administrador societario y la aplicación de la doctrina de la ignorancia deliberada, en cuanto manifiesta que, no obstante existir algunas resoluciones del Tribunal Supremo Español en las que se relaciona el deber del administrador con la responsabilidad dolosa, en la mayoría de las sentencias, esta doctrina "se utiliza no para sustituir el conocimiento como elemento del dolo, sino para argumentar sobre la presencia de aquel a partir de los indicios existentes y pese a la declaración del procesado de *actuar sin saber*"62.

La ignorancia deliberada es algo más que una mera indiferencia como estado de ánimo o "posición sicológica" de no averiguar, sospechando la probabilidad de concurrencia de un ilícito. La sospecha no es lo mismo que la representación exigida en el dolo eventual. No obstante, como hemos indicado, quien decide actuar con indiferencia obra con dolo eventual si se mantiene en un nivel de ignorancia que podía superar, a través de medios accesibles al autor, según el conocimiento que una persona racional y prudente podría haber tenido si se encontrase en la posición del autor⁶³.

Conclusiones

En este artículo se ha abordado la doctrina de la ignorancia deliberada y las posibilidades que ella ofrece para la solución de casos prácticos de imputación del delito de tráfico ilícito de precursores en el ordenamiento jurídico chileno. En este punto, los esfuerzos se han concentrado en situaciones límite discutidas en la *praxis* donde la reconstrucción del contenido del dolo eventual entendido como ignorancia deliberada permite interpretar coherentemente las figuras penales en las que se exigen especiales deberes de conocimiento. Así, las ideas centrales sobre las cuales descansa nuestra postura en torno a la doctrina de la ignorancia deliberada en el tráfico de precursores, son las siguientes:

1. Decidir ignorar los elementos constitutivos del tipo penal, equivale a un no querer conocer. En los casos de tráfico de precursores esto supone que el sujeto actúa con una especial indiferencia frente a factores de riesgo objetivo, lo que sería una decisión voluntaria e intencional contra el bien jurídico, salud pública.

⁶² MIRÓ, Fernando. "Dolo y Derecho Penal Empresarial: Debates Eternos, Problemas Modernos". En: *Cuadernos de Política Criminal*, N°113, 2014, págs. 201-252, p. 240.

⁶³ Finalmente, en este parágrafo cabría considerar, a modo enunciativo, la posible concurrencia de una agrupación de personas que se reúnen con el propósito de desviar sustancias químicas, sea que se trate de la circunstancia agravante de responsabilidad penal especial, contenida en el artículo 19 letra a) de la Ley N° 20.000 o el delito de asociación ilícita del artículo 16 del mismo cuerpo legal, sin embargo, ambos institutos no serán tratados en este trabajo.

- 2. No se trata de un supuesto de "dolo sin conocimiento" ni un supuesto en el que "el autor probablemente sabía"⁶⁴, sino de un caso en el que el autor se sitúa en una posición de "desconocimiento intencional", pese a que conforme a su experiencia y conocimientos personales, podría obtener información cierta sobre los elementos constitutivos de un ilícito contra la salud pública.
- 3. A su turno la negligencia inexcusable supone actuar con una manifiesta inadvertencia frente a un riesgo evidente que incluso una persona común podría en las circunstancias concretas haber tenido en cuenta. Se trata de un supuesto de error de tipo, que se opone al desconocimiento deliberado de los riesgos que un hombre promedio ha decidido no considerar, pese a que le asistía en el caso concreto el deber de hacerlo. Es decir, la ignorancia deliberada permite aquí trazar un límite claro y preciso, entre el dolo y el error de tipo que equivale al supuesto de negligencia inexcusable previsto en la ley. Esto, sobre la base que aquí se asume, como se ha dicho, que toda forma de imprudencia es una forma de error de tipo.
- 4. En este sentido en el tipo de tráfico de precursores es posible afirmar, conforme se ha sostenido en este trabajo, la imputación a título de dolo eventual si en el caso concreto concurre una ignorancia intencionada + indiferencia ante la puesta en peligro o resultado lesivo + poder y deber de información + motivación personal para decidir no tener en consideración los elementos constitutivos del tipo. Se trata de una fórmula valorativa, cuya finalidad es servir a la interpretación del aspecto subjetivo de este tipo penal y, al mismo tiempo, diferenciarlo de la hipótesis imprudente.
- 5. En este trabajo hemos establecido criterios precisos para atribuir ignorancia deliberada en este delito, intentando objetivar esta categoría de imputación, a través de la prueba de indicios necesaria para la acreditación del dolo⁶⁵. Ahora bien, ha de reconocerse que en la figura penal objeto del presente trabajo tal prueba resulta compleja desde dos puntos de vista: el primero, porque requiere asumir una determinada postura sobre los elementos que son concurrentes para acreditar la existencia

⁶⁴ MIRÔ, Fernando, "Dolo y Derecho Penal", cit. nota n° 62, p. 216.

⁶⁵ Cfr. ROSO, Raquel. "Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos, la teoría del delito y la ignorancia deliberada". En: Revista Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP), N° 3, 2014, págs. 83-107, p. 106: "...Querer mantener los cánones interpretativos del dolo de un tipo de delincuencia, llamémosle tradicional, es negarse a adaptar las estructuras a los nuevos fenómenos delictivos. Ello se puede hacer sin transgredir principios esenciales como la presunción de inocencia o el in dubio pro reo. Ahí reside el reto. Y atendiendo precisamente a estos principios hay que afirmar que la ignorancia deliberada es una actitud subjetiva que sirve para burlar el sistema punitivo, pero no equivale al dolo eventual...".

del tipo subjetivo en su modalidad imprudente; y, segundo, porque la acreditación de la ignorancia deliberada a título de dolo eventual, sobre la base de la fórmula expuesta, requiere de una serie de elementos necesarios para afirmar por inferencia, de conformidad a las circunstancias de hecho, la concurrencia del dolo eventual: prueba indiciaria, también denominada indirecta o conjetural.

- 6. De esta forma, se ofrece de *lege lata* un criterio de imputación subjetiva para asimilar los casos de ignorancia deliberada con la tradicional concepción del dolo eventual aplicando el citado juicio valórico al delito de tráfico de precursores. Es un criterio que tiene en cuenta la gravedad de las conductas y el peligro evidente de lesión a bienes jurídicos de especial importancia como la salud pública, primando en la interpretación del aspecto subjetivo "criterios político-criminales"⁶⁶.
- 7. De *lege ferenda*, en un escenario ideal, resultaría adecuada, la definición precisa en la ley de los títulos o categoría de imputación subjetiva con el objetivo de facilitar la prueba y, al mismo tiempo, diferenciar tanto los supuestos de dolo e imprudencia, como también, los supuestos de error, que constituyen los objetos del debate en esta clase de delitos.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. Manual de Apoyo para la Tipificación del Delito de Lavado, elaborado por la Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD). Disponible en: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Manual%20tipificacion. dot [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2016].
- AMBOS, Kai. *Estudios de Derecho Penal Internacional*. 1ª ed., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004.
- AMUNÁTEGUI STEWART, Felipe. "Maliciosamente" y "A Sabiendas" en el Código Penal Chileno. Santiago, Chile, Ed. Jurídica, 1961.

⁶⁶ MIRÓ, Fernando, "Dolo y Derecho Penal", cit. nota nº 62, p. 219, en este sentido resultan interesantes sus reflexiones: "...La cuestión, por tanto, no es tanto técnico-dogmática como político criminal, y su relevancia sí es crucial, pues de equipararse los supuestos de ignorancia deliberada a los que usualmente daban lugar a la responsabilidad dolosa, aceptaríamos una ampliación de tal forma de responsabilidad quizás coherente con la sociedad del riesgo y el punitivismo social en el que estamos inmersos, pero que debe ser ponderada bajo el prisma de una concepción garantista y de mínima intervención del Derecho penal...".

- ARTAZA, Osvaldo. La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites. Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2013.
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* 2ª ed., Santiago, Librotecnia, 2016.
- BESIO HERNÁNDEZ, Martín. "El dolo en la decisión cuantitativa de la pena (una primera aproximación)". En: *Revista Razonamiento Penal* N° 1, 2012.
- BULLERMORE G, Vivian y MACKINNON R, John. *Curso de Derecho Penal (teoría del delito)*. 2ª ed, Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2007, Tomo II.
- CORCOY, Mirentxu. "Concepto Dogmático y Procesal de Dolo. Ignorancia Deliberada, Confianza Irracional y Manifiesto Desprecio". En: *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 4, 2011.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis. "El dolo eventual en la dogmática chilena". En: *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XXVII, 1968.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis. Derecho Penal Chileno. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1975, Tomo I.
- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General.* 10^a ed., Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2011.
- Decreto N° 104, de 01 de agosto de 2009, que publica en el Diario Oficial el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Decreto N° 1.358, de fecha 17 de abril de 2007, que establece normas que regulan las medidas de control de precursores y sustancias químicas esenciales dispuestas por la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General.* 3ª ed., Santiago, Chile, Ed. Jurídica, 1997, Tomo I.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo". En: Cuadernos de Política Criminal, N° 65, 1998.
- FEIJÓO, Bernardo. "La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial". En: *InDret Revista para el análisis del derecho*, N°3, 2015.
- FISCALÍA, Ministerio Público de Chile, "Informe 2015, Observatorio del Narcotráfico en Chile", (2015): http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/index.html [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2016]
- FLETCHER, George. *Rethinking Criminal Law.* 2a ed., Oxford University Press, New York-London, 2000.

- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General: Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito.* 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007, Tomo II.
- HERNÁNDEZ, Héctor. "§1. De los delitos". En: *Código Penal Comentado. Libro Primero (arts. 1º al 105º), Doctrina y Jurisprudencia.* En: Couso, Jaime y Hernández, Héctor (dirs.). Santiago, Ed. Abeledo Perrot, 2011.
- HERNÁNDEZ, Héctor. "El Delito de Lavado de Dinero". En: *Informes en Derecho, Ministerio Público*, 2005.
- HUERGO, María Victoria. "Reflexiones en torno de la doctrina de la willful blindness y su posible recepción en Argentina" En: CIIDPE Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico", 2010. Disponible en: http://www.ciidpe.com.ar/area1/willful%20blindness%20Huergo.pdf [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2016].
- HUSAK, Douglas N. y CALENDAR, Graig A. "Willful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: A study of the deeper significance of the principle of Legality" En: Wisconsin Law Review, 29, 1994.
- JAKOBS, Günther. "Indiferencia como dolo indirecto" En: Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Marcial Pons, Madrid, 2004, Tomo I.
- JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. En: Cancio Melía, Manuel; Suárez, Carlos (trad.), 1996, reimpresión, 1999, Madrid, Editorial Civitas.
- KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. "Caso: cinta adhesiva y no aceptación de la muerte" SCS, 2/07/2009, ROL N° 3970-2008. En: AAVV. Casos Destacados. Derecho Penal. Parte General. Vargas Pinto, Tatiana (dir.), Santiago, Thomson Reuters, 2015.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- LESCH, Heiko. "Intervención delictiva e imputación objetiva". En: Sánchez Vera y Gómez-Trelles, Javier (trad.), *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo IIL, 1995, págs. 911-972.
- LONDONO, Fernando. "El caso de la 'llave de gas del frustrado suicida-parricida': sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual".
 En: AAVV. Casos Destacados. Derecho Penal: Parte General. Vargas Pinto (dir.), Santiago, Thomson Reuters, 2015.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. "El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad". En: Revista de Derecho, v. XXIV, N° 1, 2011.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial.* 3ª ed., Santiago, Ed. Thomson Reuters, 2015.

- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General.* 9^a ed., *B de f*, Buenos Aires-Montevideo, 2012.
- MIRÓ, Fernando. "Dolo y Derecho Penal Empresarial: Debates Eternos, Problemas Modernos". En: *Cuadernos de Política Criminal*, N°113, 2014.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. "La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y el Derecho Penal". En: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, Civitas, 2005, págs. 691-742.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General.* 6ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. *Derecho Penal Chileno. Parte General.* 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2015, Tomo I.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. 3^a ed., Santiago, Chile, Ed. Jurídica, 2005, Tomo I.
- OXMAN, Nicolás. "Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas" En: VIDALES, Catalina (coord.). *Tráfico de Drogas y Delincuencia Conexa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- OXMAN, Nicolás. "Una Aproximación al Sistema de Imputación Subjetiva en el Derecho Penal Anglosajón". En: Revista Ius et Praxis, N° 1, 2013.
- OXMAN, Nicolás. El Elemento Volitivo del Dolo: Una Investigación de Derecho Penal Comparado y Filosofía del Lenguaje. Tesis Doctoral, dirigida por Dr. José Luis González Cussac, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 2016.
- OXMAN, Nicolás. Sistemas de Imputación Subjetiva en Derecho Penal: El modelo angloamericano. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2016.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", 2011. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-como-reproche.pdf [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2016].
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Hamubari, Buenos Aires, 2010.
- POLITOFF, Sergio. Los elementos subjetivos del tipo legal. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1965.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2ª ed., Santiago, Chile, Ed. Jurídica, 2003.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. "Consideraciones sobre la prueba del dolo". En: *Revista de Estudios de la Justicia* N° 4, 2004.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. Bosch, Barcelona, 1999.

- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona, Atelier, Libros Jurídicos, 2007.
- Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y otros delitos graves de 1992, elaborado por la Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD). Disponible en:http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Reglamento_modelo_esp12_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ESP%20 negjun%2006.pdf [fecha de consulta: 12 diciembre de 2016].
- ROSO, Raquel. "Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos, la teoría del delito y la ignorancia deliberada". En: *Revista Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)*, N° 3, 2014.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. 1ª ed., trad., Luzón, Diego-Manuel, et al, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 2007, Tomo I.
- SANCINETTI, Marcelo. Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa: A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1995.
- Sentencia del 1° Juzgado de Garantía de Santiago, 13 de octubre de 2009, RUC N° 0900023436-K, RIT N° 911-2009.
- Sentencia del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, 20 de junio de 2007, RUC N° 0600047186-9, RIT N°1448-2006.
- Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Arica, 17 de julio de 2007, RUC N° 0510007329-5, RIT N°124-2006.
- Resoluciones del Tribunal Supremo Español, 22 de mayo de 2002, Recurso N°366/2001 y 22 de julio de 2002, Recurso N°101/2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "¿Directivas de conductas o expectativas institucionalizadas?". En: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.
- VAN WEEZEL, Alex. Error y mero desconocimiento en Derecho Penal. Santiago, Legal Publishing, 2008.
- VAN WEZZEL, Alex. "El dolo eventual como espacio de discrecionalidad". En: *Doctrina y Jurisprudencia Penal (Dolo Eventual)*, N° 7, 2011, Santiago, Thomson Reuters.
- VARGAS PINTO, Tatiana. Delitos de Peligro Abstracto y Resultado. Determinación de la Incertidumbre Penalmente relevante. Pamplona, Thomson-Aranzandi, 1997.

UNIDAD DE GOOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

TRES NUDOS CRÍTICOS EN LOS PROCESOS DE EXTRADICIÓN ACTIVA: VISIÓN JURISPRUDENCIAL

María Luisa Montenegro Torres¹

1. Introducción

La globalización que vivimos en este momento hace que requiramos de todas las herramientas de cooperación internacional posibles, siendo la extradición una de las principales y primeras en utilizarse.

La extradición, como señalamos, es una herramienta jurídica que tienen los Estados para obtener la presentación a la justicia de un imputado prófugo, constando siempre de dos partes, en el país que la solicita recibe el nombre de extradición activa y en el país requerido recibe el nombre de extradición pasiva. Ambas son distintas caras de la moneda y siempre se darán las dos situaciones en un proceso de extradición, una en el Estado requirente y la otra en el Estado requerido.

Dentro de nuestro proceso penal, se contempla la extradición como un antejuicio, que son "aquellos que deben verificarse con anterioridad o durante la tramitación de un proceso penal a fin de cumplir con un presupuesto que permite el juzgamiento válido de ciertas personas en el juicio penal propiamente tal". En ese sentido se las clasifica junto con la querella de capítulos y el desafuero.

Según Maturana, la extradición es el "procedimiento por el cual un Estado requiere de otro la entrega de una persona que debe ser sometida a juicio penal o al cumplimiento de una pena ya impuesta en una sentencia penal condenatoria"3. Creemos que esta definición es incompleta y que la extradición debe ser entendida como una herramienta de cooperación internacional que se traduce en un procedimiento para obtener que un imputado prófugo enfrente la justicia.

En ese sentido, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado el contexto en el que se da la extradición y la ha definido en los términos siguientes: "Que, primeramente, cabe considerar que la extradición pasiva no constituye propiamente

¹ Abogada de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LOPEZ, Raúl. Derecho Procesal Penal. 2ª ed., Santiago, Chile, Legal Publishing, 2012, Tomo II, p. 1160.

³ MATURANA, ob. cit., p. 1170.

un juicio, pues no persigue acreditar la existencia del delito y determinar la persona del delincuente para imponerle una pena o absolverlo, sino que consiste en un mero "procedimiento" destinado a establecer la concurrencia de los requisitos que la hacen procedente, en lo relativo al sujeto extraditable, al delito y a su naturaleza y, a la extensión de la sanción aplicable.

A mayor abundamiento, es preciso consignar que la extradición ha sido definida por esta Corte Suprema como "el acto mediante el cual el Estado en cuyo territorio se ha refugiado una persona, la entrega al Estado donde delinquió, para su juzgamiento o cumplimiento de la pena, en su caso, con el objeto de evitar la impunidad de los delitos y hacer efectivo el principio del auxilio mutuo que deben prestarse las naciones, para la consecución del señalado fin", (proceso de extradición Rol N° 7.063-2009). En consecuencia, esta institución tiene por objeto impedir que delitos que afecten bienes jurídicos de alta lesividad para la sociedad queden impunes, y también para someter a los responsables a rendir cuenta en un proceso en marcha o enfrentar las decisiones que a su respecto se adopten en un proceso ya concluido"⁴.

Desde el punto de vista orgánico, la regulación de la extradición se encuentra en el artículo 431 y siguientes del Código Procesal Penal, que abarca tanto la extradición activa como la extradición pasiva.

El procedimiento de extradición activa, está compuesto de dos etapas jurisdiccionales, primero la etapa ante el Juzgado de Garantía donde se comprueba la existencia de los requisitos formales de la extradición (formalización en ausencia, si procede, o condena, requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal y cumplimiento del requisito de país y lugar), luego en caso de una resolución favorable del Juzgado de Garantía, los autos se elevan en consulta para ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que debe pronunciarse sobre la "procedencia" de la extradición activa (requisitos de fondo), y eventualmente sobre la detención previa del imputado, lo que constituye la segunda etapa.

Este trabajo no tiene como fin abarcar el proceso completo de tramitación de una extradición activa propiamente tal, sino que pretende estudiar tres nudos críticos de la misma a través de lo que han resuelto los tribunales de justicia, por planteamientos cada vez más frecuentes de las defensas en orden a que el proceso de extradición no se lleve a cabo.

Los tres nudos críticos que se analizarán son la diferencia de los conceptos de orden de detención, detención previa y notificación roja; ausencia o incompletitud de tratados de extradición, y, finalmente, recursos que proceden en un procedimiento de extradición activa.

⁴ Corte Suprema, Ministro Instructor Hugo Dolmestch Urra, 19 de diciembre de 2015, Rol N° 18.141-2015.

2. Orden de detención, detención previa y notificación roja

Si bien, el proceso de extradición activa tal como lo conocemos se encuentra establecido desde el inicio de la Reforma Procesal Penal, aún existe una relativa confusión entre la orden de detención nacional y la detención previa y hay casos en que Tribunales de Garantía no han otorgado la orden de detención por entender que ésta no procede en el proceso de extradición ya que luego, en la segunda etapa de la extradición ante las Cortes de Apelaciones, éstas pueden otorgar la detención previa. Lo anterior parte de una confusión que no tiene razón de ser a pesar de que ambas instituciones velan por la ubicación del imputado que se dio a la fuga y que se encuentra en el extranjero. O también, no han sido pocas las veces en que una defensa ha solicitado el rechazo de la petición del Ministerio Público o querellante de una detención previa, por el mero hecho de existir una difusión roja respecto del imputado requerido.

Es fundamental poder distinguir estas tres instituciones, ya que las tres coexisten en un proceso de extradición, cada una de ellas con una fundamentación distinta a pesar de que su efecto puede parecer similar y es necesario entender que todas pueden existir a la vez en un proceso de extradición y pueden complementarse la una con la otra, recordando siempre que la extradición tiene como fin que un imputado fugado enfrente la justicia.

Es por lo anterior, que se analizará cada figura en su concepto y fin.

a) Orden de detención nacional

El proceso de extradición tiene como condición necesaria la fuga del imputado y su salida del territorio nacional. Si el imputado no se encontrare fugado, no sería necesaria su búsqueda y solicitud al país en el que éste se encuentre. La orden de detención es inherente a la extradición, ya que la solicitud de extradición es una herramienta de cooperación internacional que se utiliza cuando existe un imputado, o acusado prófugo, y que huyó del país.

En ese sentido, debemos recurrir a la legislación nacional y al artículo 127 inciso 1 del Código Procesal Penal, que señala que "salvo en los casos contemplados en el artículo 124, el tribunal, a solicitud del ministerio público podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada". Dicha norma es plenamente aplicable sobre todo en el entendido que el imputado se encuentra fugado.

La orden de detención nacional es la que otorgan los tribunales del país, en este caso el Juzgado de Garantía o el Tribunal Oral en lo Penal. Las Cortes de Apelaciones no pueden expedir órdenes de detención salvo en ciertos y contados casos.

Si bien las normas que regulan el proceso de extradición no hacen mención expresa a que se requiere una orden de detención para su otorgamiento, al realizar un análisis de la normativa internacional y nuestros tratados de extradición, llegamos a la conclusión que esta orden sí es requerida. Hay ciertos tratados como la Convención sobre Extradición de Montevideo de 1933, que señala que se debe acompañar la orden de detención como requisito formal de la extradición, por lo que estamos en el ámbito de la aplicación de los principios del derecho internacional, incluso esta idea ha sido recogida por la Ilustrísima Corte de Apelaciones. También en ese sentido, el Código de Bustamante en su artículo 365 señala que a la solicitud de extradición se debe acompañar una orden de prisión preventiva o un documento que obligue al interesado a comparecer periódicamente ante la jurisdicción represiva.

Además de lo anterior, la orden de detención nacional respecto del imputado fugado tiene otro fin práctico al final del proceso de extradición. Cuando un imputado es extraditado ya materialmente, ha de ser puesto a disposición del país que lo requirió. Ello se cumple con trasladarlo al país o ponerlo a su disposición. Si el imputado no mantiene una orden de detención, al momento de entrar a Chile quedaría en libertad, ya que sin esta orden no se le podría poner a disposición del Juzgado de Garantía respectivo para que controle su detención, y se podría dar a la fuga nuevamente, incumpliendo todos los fines de la extradición.

b) Notificación roja

b.1) Concepto

La notificación roja es un instrumento de búsqueda de una persona con fines de extradición. Se encuentra definida en el artículo 82 del Reglamento de Interpol sobre el tratamiento de datos que señala que las notificaciones rojas se publicarán a petición de una Oficina Central Nacional o de una entidad internacional dotada de competencias en materia de investigación y enjuiciamiento penal para solicitar la localización de una persona buscada y su detención o limitación de desplazamientos con miras a su extradición, entrega o aplicación de otras medidas similares⁵.

⁵ INTERPOL. Reglamento de Interpol Sobre el Tratamiento de datos, artículo 83 [en línea]. Disponible en: https://www.interpol.int/es/Media/Files/Legal-material/Reference-Documents/Reglamento-de-INTERPOL-sobre-el-Tratamiento-de-Datos [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2016].

b.2) Condiciones que han de cumplirse para la publicación de notificaciones rojas

El reglamento mencionado además señala en su artículo 83 las condiciones específicas que han de cumplirse para la publicación de notificaciones rojas dividiéndose en dos actos, criterios mínimos para publicar y datos mínimos para proceder a la publicación. Como criterios mínimos para publicar se requiere que el delito sea común según el listado de delitos contenido en el propio reglamento que excluye faltas administrativas, u otras similares; el hecho debe constituir un delito punible con una privación de libertad de al menos dos años (es decir, es aún más exigente que las normas tradicionales de la doble incriminación que usualmente son de un año), y debe determinarse que la solicitud presenta interés para la cooperación formal.

Como datos mínimos se solicita una identificación completa de la persona del imputado fugado con su nombre, sexo, fecha de nacimiento, pero además debe contener al menos o su perfil de ADN o sus huellas dactilares o los datos contenidos en su documento de identidad.

Además debe tener un contenido jurídico, siendo éste el siguiente:

- Exposición de los hechos.
- Calificación del o los delitos.
- Referencias a la legislación penal que reprimen el delito.
- La pena máxima aplicable.
- Una referencia a una orden de detención válida o de una resolución judicial equivalente (siempre que sea posible y de acuerdo con las leyes nacionales o de las reglas de funcionamiento de la entidad internacional autorizada, la Oficina Central Nacional o la entidad internacional autorizada solicitante deberá facilitar una copia de la orden de detención o de la resolución judicial).

La Oficina Central Nacional, en virtud del artículo 84 del Reglamento de Interpol referido, debe dar las garantías de que se ha expedido la orden de detención y que la solicitud de notificación roja se ha hecho en coordinación con las autoridades pertinentes responsables de las extradiciones y se han dado garantías de que solicitará la extradición tras la detención de la persona buscada, de conformidad con la legislación nacional o con los tratados bilaterales o multilaterales vigentes (además de una norma que permita reclamo y apelación). Incluso, la Secretaría General realiza un examen jurídico de lo anterior antes de publicar la notificación referida, siendo dicho examen obligatorio como consta en el artículo 85 del Reglamento referido.

b.3) Efectos de la notificación roja

En virtud del artículo 87 del Reglamento de Interpol sobre el Tratamiento de Datos, si se localiza a una persona objeto de una notificación roja, el país donde fue localizado deberá:

- Informar inmediatamente a la Oficina Central Nacional que la hubiera solicitado, teniendo presente las restricciones derivadas de sus leyes nacionales y tratados internacionales aplicables al caso.
- Adoptar cualquier otra medida permitida por su legislación nacional y los tratados internacionales aplicables al caso, como proceder a la vigilancia, la limitación de desplazamientos o la detención preventiva de la persona buscada.

En consecuencia, el efecto de las notificaciones rojas, es la ubicación de una persona con miras de solicitar su extradición. Una vez ubicada una persona, dependerá de la legislación nacional de cada país las medidas que puedan adoptarse, que pueden consistir desde la vigilancia hasta la detención de la persona, si la legislación interna del país lo permite.

En definitiva, la notificación roja no es una orden de captura internacional emitida por Interpol, sino que es una medida para localizar con miras a pedir la extradición y que, de acuerdo a la legislación interna de cada país, permitirá detener, o tomar otras decisiones a su respecto. Por consiguiente, la notificación roja es una herramienta para poder localizar a una persona fundamentalmente con fines de extradición.

La notificación roja se relaciona con la orden de detención nacional ya que ésta es un requisito para poder pedir la publicación de una notificación roja en el sistema de Interpol, esta notificación roja una vez que está a disposición de los países miembros, da cuenta de que la persona requerida se encuentra con orden de detención decretada por sus tribunales internos. Ambas instituciones difieren de lo que significa la detención previa, según lo veremos a continuación.

c) Detención previa

c.1) Concepto

La detención previa se encuentra regulada en el artículo 434 del Código Procesal Penal. Dicho artículo señala: Durante la tramitación de la extradición, a petición del fiscal o del querellante que la hubiere requerido, la Corte de Apelaciones podrá solicitar del Ministerio de Relaciones Exteriores que se pida al país en que se encontrare el imputado que ordene la detención previa de éste o adopte otra medida destinada a evitar la fuga de la persona cuya extradición se solicitará, cuando el

juez de garantía hubiere comprobado la concurrencia de los requisitos que admitirían decretar la prisión preventiva u otra medida cautelar personal.

La solicitud de la Corte de Apelaciones deberá consignar los antecedentes que exigiere el tratado aplicable para solicitar la detención previa o, a falta de tratado, al menos los antecedentes contemplados en el artículo 442.

No existe en los manuales un concepto de detención previa, pero por defecto, queda de manifiesto que no es una orden de detención, tampoco es una medida cautelar en sí, sino que es la solicitud que le realiza la Corte de Apelaciones respectiva, a petición de parte, al Ministerio de Relaciones Exteriores para que solicite al Estado donde se encuentre el imputado fugado, según sus propias normas, para que decrete medidas cautelares respecto del imputado, sea esta la detención u otra medida cautelar. Es decir, es una solicitud que realiza un Estado a otro, no una resolución que priva de libertad a una persona o menos que conceda su detención.

c.2) Fundamento de la detención previa

No debemos perder de vista que la extradición es una herramienta de cooperación internacional, que tiene la calidad en Chile de un antejuicio, para lograr que un imputado fugado pueda enfrentarse a la justicia. Para ello el proceso de extradición se encuentra regulado en los artículos 431 y siguientes del Código Procesal Penal y el procedimiento establecido si bien consta, como se dijo, de dos etapas marcadas, como lo es Juzgado de Garantía y luego Corte de Apelaciones, luego de ello escapa de las manos de la justicia propiamente tal para ser tramitado a través de la autoridad central en la materia que es el Ministerio de Relaciones Exteriores. Este último remite las solicitudes por conducto diplomático que es la vía formal para tramitar estas peticiones ante el Estado requerido donde se encuentra el imputado.

Al despachar una solicitud de extradición (pedido formal de extradición) deben acompañarse diversos documentos dependiendo del tratado que rija en la materia o de las exigencias que tiene cada país para poder otorgar la extradición en el proceso de extradición pasiva que se genere allá. Cuando hablamos de países de habla castellana o española el envío de los antecedentes que se han de allegar a la carpeta del país requerido puede no representar un problema, aunque sí pueden generarlo antecedentes extremadamente voluminosos o en otro idioma ya que esos últimos requieren de una traducción oficial para ser remitidos al Estado requerido. Además de ello los procesos de extradición pasiva son diversos en cada país y dependen de sus normas internas para poder determinar la duración de este proceso.

De ahí la importancia de la institución de la Detención Previa. Ésta puede solicitarse al país requerido antes de formular el pedido formal de extradición y debe cumplir con los requisitos formales y de fondo establecidos tanto en los tratados de extradición como en los principios generales del derecho internacional.

Claramente, la institución de la detención previa no es aisladamente nuestra, sino que está recogida en la mayoría de los países y se encuentra además recogida en los instrumentos internacionales ratificados tanto por Chile como por otros Estados parte.

Como antecedente de la detención previa, ésta se encuentra establecida en el Código de Bustamante en su artículo 354, pero también la contemplan otros tratados suscritos por Chile, como por ejemplo la Convención de Montevideo de 1933, que en su artículo 10 señala que "El Estado requeriente podrá solicitar, por cualquier medio de comunicación, la detención provisional o preventiva de un individuo" y que a raíz de dicha solicitud el Estado requerido ordenará la inmediata detención del inculpado6; el tratado de extradición de Chile con Ecuador en su artículo IV cuando se trate de casos urgentes7; o el tratado de extradición entre Chile y España8, entre muchos otros, la mayoría de ellos fijando un plazo establecido para luego formalizar la solicitud de la extradición, variando a veces en su plazo, o en los requisitos de forma para su solicitud.

Al no existir tratado de extradición se puede solicitar por reciprocidad, entendiendo esta no como una garantía de otorgamiento sino como un estudio del mismo. De hecho, nuestra legislación se pone en el caso en que no exista tratado de extradición que regule la materia en el inciso segundo del artículo 434 del Código Procesal Penal indicando que en dicho caso hay que remitirse a lo establecido en el artículo 442 del mismo cuerpo legal al regular la solicitud de detención previa requerida por otro país en el contexto de la regulación de las extradiciones pasivas.

⁶ Chile, Decreto N° 942 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio, ratifica la Convención sobre Extradición, suscrita en Montevideo de 26 de diciembre de 1933. Diario Oficial del 19 de agosto de 1935.

⁷ Chile, Ley N° 1013, Tratado de Extradición entre Chile y el Ecuador. Diario Oficial del 9 de octubre de 1899.

⁸ Chile, Decreto N° 31 del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulga el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República de Chile y el Reino de España. Diario Oficial del 11 de abril de 1995.

c.3) Requisitos para otorgar la detención previa

Existen requisitos de fondo y de forma para otorgar la detención previa que veremos a continuación.

Es requisito de fondo, según diversos autores, para solicitar la detención previa que el Juez de Garantía respectivo haya verificado o comprobado que concurren los requisitos que hagan procedente la prisión preventiva u otra medida cautelar personal⁹. En este sentido hay diferentes aspectos que hay que tener en cuenta.

En primer lugar, no se funda en que la Corte de Apelaciones estime que han de darse los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Procesal Penal, sino que hace fe de lo que ya ha realizado en la primera parte de la solicitud de extradición el Juzgado de Garantía respectivo. De hecho se agrega que la Corte de Apelaciones debe conceder la solicitud de detención previa, con el requisito señalado y además con la promesa, ofrecimiento o comunicación de la intención de formalizar la solicitud de extradición dentro de un plazo determinado¹⁰. Por ende, la Corte no debe revisar nuevamente los requisitos de procedencia de la extradición activa ni revisar nuevamente los antecedentes que se dieron por suficientes por el Juzgado de Garantía, sólo debe existir constancia de que dicho tribunal lo realizó.

En segundo lugar, para poder solicitarla, el Juzgado de Garantía debe haber señalado que concurren los requisitos de las letras a), b) y c) del artículo 140 del Código Procesal Penal. No tiene que decretar la prisión preventiva, sino que solamente dar cuenta que existen antecedentes para decretarla. Si el Juzgado de Garantía no realiza dicha revisión, la Corte de Apelaciones no puede decretar la detención previa.

Así lo determinó la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en el contexto de la extradición de un ciudadano chileno desde Perú, que ante la solicitud del Ministerio Público por su detención previa resolvió lo siguiente: "Que, finalmente, en la audiencia ante esta Corte se solicitó por el Ministerio Público la detención previa del imputado, petición que será desestimada, pues no obstante encontrarse configurados los presupuestos de las letras a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal, conforme se decidiera en audiencia reciente se estima que los fines del procedimiento se encuentran suficientemente cautelados con la medida de arraigo nacional en territorio peruano ya decretada"¹¹.

⁹ LONDOÑO, Fernando, et al. *Reforma Procesal Penal* "Génesis, *Historia Sistematizada y Concordancias*". 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, Tomo III, p. 522.

¹⁰ LONDOÑO, et al., ob. cit., p. 522.

¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de octubre de 2015, Rol N° 2594-2015.

Es por lo anterior, que la institución de la detención previa cobra vital importancia. La petición que debe hacer el Ministerio Público siempre ha de ser la de detención previa, instando a la Corte de Apelaciones a que la decrete, ya que finalmente, la discrecionalidad para decidir la medida a la cual estará sujeto el imputado fugado la tendrá el Tribunal competente del país en el que se encuentre. Por ejemplo, en Chile, el Ministerio Público asume la representación de los países que solicitan la extradición de una persona y los representa ante la Excelentísima Corte Suprema. No es poco usual que se reciban con anterioridad a la solicitud de extradición, las solicitudes de detención previa de los requeridos, y en virtud del artículo 447 del Código Procesal Penal éstos pueden quedar privados de libertad, pero también se puede proceder a modificar la medida cautelar a la que están sujetos, previa audiencia y según los fundamentos que se expongan en la misma.

La solicitud de detención previa es una facultad, no una obligación para las Cortes de Apelaciones respectivas. De ello da cuenta el Primer Informe de la Comisión de la Cámara de Diputados en la discusión del proyecto de ley del Código Procesal Penal, ya que el mensaje original obligaba a la Corte a solicitar la detención previa. El referido informe señala que si se la obligara a pedir la detención, podría incluso frustrarse el objeto de la extradición. Hay países que tienen un plazo provisional de detención mientras se formaliza la extradición. Después de detenerse a la persona, si no hay plazo suficiente para poder legalizar los documentos, traducirlos y presentarlos formalmente y expira el plazo de detención, la persona puede fugarse, no siendo posible volver a detenerla. No creemos que sea sólo esa la razón para que sea facultativo, el aumento de las comunicaciones y de la facilidad de las comunicaciones hace posible el envío de los antecedentes de la manera más rápida posible, pero sí hay casos en que puede no ser necesario solicitarla, como por ejemplo, si la persona se sabe que estará detenida por otro delito sin posibilidad de ser liberada, aunque estos casos son escasos.

Cuando hablamos de requisitos de forma, nos referimos al contenido mínimo que deben cumplirse en orden a poder expedir una solicitud de detención previa. En el evento de existir un tratado de extradición, debemos regularnos por él. A falta de tratado de extradición, el artículo 434 inciso 2 del Código Procesal Penal establece que "La solicitud de la Corte de Apelaciones deberá consignar los antecedentes que exigiere el tratado aplicable para solicitar la detención previa o, a falta de tratado, al menos los antecedentes contemplados en el artículo 442". Es decir, el mismo Código Procesal Penal nos refiere a las normas de la otra cara de la moneda de las extradiciones pensando en el país receptor, señalando que debe consignarse lo que Chile exige para otorgar una detención previa y dichas menciones son las siguientes: a) Identificación del imputado, b) la existencia de una sentencia condenatoria firme o de una orden restrictiva o privativa de la libertad personal del imputado, c) la calificación del delito que motivare la solicitud, el lugar y la fecha de comisión de aquel, y d) la declaración de que se solicitará

formalmente la extradición. Es por ello que se requiere contar con todos estos antecedentes y he aquí la relación que podemos ver con la orden de detención nacional que ya revisamos. Esta es necesaria para solicitar la detención previa, recordando además que es inherente a la extradición.

Hay ciertas resoluciones que otorgan un plazo para la detención previa, pero ello no es necesario. Al existir tratado el plazo está definido en él mismo, y si no existe tratado, cada Estado mantiene su normativa interna sobre la duración de la detención previa. De hecho, en nuestra legislación, el plazo máximo—sin estar regulado en un tratado de extradición— es a contar de la fecha en que el Estado requerido fuere notificado del hecho de haberse producido la detención previa (no desde que se efectuó, sino desde la notificación, lo cual tiene lógica ya que comienza a correr el plazo para presentar el pedido formal de extradición). En el caso de una solicitud de extradición a Rumania por estafa cuyo imputado es Rafael Garay, la Ilustre Corte de Apelaciones solicitó la detención previa por dos meses, norma interna nuestra y aunque no es algo que obstaculice el proceso, no es necesario señalarlo¹².

c.4) Casos especiales: jurisprudencia

Existen ciertos casos en que la defensa se ha opuesto a la detención previa en atención a que las personas se encuentran en algún estado especial, como por ejemplo detenidos en virtud de una notificación roja, o incluso detenidos por otra causa en el país requerido. Pero las Cortes de Apelaciones, por la naturaleza y los fines de la detención previa, la han otorgado de todos modos, considerando que es una herramienta de cooperación internacional para evitar que el imputado o requerido se dé a la fuga por una segunda vez.

Lo anterior no obsta a que la Corte de Apelaciones respectiva pueda decretar detención previa aunque el requerido esté privado de libertad o sujeto a medidas cautelares, por la naturaleza de la detención previa. Así lo han resuelto nuestras Cortes de Apelaciones concediendo la detención previa cuando los imputados se encontraban privados de libertad en virtud de una difusión roja por tiempo limitado, otorgando de todos modos la detención previa en el caso de un ciudadano que se había fugado a Colombia y que la detención por difusión roja sólo operaba por un cierto número de días¹³, así como también se otorgó en un caso similar para una imputada chilena que se había dado a la fuga a Holanda y se encontraba detenida por difusión roja¹⁴.

¹² Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de noviembre de 2016, Rol N° 4021-2016.

¹³ Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de agosto de 2016, Rol N° 2594-2015.

¹⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 24 de junio de 2016, Rol Nº 1043-2016.

Incluso se puede ir más lejos, ya que en ocasiones se ha concedido la solicitud de detención previa en casos en que los fugados se encuentran privados de libertad en otras causas por tiempo indefinido, sea cumpliendo condena¹⁵ o por otro motivo como por ejemplo en virtud de otro proceso de extradición, tal y como lo señala la Corte de Apelaciones de Santiago, la que consideró que: "efectivamente se dan las circunstancias establecidas en el artículo 140 del Código Procesal Penal y que aún cuando esté efectivamente detenido y pueda ser que esa detención sea efecto de la otra solicitud de extradición ya mencionada parece de toda prudencia decretar esa detención preventiva para que permanezca en tal condición hasta que prontamente sea traído a Chile y esté en esa situación hasta que se someta a los controles respectivos en el pertinente Tribunal de Garantía, con lo cual entonces se accede también a dicha petición" 16.

d) Diferencia entre la orden de detención, notificación roja y la solicitud de detención previa

La detención previa no es una orden de detención emanada de la Ilustrísima Corte de Apelaciones, sino que es una solicitud que realiza la Corte de Apelaciones a través del Ministerio de Relaciones Exteriores para que el país en el que se encontrare el imputado ordene la detención previa de éste, y su requisito es que el Juez de Garantía haya comprobado los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal. La Corte de Apelaciones no expide una orden de detención sino que le solicita a través del Ministerio de Relaciones Exteriores al Estado estadía del imputado que la expida o prive de libertad al requerido o le aplique otra medida cautelar para asegurar su comparecencia. La detención previa, según el Segundo Informe de la Comisión del Senado, busca evitar que la persona vuelva a fugarse.

La institución de la notificación roja es un ámbito completamente distinto de la detención previa e incluso ambas instituciones son complementarias. Para solicitar una notificación roja no es necesario ni siquiera saber el país en que esta persona se encuentra sino que es una búsqueda, una notificación con miras a su localización para extradición, es una etapa previa a la detención previa y ya señalamos que requiere que exista una orden de detención nacional. En ese sentido, la detención previa sólo se puede solicitar una vez que se ha iniciado el proceso de extradición con un país determinado y una vez que el Juez de Garantía se ha pronunciado sobre la procedencia de los requisitos del artículo 140 del CPP. En el fondo si la notificación roja se tuviera que dar con la detención previa perdería todo su sentido y se fomentaría la impunidad y la fuga de los imputados.

¹⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel, 16 de agosto de 2011, Rol N° 1060-2001.

¹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de septiembre de 2006, ROL N° 1822-2006.

3. Inexistencia o insuficiencia de los tratados internacionales

Este nudo se presenta al elevarse los antecedentes ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva que, al revisar si concurren los requisitos de procedencia de la extradición, se refiere principalmente a si concurren los requisitos de fondo respecto de la misma. Lo anterior, se rige por los tratados internacionales sobre extradición que el Estado de Chile ha suscrito. Al solicitar o recibir un pedido de extradición, se debe comprobar si existe o no un tratado vigente con el Estado que lo solicita, ya que, en presencia de los mismos, se deben seguir las reglas allí contenidas, ya que los tratados internacionales al ser ratificados por Chile, luego de su publicación en el Diario Oficial tienen el rango de ley.

Salvo que hablemos de tratados que tengan relación con derechos humanos, que se encuentran regulados en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República, la incorporación de los tratados internacionales se encuentra regulada en los artículos 32 N° 15 (que establece las atribuciones especiales del Presidente de la República) y el artículo 54 N° 1 (que señala las atribuciones exclusivas del Congreso), ambos de la Constitución Política de la República de Chile. El artículo 32 regula las atribuciones especiales del Presidente de la República señalando que es una de ellas conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1. Es decir, el Presidente es quien lleva a cabo las negociaciones, para luego presentar al Congreso la aprobación del tratado, que debe ser aprobado por ambas Cámaras para luego el Presidente ratificar el tratado en cuestión, tal y como lo señala Alcalá¹⁷.

Hasta la fecha, Chile mantiene tratados de extradición bilaterales con Bélgica, Gran Bretaña, Brasil, Uruguay, Portugal, Paraguay, Ecuador, España, Nicaragua, Corea, Australia, Canadá, México, Venezuela, Brasil, Estados Unidos, Perú, Bolivia y Colombia. Además, Chile mantiene tratados multilaterales de extradición, como la Convención sobre Extradición, suscrita en Montevideo el 26 de diciembre de 1933¹⁸, publicada en el Diario Oficial el 19 de agosto de 1935; el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile¹⁹; y el Código de Derecho Internacional Privado.

¹⁷ ALCALÁ, Humberto Nogueria. "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno". En: *Revista de derecho político*, N°43, Santiago, Chile, 1997, págs. 237-293.

¹⁸ Los países partes de esta Convención son Argentina, Colombia, Chile, El Salvador, Estados Unidos, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana.

¹⁹ Los países parte de este acuerdo son Chile, Brasil, Uruguay, Bolivia, Paraguay y Ecuador (adhesión).

Ahora bien, se ha cuestionado qué ocurre cuando no existe un tratado de extradición, si acaso ésta no procede. Ello es rechazado por nuestros órganos de justicia y además por la comunidad internacional. Recordemos que la cooperación jurídica internacional comenzó precisamente por las extradiciones, y existen variados instrumentos y principios que en esta materia operan en ausencia de un tratado de extradición.

El hecho de que los principios generales del derecho internacional no aparezcan en el Código Procesal Penal, no implica que no se hayan tomado en cuenta al momento de legislar. De hecho, en el anteproyecto del Código Procesal Penal se indicaba que finalizada la vista de la causa para conceder la extradición había que estar "a los tratados celebrados con la nación en el que el imputado se encontrare refugiado, o en defecto del tratado a los principios del derecho internacional"²⁰. El Segundo Informe de la Comisión del Senado estimó impertinente la última parte (la transcrita) que "ordena examinar la solicitud de extradición a la luz de los tratados vigente o en su defecto de los principios del derecho internacional toda vez que son aspectos sustantivos que escapan del ámbito netamente procesal de este Código"²¹.

A falta de tratado sobre la materia, la Corte Suprema de Chile hace aplicables los Principios Generales del Derecho Internacional sobre extradición. Esta Excelentísima Corte ha sostenido en su jurisprudencia que por tales principios se deben entender fundamentalmente aquellos que están contenidos en el Código Bustamante (Convención sobre Derecho Internacional Privado, adoptada en La Habana el 20 de febrero de 1928), en la Convención sobre Extradición suscrita en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 y en los tratados bilaterales suscritos por Chile en esta materia.

En base a lo anterior, los principios de derecho internacional que operan en materia de extradiciones son los siguientes según da cuenta la Red Hemisférica de Intercambio de Información para Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición²²:

 Principio de la doble incriminación: debe tratarse de un hecho que revista caracteres de delito tanto en la legislación del país requirente como en la del país requerido y tipificado con anterioridad a su comisión;

²⁰ LONDOÑO, et al., ob. cit., p. 323.

²¹ Citado por LONDOÑO, et al., ob. cit., p. 325.

²² Organización de Estados Americanos, *Procedimientos de extradición vigentes en Chile*, 2007[en línea]. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/chl/sp_chl-ext-gen-proc.html [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2016].

- Principio de la mínima gravedad: el delito debe tener asignada una pena privativa de libertad de un año como mínimo;
- Que se trate de un delito actualmente perseguible, en términos de existir decreto de aprehensión o prisión pendiente;
- Principio de la no prescripción de la pena y de la acción. El Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición cuando estén prescritas la acción penal o la pena, de acuerdo con las leyes del Estado requirente o del requerido;
- Principio de la exclusión de ciertos delitos: se excluyen del ámbito de la extradición los delitos políticos y conexos con delitos de esta naturaleza y los delitos estrictamente militares;
- · Que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho;
- Principio de especialidad: la persona entregada no puede ser juzgada, condenada o sometida a cualquier restricción de su libertad personal por hechos anteriores y distintos a los que hubieran motivado su extradición.

Obviamente lo anterior es una enunciación de los principios fundamentales, no una enumeración taxativa, a lo que podríamos agregar otros principios como el "ne bis in idem", no aplicación de la pena de muerte o presidio perpetuo²³, que no haya sido negada antes la extradición, cuando la persona vaya a ser juzgada por un tribunal de excepción, que no sea por delitos de religión, raza u otros similares, etc.²⁴.

²³ Así por ejemplo ocurrió en un caso de robo con homicidio en el cual los tribunales chilenos accedieron a la solicitud de extradición, pero el país requerido sólo accedió a ella si se aseguraba la no aplicación de presidio perpetuo. Corte de Apelaciones de San Miguel, 10 de marzo 2015, Rol N°360-2015.

²⁴ Así por ejemplo, la Convención de Montevideo de 1933 contempla en su artículo primero que para extraditar se requiere que el Estado requieriente mantenga jurisdicción, acoge el principio de la doble incriminación y el de mínima gravedad, además establece las siguientes excepciones a la extradición en su artículo III:

a) Cuando estén prescritas la acción penal o la pena, según las leyes del estado requeriente y del requerido con anterioridad a la detención del individuo inculpado.

b) Cuando el individuo inculpado haya cumplido su condena en el país del delito o cuando haya sido amnistiado o indultado.

c) Cuando el individuo inculpado haya sido o esté siendo juzgado en el Estado requerido por el hecho que se le imputa y en el cual se funda el pedido de extradición.

d) Cuando el individuo inculpado hubiera de comparecer ante tribunal o juzgado de excepción del Estado requirente, no considerándose así los tribunales del fuero militar.

e) Cuando se trate de delitos políticos o de los que le son conexos. No se reputará delito político el atentado contra la persona del Jefe de Estado o de sus familiares.

Si bien estos principios son utilizados por la Excelentísima Corte Suprema para otorgar las extradiciones pasivas, es decir, las solicitudes de extradición que realizan Estados extranjeros a Chile, estos principios también son aplicados en las extradiciones activas. Así se ha señalado por las distintas Cortes de Apelaciones del país desde que las extradiciones comenzaron a conocerse en el ámbito de la reforma procesal penal. Así por ejemplo la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Coyhaique en el contexto de una extradición solicitada a la República Argentina expuso lo siguiente: "Que entre la República de Chile y la República Argentina no existe un tratado bilateral de extradición, por lo que corresponde aplicar en la situación subjudice los principios de reciprocidad, las disposiciones de la Convención de Montevideo anteriormente mencionada, supletoriamente las del Código de Bustamante y los principios generales del Derecho Internacional"²⁵. Además, este fallo contiene un importante precedente ya que no sólo nombra los principios generales del derecho, sino que también la reciprocidad²⁶⁻²⁷.

Así sucesivamente las Cortes de Apelaciones del país han validado los principios del derecho internacional, y de hecho, en el año 2015, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en un fallo que concede la extradición hace suyos los argumentos de la Excelentísima Corte Suprema y los señala en su fallo²⁸.

Así más recientemente lo han hecho las Cortes de Apelaciones, y en particular la Corte de Apelaciones de Santiago, en casos muy bullados como lo fueron el de Alberto Chang y Rafael Garay, ambos fugados a países que no mantenían tratado de extradición con Chile, Malta y Rumania respectivamente. De hecho, en este último caso, la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago también acogió expresamente los principios del derecho internacional señalando expresamente su existencia en su considerando 4°: "Que ha de tenerse presente que la República de Chile y la República de Rumania no se encuentran vinculadas por Tratado de Extradición alguno, de modo que la solicitud de entrega del requerido, deberá ser resuelta ateniéndose a los principios del Derecho Internacional que regulan esta materia, entendiéndose por tales principios, las normas fundamentales de esta rama del Derecho que han recibido la aceptación general de la comunidad internacional recogidas en los diversos Tratados y Convenciones, la jurisprudencia existente y la doctrina de los tratadistas.

f) Cuando se trate de delitos militares o contra la religión.

²⁵ Corte de Apelaciones de Coyhaique, 3 de julio de 2005, Rol N° 45-2005.

²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de marzo de 2007, Rol N° 89-2007.

²⁷ Corte de Apelaciones de Valdivia, 5 de marzo de 2015, Rol Nº 102-2015.

²⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de agosto de 2016, Rol N° 2279-2015.

Estos principios se encuentran claramente manifestados en la Convención de La Habana, de 20 de febrero de 1928, que aprobó el Código de Derecho Internacional Privado, suscrito por las naciones americanas en la Conferencia Panamericana de La Habana, ratificado por nuestro país y promulgado como Ley de la República y además, por la Convención sobre extradición de Montevideo, suscrita en la 7° Conferencia Internacional Americana, la que fue ratificada por Chile el 2 de Julio de 1935. También estas reglas se encuentran contenidas en los Tratados Bilaterales suscritos sobre esta materia con diversos países y en la doctrina sustentada por la generalidad de los tratadistas.

Los aludidos principios de Derecho Internacional, con arreglo a los cuales corresponde resolver la solicitud de extradición activa, que recogen las Convenciones Internacionales recién mencionadas y que deben concurrir para la procedencia de la solicitud son:

- a) Que el Estado requirente tenga jurisdicción para conocer del hecho que motiva la extradición.
- b) Que el hecho revista los caracteres de delito, tanto en la legislación del requirente como en la del Estado requerido (principio de doble incriminación)
- c) Que la pena asignada a los hechos imputados, sea mayor a un año de privación de libertad (principio de la mínima gravedad)
- d) Que esté autorizada o acordada la prisión preventiva del procesado, si no hubiere aún sentencia firme
- e) Que no se trate de delitos políticos o de aquellos que les sean conexos, según la calificación del Estado requerido.
- f) Que el reclamado no haya sido juzgado y puesto en libertad, o haya cumplido la pena, o esté pendiente el juicio, en el territorio del Estado requerido, por el mismo delito que motiva la solicitud.
- g) Que la acción penal se encuentre vigente conforme a las leyes del Estado requirente o requerido
- h) Que la extradición no haya sido negada anteriormente por el mismo delito"29.

Una vez establecido que existen y son plenamente aplicables los principios generales del Derecho Internacional, no podemos dejar de mencionar que nos encontramos en un mundo globalizado, donde se ha hecho necesario contar con diversas herramientas de cooperación internacional para hacer frente a esta nueva realidad. Es por ello que el Estado de Chile ha ratificado diversas

²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de diciembre de 2016, Rol N° 4059-2016. Causa Reservada.

convenciones internacionales y dentro de ellas existen normas específicas sobre las extradiciones. Entre dichas convenciones se encuentran la Convención de Palermo, la Convención de Viena, la Convención contra la Corrupción, etc.

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Convención de Viena) data de 1988 y fue ratificada por Chile y publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 1990. Esta Convención contiene en su artículo 6 normas especiales sobre la extradición, señalando que puede ser utilizada como instrumento para extraditar en ausencia de tratados entre los países, o bien formando parte de los tratados mismos, recogiendo los principios de derecho internacional en su gran mayoría, indicando que los procesos de extradición se procurará que sean simples y expeditos, contenido normas de detención previa, traslado de condenados y además recogiendo el principio del aut dedere aut judicare³⁰.

Lo mismo respecto de la Convención Interamericana Contra la Corrupción: esta convención contiene en su Artículo XIII normas sobre extradición. De hecho, el N° 3 de dicho artículo establece que se puede utilizar esta Convención como base jurídica de una extradición por delitos de corrupción señalando lo siguiente: "si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo". Además, esta idea se ve reforzada en el N° 4 del artículo indicado ya que dice que "Los Estados Partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos". Así también ocurre con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos (Convención de Palermo), ambas convenciones ratificadas por Chile.

Precisamente, fue esta última Convención la que utilizó la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago para conceder la extradición de un ciudadano chileno (Alberto Chang), por quien se solicitó su extradición a la República de Malta. De hecho, la Corte –correctamente a nuestro juicio– otorgó la extradición del imputado señalado en conjunto con los principios del derecho internacional y no como la razón principal, dado que los principios del derecho internacional abarcan todos los delitos y recoge el corazón de la natura-leza de una extradición.

³⁰ Chile, Decreto N° 543 del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulga la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Diario Oficial del 20 de agosto de 1990.

Ahora bien, hemos tratado la falta de tratados de extradición, y creemos que las Cortes de Apelaciones han recogido de modo ya casi unánime los principios generales del derecho como fuente para otorgar una extradición en el caso de no existir tratados, pero debemos hacer mención a cuando sí existe un tratado y éste puede no ser considerado suficiente.

Como señalamos al principio de este punto, Chile mantiene varios tratados de extradición vigentes, pero muchos de ellos no resultan suficientes al contener un listado cerrado de delitos por los cuales se puede otorgar la extradición. De la sola lectura del listado de tratados de extradición vigentes podemos ver que estos son antiguos y ese listado de delitos contenidos en ellos es acorde a la época en que estos se suscribieron, pues los tratados de extradición han tendido a ser cada vez menos restrictivos. Es del caso, que ha ocurrido en ocasiones que una extradición sea rechazada por la Corte de Apelaciones al entender que un delito no se encuentra incorporado en un tratado. Efectivamente los tratados vigentes son leyes nacionales y se han de respetar, pero en este caso se tiene que considerar la fecha del delito, con el fin de determinar si existía el delito solicitado en dicha época, si no se puede enmarcar dentro de otro o bien si no se entienden incorporados por algunas de las convenciones internacionales ratificadas por Chile, como por ejemplo la Convención de Viena que señala que se incorporan todos los delitos relativos a la Convención para efecto de las extradiciones. Es un punto que habría que revisar caso a caso con la diversidad de escenarios y posibilidades que se puedan plantear.

En ese sentido la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en autos por extradición activa a Colombia, país con el cual existe un tratado de extradición que no contempla del delito de tráfico ilícito de drogas, estimó lo siguiente: "Que, sin perjuicio de lo asentado precedentemente, rige entre Chile y Colombia el Tratado sobre Extradición suscrito por los Estados Partes en Bogotá, Colombia, el 16 de noviembre de 1914. En virtud de sus prescripciones para que prospere una solicitud de extradición, es menester, entre otros requisitos, que se trate de un hecho que revista caracteres de delito, tanto en la legislación del país requirente como en la del país requerido; que la pena privativa de libertad asignada al delito sea de un año, a lo menos; que actualmente sea perseguible, en el sentido que ha de existir un decreto u orden de aprehensión o prisión pendiente; que la acción penal o la pena, en su caso, no se encuentren prescritas; que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho; y que el pedido o requerimiento no se refiera a un delito político o conexo con alguno de ellos.

Ocurre, sin embargo, que en el listado de crímenes o delitos que se contiene en el artículo II del Tratado referido, no se incluyó el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Se explica ello por la data en que el Tratado se negoció, concluyó y firmó, hace casi un siglo, cuando esa clase de ilícitos aún no se generalizaba ni provocaba los nocivos efectos sociales que hoy genera.

No obstante ello, la Convención de Viena sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes que Chile ratificó el 13 de marzo de 1990 y Colombia el 10 de junio de 1994 preceptúa, en el párrafo 1º de su artículo 3, que esta clase de delitos se entenderán incorporados en todo tratado de extradición vigente entre las partes. Se sigue de lo expuesto, que por aplicación de lo dispuesto en la citada Convención, el delito de tráfico ilícito de estupefacientes es extraditable en los términos que los Estados partes de Chile y Colombia lo acordaron en el instrumento suscrito en 1914°31.

Es por lo anteriormente dicho, que la ausencia o la limitación de un tratado, no obsta a que no se pueda solicitar la extradición de una persona en el entendido que los principios del derecho internacional son ampliamente reconocidos tanto por nuestros tribunales como también así por los tribunales extranjeros, por lo que la ausencia o incompletitud de un tratado de extradición no puede ser el fundamento denegatorio de una solicitud de extradición.

4. Recursos

Un tema interesante y fuente de frecuentes consultas es qué recursos caben en contra de las resoluciones que conceden o rechazan una extradición. La ley señala expresamente que no procede recurso alguno, pero de todos modos se puede realizar un análisis a su respecto.

Para poder determinar los recursos que proceden en contra de una sentencia que concede o deniega una extradición creemos que es importante distinguir los dos momentos que tiene una extradición activa, la audiencia ante el Juzgado de Garantía y luego la audiencia ante la Corte de Apelaciones respectiva y con sendas resoluciones, pero ambos momentos jurisdiccionales componen un solo procedimiento de extradición.

Es bien conocido que en sede del Juzgado de Garantía se procede a la revisión de los requisitos formales de la formalización mientras que luego los autos se elevan ante la Corte de Apelaciones respectiva y se procede a determinar si concurren los requisitos de fondo de la misma. Es dable señalar que los autos se elevan siempre ante la Corte de Apelaciones respectiva sin necesidad de la petición de una de las partes, esto obviamente cuando el Juez de Garantía concede la extradición.

³¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de abril de 2016, Rol Nº 963-2016.

El artículo 435 del Código Procesal Penal contiene normas sobre el fallo de la solicitud de extradición activa y señala lo siguiente: "Finalizada la audiencia, la Corte de Apelaciones resolverá en un auto fundado si debiere o no solicitarse la extradición del imputado. En contra de la resolución de la Corte de Apelaciones que se pronunciare sobre la solicitud de extradición, no procederá recurso alguno".

Esta norma es de toda lógica, ya que mal podría regularse un recurso en contra de una primera etapa procesal, aunque la resolución dictada por el Juzgado de Garantía también es un auto. Recordemos que en la etapa ante el Juzgado de Garantía sólo se procede a la revisión de los requisitos formales de la extradición y se declara que procede la extradición y chequea que se formalice en ausencia (salvo que sea respecto de una extradición para cumplir condena), que se den por acreditados los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal y que se consigne el país y lugar en el que se encuentra el imputado o requerido.

Esta resolución como establece la misma norma sólo debe consignar que se cumplen los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal, pero en ningún caso decreta algún tipo de medida cautelar, esta resolución no decreta que el imputado quede sujeto a una medida cautelar, sobre todo teniendo en cuenta que el imputado requerido se encuentra en otro país sujeto a las normas y territorialidad de los juzgados locales.

Se ha intentado recurrir mediante recurso de apelación contra dichas medidas cautelares, aunque sin éxito. De hecho, en el caso en contra de Rafael Garay Pita se intentó por la defensa recurrir de dicha resolución por esa vía, y el Tercer Juzgado de Garantía acogió a tramitación el recurso elevando los autos a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Por estimar que dicho recurso no era procedente, el Fiscal de la causa presentó ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago un "falso recurso de hecho", con el fin de que la Corte lo declarará así, siendo éste acogido por el Tribunal de Alzada que resolvió lo siguiente: "lo que se impugna en el recurso, es una declaración que hizo la juez a quo respecto de la eventual procedencia de la prisión preventiva a que ó podrá a ser sometido el imputado de conformidad al artículo 432 del Código Procesal Penal, pero en modo alguno puede entenderse que se ó haya decretado tal cautelar, lo que, por cierto, no le corresponde. En consecuencia, si no se decretó por el tribunal cautelar alguna, el ó recurso de apelación deducido por la Defensoría Penal Pública, no se encuadra dentro de los casos a que se refiere el artículo 149 del Código ya citado ni en ninguna de las hipótesis a que se refiere el artículo 370 del mismo cuerpo legal, razón por la cual se acoge el recurso de hecho ó deducido por el Ministerio Público"32.

³² Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de diciembre de 2016, Rol N° 4082-2016.

De la resolución final, es decir la de la Corte de Apelaciones, por su naturaleza se podría pensar que cabría aplicar las normas de la reposición, pero dado que es precedida de debate, éstas no proceden. Más claridad queda con la expresa mención del inciso final del artículo 435 que establece que no procede recurso alguno. Se consideró importante e inoportuno (por el Segundo Informe de la Comisión del Senado) incorporar una disposición que declare improcedente la interposición de un recurso en contra de la resolución que falle la extradición, lo que se justifica porque recae solamente sobre un aspecto de procedimiento que no se vincula con el fondo de la controversia penal³³.

Ahora, bien en al menos dos ocasiones la defensa ha intentado recurrir de queja respecto de la resolución que otorga la procedencia de la extradición activa, obteniendo resultados negativos al declararse inadmisible el recurso de queja por los siguientes motivos: "1° Que el recurso de queja procede contra las sentencias interlocutorias, cuando ponen fin al juicio o hacen imposible su continuación, o contra las sentencias definitivas, siempre que unas y otras no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario. 2° Que en el presente caso, se ha deducido este arbitrio contra la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, que accedió a la extradición solicitada por el Ministerio Público, decisión que no comparte la naturaleza de aquéllas que hacen procedente el recurso de queja"³⁴.

5. Conclusiones

No se ha pretendido en este artículo tratar todo el proceso de extradición activa, sino que más bien en el entendido que es un proceso que lleva dieciséis años, se intentó identificar los tres aspectos que han tenido un mayor desarrollo jurisprudencial.

Creemos primordial poder entender la dinámica de ciertos conceptos que aún se tienden a confundir como lo son los de orden de detención, notificación roja y detención previa, relevar la ausencia o incompletitud de un tratado de extradición, y los posibles recursos en un proceso de extradición activa.

Se ha intentado presentar la jurisprudencia que han ido asentando las diversas Cortes de Apelaciones –y en algunos casos la Corte Suprema– con el fin

³³ LONDOÑO, et al., ob. cit., p. 325.

³⁴ Corte Suprema, 28 de junio de 2016, Rol N° 35569-2016.

de poder establecer ciertos criterios actualizados en estos nudos críticos con el fin de simplificar los procesos de extradición activa. Entendemos que la jurisprudencia puede ir variando con el tiempo, y se ha tratado de establecer los parámetros y razones por las cuales las Cortes han resuelto los tres temas planteados, siempre en el entendido de que la extradición, en general, es primero que nada una herramienta de cooperación internacional.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL DELITO DE ESTUPRO

Catalina Duque González1

Como objeto de este artículo se aborda la violencia de género y el delito de estupro. Para una mejor comprensión se desarrollará, en forma previa, el contexto en que se insertan estos fenómenos, a través de la introducción de algunas consideraciones sobre el concepto de patriarcado, el concepto de género y sus diversas esferas, la violencia de género y, como parte de ésta, los delitos sexuales, particularmente el delito de estupro.

I. Aspectos generales

El texto "Lentes de Género. Lecturas para desarmar el patriarcado" señala que "La condición de nacer mujer y vivir en un cuerpo femenino, crecer y hacerse mujer configura una forma de existencia, que en su diversidad respecto de la condición masculina, es el elemento principal del que -en la ideología patriarcal- se desprende la desigualdad de poder entre los géneros, y en consecuencia, la experiencia de la subordinación social de las mujeres. La sociedad patriarcal instaura su modelo humano en el hombre, en el ser masculino. A éste se le endosan todas las cualidades positivas, y a lo que no es hombre, a la mujer, se le ve como su opuesto. Esto se denomina Androcentrismo".

La descripción anterior conduce a la reflexión sobre el patriarcado, el cual la autora Amelia Valcárcel describe como "el orden sociomoral y político que mantiene y perpetúa la jerarquía masculina"³.

Para Alda Facio y Lorena Fries⁴ los sistemas patriarcales tienen como características comunes:

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

² Equipo Docente y de Investigación de la Fundación Juan Vives Suriá. Lentes de Género: Lecturas para desarmar el Patriarcado. Serie: Derechos Humanos, Género y Derechos de las Mujeres. Nº 1, Caracas, Venezuela, 2010, p. 37.

³ VALCARCEL, Amelia. *La Memoria Colectiva y los Retos del Feminismo*. Serie Mujer y Desarrollo N° 31, CEPAL, Santiago, Chile, 2001, p. 23 [en línea]. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5877/S01030209_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de consulta: 9 diciembre 2016].

⁴ FACIO, Alda y FRIES Lorena. "Feminismo, Género y Patriarcado". En: *Revista Sobre Enseñanza del Derecho en Buenos Aires*, Año 3, Número 6, 2005, págs. 259-294 [en línea].

- a. El tratarse de un sistema histórico, es decir, tiene un inicio en la historia, no es natural.
- b. El fundamentarse en el dominio del hombre ejercido a través de la violencia sexual contra la mujer, institucionalizada y promovida a través de las instituciones de la familia y el Estado.
- c. Las mujeres mantienen una relación de subordinación frente a los hombres.
- d. Las justificaciones que permiten la mantención del dominio sobre las mujeres tienen su origen en las diferencias biológicas entre los sexos.

Las autoras agregan que el patriarcado se mantiene y reproduce en sus distintas manifestaciones históricas a través de múltiples y variadas instituciones:

- a. Lenguaje ginope. De acuerdo a estas autoras, el lenguaje da cuenta de la situación de la mujer en la cultura patriarcal, y la mantiene y reproduce. El lenguaje no es neutral, tiene una perspectiva claramente masculina, y presenta a las mujeres como seres inferiores.
- b. La familia patriarcal como espacio privilegiado de reproducción del patriarcado en tanto constituye la unidad de control económico, sexual y reproductivo del varón sobre la mujer y sus hijos.
- c. Erotización de la dominación patriarcal. Lo que caracteriza a la cultura patriarcal desde un punto de vista político-sexual es la represión sexual de las mujeres y la distorsión de la sexualidad masculina y femenina mediante la erotización de la dominación y la violencia.
- d. Educación androcéntrica. La educación refuerza la cultura patriarcal y contribuye a los procesos de socialización de género; refuerza al hombre y lo masculino como referentes invisibilizando el aporte de las mujeres en la sociedad.
- e. La Historia que no registra los aportes y violaciones a los derechos humanos de las mujeres; el sesgo androcéntrico de la historia.
- f. Derecho masculinista a través del que se regulan las conductas de hombres y mujeres hacia un modelo de convivencia patriarcal, y se modelan las identidades de género para responder a las funciones ideológicamente asignadas a hombres y mujeres.

En este contexto, resulta relevante revisar, en términos amplios, el concepto de género para comprender, posteriormente, su implicancia en el mundo del derecho y, particularmente, en materia de delitos sexuales.

Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf [fecha de consulta: 9 diciembre 2016].

El concepto de género, como constructo social, es desarrollado por el feminismo, especialmente por Okley (1972) y Rubin (1985)⁵ quienes extraen desde la medicina y la psicología trabajos desarrollados sobre la identidad sexual. Okley y Rubin indican que las diferencias entre hombres y mujeres eran explicadas como diferencias biológicas y no como producto de relaciones sociales asimétricas y desiguales entre los sexos, en las cuales las mujeres están en posición subordinada.

Al respecto Huggin's (2005) señala que "el género es una construcción social e histórica de los contenidos simbólicos de lo femenino y lo masculino en articulación con clase social, etnia, raza, grupos de edad, institucionalidad, etc., a partir de las diferencias biológicas de los sexos". Por su parte, Thorne, Kramarae y Henley (1983)⁷ han insistido, que "el género no es un hecho unitario ni natural, pero toma forma en relaciones concretas e históricamente cambiantes".

En cuanto a los aspectos sociales y colectivos relacionados con el género, teniendo presente que tanto en la tarea de legislar como en aplicar dicha legislación tales elementos tienen influencia -muchas veces invisible-, es posible seña-lar los siguientes⁸:

a) El Género como repertorio simbólico de lo femenino y masculino

Las sociedades a lo largo de su historia van estableciendo los comportamientos esperados para el hombre y la mujer sobre la base de los significados del ser hombre o mujer, en correspondencia con los contenidos simbólicos identificados como femeninos asignados a las mujeres y los masculinos asignados a los hombres. Este ordenamiento simbólico determina usos, prácticas, modos de estar, ser, pensar, sentir, hacer en el mundo diferentes para hombres y mujeres, que se expresa en sistemas complejos de diferencias, ventajas y desventajas"9.

b) El Género como principio normativo y jerárquico

El género es un principio de organización de la vida social que afecta todo el conjunto de las relaciones sociales, y en el cual emergen las jerarquías de género. Estas se expresan en el conjunto articulado de costumbres, valores, normas y

⁵ En FACIO, Alda y FRIES Lorena. Ob. cit., p. 271.

⁶ En Equipo Docente y de Investigación de la Fundación Juan Vives Suriá. Ob. cit., p. 29.

⁷ En FACIO, Alda y FRIES Lorena. Ob. cit., p. 271.

⁸ En Equipo Docente y de Investigación de la Fundación Juan Vives Suriá. Ob. cit., p. 35.

⁹ LONDOÑO (1995) y HUGGIN'S (2005), en Equipo Docente y de Investigación de la Fundación Juan Vives Suriá. Ob. cit., p. 35.

leyes, con las cuales las sociedades regulan la definición de los roles, funciones y los estilos de vida permitidos y aceptados para mujeres y hombres¹⁰.

c) Discriminación de Género

"La capacidad discriminatoria consiste en diferenciar; distinguir como desiguales dos cosas cualesquiera que sean; dar trato de inferioridad. (...) En la oposición hombre-mujer las pautas de género han prescrito un patrón de comportamientos a los que van asociados sentimientos que se aprenden y transmiten de generación en generación y que a pesar de que cambian con el tiempo, conservan su "naturalización" al utilizarse como argumentos para el mantenimiento de la superioridad del grupo de varones y la inferioridad del de las mujeres"¹¹.

d) El Género es histórico y cambiante

Los procesos sociales, políticos, y culturales de una sociedad, van variando en el trascurso del tiempo y se ven influenciados por las ideas dominantes de género, ideas que pueden promover u obstaculizar los cambios en las concepciones más presentes.

De lo anteriormente expuesto, se puede advertir la multidimensionalidad del constructo de género, y el impacto que tiene en el ámbito social y cultural. A este respecto, si se considera la configuración de relaciones asimétricas y de subordinación, la violencia es un fenómeno que se vincula directamente con dicho constructo.

II. Violencia de Género

1. Nociones sobre la violencia de género y sus formas de expresión

A continuación se presentan algunas nociones sobre la violencia de género y sus formas de expresión, las que han sido plasmadas por autores, organismos e instituciones.

Buompadre señala que "Violencia de género es violencia contra la mujer, pero no toda violencia contra la mujer es violencia de género. Esta presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor. Resulta difícil de imaginar esta clase de violencia perpetrada contra el género opuesto. La violencia es de género,

¹⁰ INCHÁUSTEGUI y UGALDE (2004), en Equipo Docente y de Investigación de la Fundación Juan Vives Suriá. Ob. cit., p. 36.

¹¹ SAU (2004), en Equipo Docente y de Investigación de la Fundación Juan Vives Suriá. Ob. cit., p. 38.

precisamente, porque recae sustancialmente sobre la mujer"¹². El mismo autor agrega que "La violencia de género también es violencia, pero se nutre de otros componentes, diferentes a aquellos que caracterizan a los crímenes violentos convencionales: un sujeto pasivo femenino, un sujeto activo masculino y un contexto específico en el que germina la conducta criminal para doblegar y someter a la víctima"¹³. Finalmente le da un sentido histórico a esta violencia señalando: "El ejercicio de esta clase de violencia, en sus más diversas manifestaciones, física, psicológica, económica, sexual, laboral, etc., como herramienta de poder y dominación, se ha venido repitiendo a lo largo de la historia de la humanidad"¹⁴.

Asua Batarrita, por su parte, indica que no se puede ignorar el papel que aún desempeñan los estereotipos tradicionales en las expresiones de violencia contra las mujeres, que se presenta como "el clásico esquema de género que construye subjetividades de poder y de subordinación, en el microcosmos de las relaciones interpersonales"¹⁵.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU)¹6, organismo que ha elaborado numerosos estudios e informes sobre la materia, ha entregado datos relevantes sobre el fenómeno que grafican de manera concluyente que la violencia de género es una realidad patente y masificada dirigida contra la mujer, y que sus formas de expresión son un claro reflejo de posiciones diferenciadas, relaciones asimétricas y desiguales de poder:

La violencia contra la mujer es una pandemia mundial que se presenta tanto en espacios públicos como privados.

- La violencia contra la mujer se categoriza en tres grandes grupos: física, sexual y psicológica.
- En todo el mundo, una de cada tres mujeres ha sufrido violencia física o sexual, principalmente por parte de su compañero sentimental.

¹² BUOMPADRE, Jorge. *Los delitos de género en la Reforma Penal (Ley N° 26.791)*, p. 2 [en línea]. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf [fecha de consulta: 9 diciembre 2016].

¹³ BUOMPADRE, Jorge. Ob. cit., p. 2.

¹⁴ BUOMPADRE, Jorge. Ob. cit., p. 3.

¹⁵ ASUA, Adela. Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico. En: Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género, Ed. Emakunde – Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, País Vasco, 1998, p. 21.

¹⁶ onumujeres.org [en línea]. Disponible en: http://www2.unwomen.org/~/media/headquarters/attachments/sections/multimedia/2015/infographic-violence-against-women-es-21x32-no-bleeds.pdf?v=1&d=20151214T211254 [fecha de consulta: 9 diciembre 2016].

• En el año 2012 en uno de cada dos casos de mujeres asesinadas el autor fue su compañero sentimental o un miembro de su familia. En el caso de los hombres, estas circunstancias únicamente se dieron en uno de cada 20 hombres asesinados.

Específicamente respecto a la violencia sexual la definen como "todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, el uso de la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, sea cual fuere su relación con la víctima, y sea cuales fueren las circunstancias".

2. El Derecho Internacional y la Violencia de Género

Existen diversos instrumentos legales de origen internacional, cuyo objeto es el reconocimiento y la protección de los derechos humanos de las mujeres. Los tres mayores tratados internacionales en esta línea, que rigen en la región de América Latina y el Caribe, son:

- 1.- Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) -Organización de las Naciones Unidas (ratificada por Chile).
- 2.- Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) Organización de las Naciones Unidas.
- 3.- Convención Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer (Convención De Belém Do Pará)- Organización de los Estados Americanos (ratificada por Chile).

Cabe señalar que, además de estos tratados, existen otros instrumentos internacionales que resultan pertinentes a la protección de los derechos de las mujeres. Se trata de tratados cuyo objeto y fin es resguardar los derechos humanos, y que consideran la perspectiva de género y destacan la situación de las mujeres, a saber la Plataforma de Acción de Beijing (IV Conferencia Mundial sobre la Mujer,1995), el Programa de Acción de la Conferencia sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994), y la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas (2000)¹⁷, entre otras.

¹⁷ APONTE, Elida y FEMENIAS, María. *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*, 1ª ed., La Plata, Univ. Nacional de La Plata, 2008, p. 77.

a. Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

En su artículo 1, la CEDAW define la discriminación contra la mujer como "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

La Convención reconoce la discriminación contra la mujer, como fenómeno sujeto a la responsabilidad de los Estados que la ratifican. En términos generales, al hacerse parte de la CEDAW un Estado se obliga "a condenar la discriminación contra las mujeres, y a orientar sus políticas a la eliminación de la misma por todos los medios apropiados y sin dilaciones, adoptando todas las medidas necesarias, en todas las esferas, especialmente la política, social, económica y cultural, para «asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre». Así, a lo largo de su articulado la CEDAW impone a los Estados numerosas obligaciones en relación con los derechos de participación política; representación en el plano internacional; nacionalidad; educación; trabajo; salud; beneficios familiares, financieros y participación en actividades recreativas, deportes y vida cultural; igualdad ante la ley e idéntica capacidad legal que los hombres; igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares. Familiarizarse con estas disposiciones, y con la generalidad de la CEDAW resulta imprescindible para la adecuada defensa de los derechos de las mujeres"18.

b. Protocolo Facultativo de la CEDAW

Toda vez que en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) no se previó un mecanismo de quejas individuales, después de veinte años se promulgó un Protocolo Facultativo que, como anexo a la CEDAW, crea dos importantes mecanismos de protección internacional, entregándole al Comité dos competencias: la de examinar comunicaciones individuales, y la de investigar violaciones graves o sistemáticas de derechos de las mujeres.

Cabe hacer presente que el Estado de Chile no ha ratificado este protocolo, motivo por el cual no queda sujeto a las competencias del Comité.

¹⁸ APONTE, Elida y FEMENIAS, Ob. cit., p. 80.

c. Convención Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer (Convención De Belém Do Pará)

La Convención Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer es suscrita en Belém do Pará (Brasil), en el año 1994, y constituye el primer instrumento internacional de naturaleza vinculante que se ocupa específicamente del tema de la violencia contra las mujeres.

De esta manera queda claramente establecido en la Convención que la violencia contra las mujeres vulnera sus derechos humanos y genera una serie de obligaciones internacionales para los Estados. Igualmente destacable resulta su artículo 1 que define la violencia contra la mujer, como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito de lo público como en el privado".

Establece asimismo mecanismos de protección. Uno de ellos es el deber de los Estados parte de presentar informes periódicos para su examen por la Comisión Interamericana de Mujeres acerca de los progresos y medidas adoptadas. Otro mecanismo es la posibilidad de que las personas, grupo de personas o entidades no gubernamentales, puedan presentar denuncias ante la Comisión Interamericana —denominadas peticiones en el Sistema Interamericano— por presuntas violaciones de los deberes de los Estados parte contenidos en el artículo 7.

De esta manera es posible afirmar que este conjunto de instrumentos internacionales instala la violencia contra la mujer dentro del contexto de violación de derechos humanos fundamentales, y considera una afectación multidimensional, ya sea a la vida, la integridad física, sexual y psicológica.

III. Agresiones sexuales

1. Una forma de violencia de género

En atención a lo expuesto en los apartados anteriores, es posible señalar que las agresiones sexuales sufridas por las mujeres, se enmarcan dentro de la violencia de género. Al respecto, Asua Batarrita señala: "La violencia o el abuso sexual son conductas de imposición de la voluntad de un ser humano sobre otro, que niegan el ejercicio de la libertad que es preciado atributo de toda persona, máxime si su ejercicio tiene que ver con una manifestación en esta esfera de la intimidad"¹⁹. Y agrega: "Sociológicamente, teniendo en cuenta que

la inmensa mayoría de los casos tiene a la mujer como sujeto pasivo, podemos afirmar que constituyen una de las manifestaciones de la violencia ejercida contra las mujeres"²⁰.

2. Influencia de los estereotipos en la gestación, interpretación y aplicación de normas en materia de agresiones sexuales

En primer lugar, valga señalar como punto de partida que un estereotipo "es una generalización o preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo o los roles que las personas de tales grupos deben cumplir"²¹. En el caso de los estereotipos de género involucran "representaciones, características, atributos, roles y funciones que se dan a los hombres y mujeres en la sociedad, y que son temporales y espacialmente determinados"²². Finalmente por estereotipo sexual se entiende aquel que "está construido a partir de una sexualidad normalizada. Este se refiere a los comportamientos sexuales esperables y deseables para hombres y mujeres, aludiendo al deseo, atracción sexual y, en definitiva, a todo aquello que resulta aceptado en ese ámbito"²³.

El derecho penal históricamente ha contribuido a reforzar los roles tradicionales esperables para mujeres y hombres. En consonancia con la afirmación anterior, la directora del Instituto Vasco de la Mujer (1998) Txaro Arteaga indica, en la presentación del texto "Análisis del Código Penal desde la perspectiva de Género", que "parece oportuna una reflexión sobre el mismo (el Código Penal) desde la perspectiva de género, en la medida en que partimos de una situación estructural de desigualdad real en que se encuentran aún las mujeres dentro de la sociedad. En definitiva no hay que olvidar, y el Código Penal no puede abstraerse de ello, que la dependencia económica, el reparto de papeles y funciones, tanto en la esfera privada como en la pública en la que las mujeres siguen teniendo una consideración de subordinadas y el mantenimiento de estereotipos sexuales es donde se encuentran las causas más profundas de dicha desigualdad"²⁴.

Si bien el derecho penal no es una herramienta destinada a erradicar los estereotipos, sí puede incidir en forma potente en su rechazo, de acuerdo a

²⁰ ASUA, Adela. Ob. cit., págs. 25 y 26.

²¹ COOK, Rebecca y CUSACK, Simone. "Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional". En: *Anuario de Derecho Público*, Santiago, Chile, 2012, UDP, p. 256.

²² COOK, Rebecca y CUSACK, Simone. Ob. cit., p. 257.

²³ COOK, Rebecca y CUSACK, Simone. Ob. cit., p. 262.

²⁴ ARTEAGA, Txaro. Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género. País Vasco, Emakude/ Instituto Vasco de la Mujer; Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 10.

Asua Batarrita, "a través de las explicaciones sobre el sentido y fundamento de las prohibiciones penales. Ello requiere una reorientación de los parámetros valorativos desde los que los tribunales interpretan las normas jurídicas y la nocividad de las conductas que se enjuician"²⁵.

Tal como la autora lo indica, los estereotipos sexuales y de género se manifiestan no sólo en la gestación de normas, sino también en su interpretación y aplicación. Al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reiterado que la administración de la justicia es la primera línea de defensa en la protección de los derechos humanos a nivel nacional, incluyendo los derechos de las mujeres. El poder judicial tiene, en este sentido, un rol destacado en enviar mensajes sociales avanzando en la protección y la garantía de los derechos humanos, particularmente las normas encaminadas a proteger a sectores en mayor riesgo, como las mujeres²⁶.

Cabe tener presente, que no son sólo los jueces quienes pueden reiterar o profundizar las asimetrías, sino también el resto de los operadores del sistema penal e intervinientes, que pueden recrear los tópicos sexistas y moralizantes que obstaculizan el avance hacia el reconocimiento de la igualdad. Como señala Asua Batarrita: "No resultará cometido sencillo la deconstrucción de significados secularmente arraigados, máxime cuando la propia víctima los padece como parte de su victimización. Y mucho menos si quien asiste a la víctima o recoge su testimonio comparte aquellos significados de vulnerabilidad sexual y fragilidad social, por no decir si comparte la tolerancia con las situaciones de dependencia, malentendidas como situaciones de "tutela" el malentendidas como situaciones de "tutela" el malentendidas como situaciones de "tutela".

Como consecuencia de lo expresado en los párrafos anteriores, la identificación de los estereotipos constituye una actividad previa y necesaria que permite evitar la pervivencia de los esquemas que deben superarse tanto al momento de legislar, como al aplicar e interpretar la ley por los diversos operadores del sistema.

3. Perspectiva de género en materia de agresiones sexuales

En lo que respecta a la perspectiva de género en materia de agresiones sexuales, Asua Batarrita indica que "El proceder del derecho penal, centrado en la individualización de los actos de agresión, no facilita la visualización

²⁵ ASUA, Adela. Ob. cit., p. 22.

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: Desarrollo y aplicación", OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, 3 noviembre 2011, Párr. 8 [en línea]. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/ mujeres/docs./pdf/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf, p. 3 [fecha de consulta: 9 diciembre 2016].

²⁷ ASUA, Adela. Ob. cit., p. 39.

de estos componentes sociológicos que subyacen a las conductas delictivas. Sin embargo, de la misma manera que en la tradición jurisprudencial hemos visto cómo se han recreado las explicaciones sobre la "moralidad" familiar, o la "honestidad" de la mujer, puede acoger hoy la perspectiva valorativa que incida en el desvalor propio de la conducta delictiva, desde el prisma de vejación humillante para la víctima y desde el daño social que provoca la constatación de la pervivencia de esquemas de género de sometimiento-subordinación. Ello requiere abandonar la fijación por la calificación corporal de los ataques sexuales, para acentuar lo que es objeto material de la agresión: la autodeterminación y dignidad de la víctima, y no sólo determinadas partes de su cuerpo"28.

Para De Vicente, "La perspectiva de género también es útil para explicar por qué a pesar del reconocimiento legal de los derechos de las mujeres, los Jueces siguen dictando resoluciones cuyo contenido parece desconocer tales derechos. Y es que, la cultura social tarda más tiempo en elaborar los cambios sociales que se viven, y por eso los aplicadores del Derecho siguen considerando que las mujeres deben observar determinados comportamientos, aunque formalmente la norma jurídica no los exija. Esto se pone de manifiesto, sobre todo, en las investigaciones policiales y judiciales de los delitos contra la libertad sexual, pues a partir de las preguntas que se formulan a las víctimas, se desprende que los aplicadores del Derecho esperan que ellas hayan tenido una conducta sexual irreprochable antes de la comisión del delito, para ser merecedoras de la protección del Estado²⁹.

La autora agrega que "En estos delitos no es raro que la victimización secundaria resulte incluso más negativa que la primaria al incrementar el daño causado por el delito con otros de dimensión preferentemente psicológica. En contacto con la Administración de Justicia o la Policía, las víctimas de estos delitos experimentan muchas veces el sentimiento de estar perdiendo el tiempo. Incluso, en algunos casos pueden llegar a ser tratadas como acusadas y sufrir la falta de tacto o la incredulidad de determinados profesionales. Nos encontramos ante prácticas y actitudes hacia las mujeres víctimas de agresiones sexuales inadmisibles que exigen una urgente rectificación"³⁰.

En atención a las consideraciones expuestas, y al ejercicio cotidiano del derecho penal, efectivamente se puede señalar que éste se centra preponderantemente

²⁸ ASUA, Adela. Ob. cit., p. 26.

²⁹ DE VICENTE, Rosario. "Los Delitos Contra La Libertad Sexual Desde La Perspectiva De Género". En: Derecho penal y discriminación de la mujer: anuario de Derecho Penal 1999-2000. Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2001, y Universidad de Friburgo, Suiza, p. 88.

³⁰ DE VICENTE, Rosario. Ob. cit., p. 89.

en el establecimiento y acreditación de los actos de agresión, perdiendo de vista que, en el caso de las agresiones sexuales en contra de mujeres, se deben tener presentes los componentes sociológicos que subyacen a las conductas delictivas, como la continuidad de esquemas de sometimiento-subordinación. Por ello, tan relevante como la prueba "material", es la consideración de la perspectiva de género, y el poner el acento en la afectación a la autodeterminación y dignidad de la víctima. Se reitera así lo señalado por Buompadre: "La violencia de género también es violencia, pero se nutre de otros componentes, diferentes a aquellos que caracterizan a los crímenes violentos convencionales: un sujeto pasivo femenino, un sujeto activo masculino y un contexto específico en el que germina la conducta criminal para doblegar y someter a la víctima"³¹.

El que el derecho penal ponga en el centro de la imputación, en materia de agresiones sexuales, la afectación a la autodeterminación y dignidad de la víctima, relevando como bien jurídico protegido "la libertad sexual", puede ser considerado un avance en materia de perspectiva de género. Este planteamiento resulta consistente con lo planteado por Asua quien indica que "la imposición sexual queda caracterizada como un acto de dominio y supeditación en los aspectos más íntimos y personales. Esta valoración constituye el núcleo del injusto, el sentido de la prohibición penal que las normas legales deben expresar"³².

IV. Delito de estupro

1. Tipo penal y perspectiva de género

En nuestro ordenamiento jurídico el delito de estupro se encuentra en el artículo 363 del título VII del Libro II del Código Penal, denominado "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, la moralidad pública y la integridad sexual".

"Art. 363. Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1º. Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

³¹ BUOMPADRE, Jorge. Ob. cit., p. 2.

³² ASUA, Adela. Ob. cit., p. 21.

- 2º. Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.
- 3º. Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.
- 4º. Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual".

Considerando la perspectiva de género, se pueden realizar algunas observaciones en lo que se refiere al tipo penal.

1. La denominación del título VII del Libro II del Código Penal, "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, la moralidad pública y la integridad sexual", da cuenta de la concurrencia de una visión patriarcal, y una visión que otorga el reconocimiento a la autodeterminación y dignidad de la víctima.

Los términos "orden de las familias" y "moralidad pública" se fundan en estereotipos sobre familia y moralidad arraigados en la sociedad, que responden a un modelo de convivencia patriarcal, en que las expresiones de violencia contra las mujeres se presentan en el contexto del "clásico esquema de género que construye subjetividades de poder y de subordinación, en el microcosmos de las relaciones interpersonales"³³. Al centrar el derecho la valoración del injusto en el "orden familiar", o la "moralidad pública", no tiene a la vista consideraciones que instalan a la violencia sexual en el contexto de violación de derechos humanos fundamentales, e implican afectación de la integridad física, sexual y psicológica de las víctimas.

A la vez, el título VII contempla el concepto "integridad sexual", visión que, como se indicó, otorga el reconocimiento a la autodeterminación y dignidad de la víctima, lo que se concreta a través de la protección del bien jurídico "libertad sexual". Como se señalara previamente siguiendo a Asua, este es el sentido de la prohibición penal que las normas legales deben expresar.

Conviven así dos visiones respecto a cómo la sociedad, por medio del derecho penal, da protección a valores y bienes que van desarrollándose y evolucionando. Así, en caso de integrarse adecuadamente la perspectiva género, se podrían superar conceptos como "moralidad" y "orden familiar", que se fundan en la visión patriarcal antedicha. Si bien un cambio en este sentido no garantiza una integración inmediata por los operadores del derecho, pues estos cambios deben darse también en niveles estructurales, sí representaría un avance muy importante en materia de agresiones sexuales en nuestro derecho penal y su vinculación con las desigualdades de género.

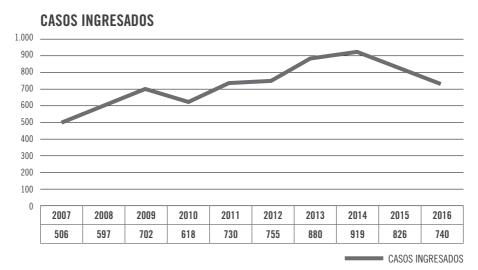
³³ ASUA, Adela. Ob. cit., p. 21.

2. El tipo penal describe la conducta de estupro como el acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años. De esta forma, el sujeto activo sólo puede ser un varón, "el que accede", y la víctima o sujeto pasivo puede ser un hombre o una mujer.

De acuerdo a lo señalado, los determinantes biológicos constituyen un elemento esencial en la configuración del tipo penal. En este caso la agresión sexual se ejerce por un hombre en contra de la víctima por medio del aprovechamiento de circunstancias de vulnerabilidad que ésta presenta en relación a su agresor. Dentro del contexto descrito, en materia de delito de estupro, las cifras indican que las víctimas de sexo femenino corresponden a un 95% en relación a los varones. Entre los años 2007 y 2016, el número total de denuncias por el delito de estupro fue de 7.273, con un total de 7.752 víctimas. Del total de víctimas 7.335 son mujeres. Con esto se puede afirmar que el delito de estupro tiene género. Tal situación refleja, por lo menos en lo que a denuncias se refiere, que este delito tiene como únicos autores directos a los hombres y como víctimas del mismo, en casi la totalidad de los casos, a mujeres.

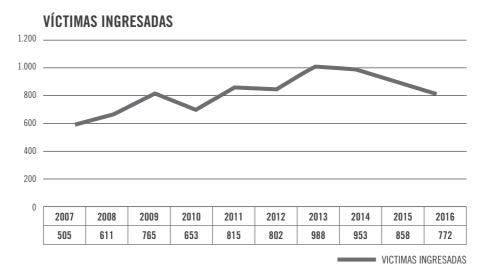
Lo señalado amerita, por tanto, que ante tales hechos, y en su análisis y abordaje, se tenga presente la consideración de género.

 $Gráfico~N^\circ~1$ Número de casos ingresados al Ministerio Público por el delito de estupro $\tilde{anos}~2007\text{-}2016^{34}$



³⁴ Informe de la División de Estudios de la Fiscalía Nacional, Diciembre 2016.

 $Gr\'{a}fico~N^{\circ}~2:$ Número de víctimas ingresadas al Ministerio Público por el delito de estupro años $2007\text{-}2016^{35}$



3. Todas las circunstancias contempladas en el artículo 363, refieren a situaciones de vulnerabilidad que se fundan en relaciones desiguales de poder, en que el imputado es conocido y las *víctimas son mayo*res de 14 y menores de 18 años.

Las circunstancias que se presentan con mayor frecuencia, son las comprendidas en los numerales 2 y 3, es decir, el abuso de la dependencia o desamparo en que se encuentra la víctima por parte del imputado. Si se relaciona lo señalado con el hecho de que las víctimas de sexo femenino corresponden a un 95% de los casos denunciados, es posible deducir que este delito lo sufren principalmente niñas y adolescentes, por parte de hombres adultos conocidos, respecto de los cuales ellas tienen una dependencia económica, material o emocional.

Lo descrito se corresponde con la descripción de un estereotipo patriarcal, que en este caso se encuentra sancionado, pero para cuyo reconocimiento y valoración los jueces y demás operadores del sistema penal debieran interpretar las normas jurídicas, y la nocividad de las conductas, adoptando una perspectiva de género, toda vez que se encuentran en una situación de más difícil ponderación que aquellos casos de violación por medio de fuerza o intimidación. En este contexto el enfoque de género permitiría dar a este tipo penal el contexto apropiado para su investigación y juzgamiento.

³⁵ Informe de la División de Estudios de la Fiscalía Nacional, Diciembre 2016.

2. Jurisprudencia sobre estupro

Como se ha venido señalando, resulta relevante no olvidar que la tarea de los jueces en materia de interpretación de la norma existente no constituye una tarea innocua, puesto que recoge en ella valoraciones y modelos insertos en el contexto social al cual se pertenece. Por ello resulta de interés el análisis de la jurisprudencia sobre el delito de estupro. Al respecto, el estudio jurisprudencial de sentencias recaídas en este tipo penal, elaborado por la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar³⁶, concluye, entre otras cosas, lo siguiente:

- 1. De acuerdo a lo señalado por tribunales, en todas las circunstancias descritas en el art. 363 del C.P. hay un elemento común, cual es, el aprovechamiento de una situación de superioridad del agente respecto de la víctima. En este sentido, hacen referencia a la existencia de un dominio total del victimario sobre la voluntad de la víctima, o la presencia de una asimetría de poder o desigualdad en la relación existente entre la persona accedida y el agresor. Esta situación de asimetría debe ser aprovechada por el sujeto activo para lograr el acceso carnal, lo que implica que el agente debe conocer la situación de inferioridad en que se encuentra la víctima y abusar de las ventajas que dicha situación le genera para accederla.
- 2. En lo relativo a la relación de dependencia, los tribunales la analizan respecto de padres e hijos/as, de parejas de la madre de la víctima, de otros familiares, de amigos de la familia de la víctima, de sacerdotes, guías espirituales, profesores, y otras personas ligadas al ámbito de la educación. Para tener por configurada la relación de dependencia, los jueces resaltan aspectos tales como la mantención económica de la víctima y de su familia, la injerencia del imputado en la toma de decisiones respecto de la crianza y educación de la víctima, por ejemplo, a través de la administración de los castigos y los permisos, los contextos previos de violencia intrafamiliar en la respectiva familia, y el ejercicio de un control intensivo respecto de la víctima.
- 3. En lo relativo a la circunstancia tercera del art. 363 del C.P., el desamparo puede ser económico, familiar, afectivo o social, y debe presentar una entidad suficiente para que sea determinante en el consentimiento que otorga la víctima al acceso carnal. Los tribunales han considerado que una situación transitoria de abandono puede llegar a constituir un grave desamparo.

³⁶ GUZMÁN, Karen. "Estudio Jurisprudencial de Sentencias Recaídas en el Delito de Estupro". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar. Santiago, Diciembre 2014, Ministerio Público – Fiscalía Nacional.

Conforme a lo expuesto se reproducen extractos de algunos fallos que ilustran cómo se aborda el establecimiento del delito de estupro atendido las diversas circunstancias:

- a) Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Concepción: "Que los hechos reseñados en el motivo precedente han resultado acreditados con la prueba testimonial, pericial y documental presentada por los acusadores, y dan cuenta de una situación de absoluta asimetría en la relación del acusado con la ofendida en términos de la libertad de ésta para consentir en una relación sexual, pues aparte de ser su padre, tenía con él una relación de dependencia económica y estaba sometida a la voluntad de éste, quien de manera sostenida en el tiempo, se mostró violento y autoritario con ella, con su madre y sus hermanos, dependencia que se tornó absoluta cuando su madre falleció de cáncer y debió hacerse cargo de los quehaceres de la casa y del cuidado de sus hermanos, uno de ellos retardado mental, bajo el sometimiento constante del acusado, hombre bebedor y con antecedentes penales ... Agravada la disfuncionalidad en que vivía producto de la muerte de su madre, y sin que pudiera oponerse con algún grado de éxito, presa del <u>avasallamiento moral y</u> económico en que estaba a manos de su padre y con su voluntad anulada, ... Al concluir la prueba del juicio el tribunal pudo constatar que la ofendida, huérfana de madre, carente de medios económicos y redes de apoyo familiar (los parientes de su madre no aceptaron jamás a su padre, y los parientes de éste la trataron de mentirosa cuando ella era niña y contó a su madre que el acusado la hacía objeto de tocaciones), con un hermano retardado mental y otro menor, a pesar de ser una adolescente de 17 años y fracción al tiempo de los hechos, no pudo sino someterse a los requerimientos sexuales injustos del acusado, su padre, a quien temía debido a su agresividad, y de quien dependía económicamente para todo. Su consentimiento para ser accedida carnalmente no era válido, y así quedó demostrado a partir de su declaración, de la cual se reconstruye el contexto en que se desarrolló el evento traumático y su origen"37.
- b) Sentencia del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago: "De lo anterior se desprende que la ofendida veía en el acusado la persona que les protegía, a ella, su madre y su hermano, que ejercía el rol de padre, vivía en su compañía, si su madre se ausentaba él se quedaba con ella, le reconocía como papá, como lo hizo saber en la audiencia de juicio oral, era un vínculo moral y de cariño parental. Además el imputado le proveía económicamente, le mantenía y una vez que su madre empezó a vivir con él, pasó a formar parte de la nueva familia que su madre formó con el acusado, con quien tenía un hijo en común, teniendo además en consideración que su padre biológico

³⁷ Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, 10 de octubre de 2010, RUC 0800524391-3, considerando 10.

la abandonó cuando tenía un año, quien según su madre satisfacía las necesidades de todo el núcleo familiar, sin diferencias, ... Este aprovechamiento por parte del sujeto activo, quedó demostrado con la prueba de cargo –como ya se dijo– toda vez que el acusado primeramente con el fin de posibilitar la comisión de los hechos, buscaba estar a solas con la menor y la abordaba cuando su madre salía del domicilio, quedando la víctima en una situación de inferioridad que no sólo se refleja en el vínculo emocional que aquélla tenía con el acusado, sino también en la diferencia o asimetría de edades, esto es 38 años con 14 o 15 años, que evidencian una sujeción a la voluntad del agresor que le impedía escapar a la menor,... "58.

c) Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Osorno: "... En primer lugar, por abuso debemos entender de acuerdo con la definición dada por el Diccionario de la Lengua Española "usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien" y en una segunda acepción "hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder" (Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, 21° Edición, Editorial Espasa Calpe, página 15)... Del conjunto de las ideas antes desarrolladas, pareciera que la norma da la impresión que este abuso o empleo excesivo de la persona sea transformada en objeto, que lo sea a raíz de su particular condición que pudiera tener conforme lo que dispone su numeral segundo en comento, aprovechamiento y de él, la obtención de un mayor beneficio subsecuente que el agente obtiene precisamente de la condición de la víctima, al encontrarse en una relación de dependencia hacia el agresor, esto es, de alumna y educador, respectivamente, situación que de una u otra manera la condiciona dentro de la comunidad escolar y el propio liceo a ciertas normas, que deben cumplirse en una dinámica de respeto, lo cual es la normalidad y lo exigido tanto por la norma social, moral, reglamentaria y penal. Pero al transgredirse las referidas normas por parte del educador, se rompe el esquema de la normalidad y los límites de la misma, que son obligatorios para el encargado de la educación hacia todo el alumnado. De este modo, el provecho de la situación de dependencia a que se hizo mención, proveniente de esta situación de abuso, se configura por el acceso carnal que el sujeto activo por último obtiene, valiéndose de una situación de dependencia de aquélla para obtener la finalidad por él querida...Como ya se indicara existe una manifestación de voluntad, pero está viciada por la pérdida de la capacidad de conciencia crítica"39.

³⁸ Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 5 de abril de 2010, RUC 0800900061-6, considerando 9.

³⁹ Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, 31 de octubre de 2010, RUC 0900312909-5, considerando 5.

- d) Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causa Rol N° 589-2009. Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa, indicando: "...[alega la defensa que] el requisito de aprovechamiento no se satisface por la circunstancia de que se haya establecido que el condenado estaba en conocimiento de la situación de desamparo de la menor de edad, acercándose a la víctima como amigo, abusando de dicha calidad, para lo cual se reunió con ésta en varias oportunidades en lugares públicos, para así ganar su confianza. Nuevamente, se olvida el recurrente que el contexto antes reseñado, es la base para que su representado, en definitiva obtuviere el beneficio que perseguía, para ello condujo a la víctima a un motel con el fin de acceder carnalmente a ella. De ello se infiere, que la voluntad de la menor estuvo viciada, esto es, dañada o corrompida moralmente, dejando en evidencia la situación de superioridad del autor respecto de la víctima"40.
- e) Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes: "Que en cuanto al modo de comisión del ilícito corresponde señalar que es posible tener por acreditado que el acusado conocía la situación familiar de la víctima toda vez que era amigo de su padre, con quien conversaba sus problemas familiares, que además el acusado visitaba frecuentemente la casa de la víctima en dicha calidad, que de otra parte aparece que el acusado en principio se acercó a la víctima como amigo, que conversaban mucho, que ella le contaba sus problemas y sentimientos, sumado a lo anterior aparece importante que ya en el primer intento suicida de la víctima éste en su calidad de funcionario del servicio de urgencia al cual fue llevada la visitó y fue a ofrecerle ayuda, por lo cual no es posible sino concluir que el acusado conocía la situación de alta vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima"⁴¹.
- f) Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Talca: "Que el hecho descrito en el literal C) del aludido considerando séptimo, es constitutivo del delito consumado de estupro, previsto y sancionado en el artículo 363 del Código Penal, en el que concurre su circunstancia cuarta, vigente a la época de comisión del ilícito; toda vez que el autor introdujo en varias oportunidades su pene en la vagina de una persona menor de edad, pero mayor de doce años, prevaliéndose de engaño y abusando de su inexperiencia sexual. Para tener por establecida dicha circunstancia, se ha tenido en consideración la asimetría existente entre la edad del acusado y la ofendida, ya que se trata de un adulto y padre de familia. De otro lado, a esa data, la menor era una persona que no poseía experiencia sexual ajena a las conductas a las que

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 22 de junio de 2009, Rol N° 589-2009, considerando 9.

⁴¹ Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes, 12 de mayo de 2009, RUC 0600906103-5, considerando 15.

era sometida por el acusado desde muy corta edad, pues comenzó tocando sus partes íntimas, a manera de juegos, desde que ésta tenía 6 o 7 años, conductas que fue progresivamente intensificando, hasta que concluyó con relaciones sexuales completas que se mantuvieron en el tiempo hasta que aquella tuvo su primera menstruación³⁴².

De la jurisprudencia expuesta se puede advertir que en no pocas ocasiones se hace referencia a elementos morales tales como "avasallamiento moral", "vínculo moral", "la norma moral", "corrompida moralmente", resultando así evidente la influencia de los estereotipos, en dichos fallos. Lo anterior nos demuestra como a nivel jurisprudencial, aun cuando en el tipo penal el bien jurídico protegido es la libertad sexual, persiste la identificación de esquemas que deben superarse al momento de aplicar e interpretar la ley por los diversos operadores del sistema.

Asimismo, en la mayoría de los fallos reseñados, se utilizan expresiones como "asimetría", "vulnerabilidad"; "superioridad", "sometimiento", "inferioridad". Todas estas expresiones revelan que nos encontramos ante una violencia particular, violencia de género, y su mención demuestra un importante avance que debiera continuar evidenciándose en futura jurisprudencia.

V. Conclusiones

El objeto de este trabajo fue abordar la Violencia de Género en relación con el delito de estupro y poder establecer si ambos conceptos se relacionan y cómo. Del análisis efectuado es posible señalar:

- El patriarcado es el orden sociomoral y político que mantiene y perpetúa la jerarquía masculina⁴³.
- El género, como constructo social multidimensional, toma forma en relaciones concretas e históricamente cambiantes.
- La violencia de género se nutre de componentes diferentes a aquellos que caracterizan a los crímenes violentos convencionales: un sujeto pasivo femenino, un sujeto activo masculino y un contexto específico en el que germina la conducta criminal para doblegar y someter a la víctima. Esta clase de violencia, en sus más diversas manifestaciones, física, psicológica, económica, sexual, laboral, etc., es una herramienta de poder y dominación.

⁴² Tribunal Oral en lo Penal de Talca, 18 de julio de 2009, RUC 0800090710-4, considerando 10.

⁴³ VALCARCEL, Amelia. Ob. cit., p. 23.

- La violencia de género, y sus formas de expresión, son un claro reflejo de posiciones diferenciadas, relaciones asimétricas y desiguales de poder.
- Existe un conjunto de instrumentos internacionales que instala la violencia contra la mujer dentro del contexto de violación de derechos humanos fundamentales, con afectación multidimensional ya sea a la vida, integridad física, sexual y psicológica.
- Las agresiones sexuales en contra de las mujeres se inscriben como una de las expresiones de la violencia de género.
- Si bien el derecho penal no es la única herramienta para erradicar los estereotipos, puede incidir en forma potente en su rechazo.
- Los legisladores, jueces y el resto de los operadores del sistema penal, no sólo pueden reiterar o profundizar las asimetrías, sino también, pueden recrear los tópicos sexistas y moralizantes que obstaculizan el avance hacia el reconocimiento de la igualdad.
- El 95% del total de víctimas por el delito de estupro, entre los años 2007 y 2016, son mujeres. Estas cifras permiten afirmar que el delito de estupro tiene género.
- A partir de un análisis jurisprudencial del delito de estupro es posible indicar que los tribunales señalan que en todas las circunstancias descritas en el art. 363 del C.P. hay un elemento común, cual es, el aprovechamiento de una situación de superioridad del agente respecto de la víctima. En este sentido, hacen referencia a la existencia de un dominio total del victimario sobre la voluntad de la víctima o, la presencia de una asimetría de poder o desigualdad en la relación existente entre la persona accedida y el agresor. Esta situación de asimetría debe ser aprovechada por el sujeto activo para lograr el acceso carnal, lo que implica que el agente debe conocer la situación de inferioridad en que se encuentra la víctima, y abusar de las ventajas que dicha situación le genera para accederla.

LA CALIFICANTE DE ALEVOSÍA Y OTRAS CONSIDERACIONES A PARTIR DEL JUICIO POR HOMICIDIO EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DEL NIÑO Á.M.Z.¹

Enzo Osorio Salvo²

Introducción

En el curso del mes de agosto del año 2015 se presentó ante Carabineros de Molina, Región del Maule, una denuncia por la presunta desgracia del niño de 4 años de edad de iniciales Á.M.Z. A poco de iniciarse las diligencias de búsqueda, el cuerpo sin vida del niño fue encontrado y se estableció que había muerto asesinado con anterioridad a la fecha de la denuncia. La investigación llevó a la Fiscalía a formalizar, y más tarde acusar, a la madrastra del niño –precisamente quien había comunicado la desaparición a Carabineroscomo autora de homicidio calificado, estimando concurrente la circunstancia de alevosía, e invocándose además diversas agravantes, entre ellas la de abuso de confianza.

El caso, que desde su inicio tuvo amplia cobertura en los medios de comunicación, concluyó con la condena por la figura calificada invocada por la Fiscalía, luego del juicio oral llevado a cabo ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó. Con relación a la alevosía, así como a su compatibilidad con la agravante de abuso de confianza, tuvo también oportunidad de pronunciarse la Corte de Apelaciones de Talca, conociendo de un recurso deducido por la defensa.

Aprovechando la ocasión que brinda el debate jurídico que originó el caso, el presente artículo buscará resumir el tratamiento que nuestra normativa penal da a la alevosía, así como algunas de las cuestiones que la misma genera para la doctrina y la jurisprudencia. En el particular caso del homicidio de Á., se analizará a la luz de esas materias lo resuelto en el juicio y en el recurso de nulidad que le siguió.

Lo que se conoció y resolvió en este caso presenta la particularidad de afectar a un niño de pocos años, lo que ya supone una situación de desvalimiento frente al agresor y una dificultad para que se configure la alevosía,

Rol Único de Causa N° 1500808451-0.

² Abogado de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional.

al punto que se sostiene que el solo hecho de dar muerte a un niño no supone un actuar alevoso. Las acciones que configuraron esta circunstancia, así como su ubicación temporal respecto de la muerte de la víctima, presentan singularidades que motivaron un debate resuelto según se expondrá.

Para ordenar el análisis, se precisarán en primer lugar los hechos de la acusación, así como la calificación que les atribuyó el Ministerio Público, para luego resumir el alcance que la doctrina nacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema han asignado a la calificante. Más adelante, se resumirá la condena que el Tribunal de Juicio Oral de Curicó dictó en el caso en cuestión, y lo que resolvió la Corte de Apelaciones de Talca ante el recurso de nulidad de la defensa.

La acusación

El 29 de agosto del año 2015 la Fiscalía Local de Molina formalizó la investigación respecto de la única imputada, pareja del padre del niño, V.T.T. En marzo del año 2016, se precisaron los términos de la formalización y se cerró la investigación. En abril del mismo año, se acusó a la imputada como autora de los siguientes hechos³:

"En el transcurso del año 2013 la imputada, V.T.T., inicia una relación de convivencia con F.M.R., a raíz de la cual en el año 2014 nace el hijo en común de ambos H.M.T. En este mismo período, se trasladan a vivir a la ciudad de La Serena, contando el grupo familiar de dos hijos de F., que son Á. y L., ambos M.Z., tres hijos de ella, que son J., T. y B. todos C.T. y H. hijo en común.

Con posterioridad, en el último período del año 2014 el grupo familiar señalado, se traslada a vivir a la comuna de Molina. Desde esa época el menor Á.I.M.Z., nacido el 27 de diciembre del año 2010, víctima de estos hechos, atendido que su padre biológico se desempeña laboralmente, en el norte del país, concurriendo al hogar en forma esporádica, queda bajo el cuidado personal, directo y exclusivo de la imputada V.T.T., pareja de su padre.

A fines del mes de abril del año 2015 la imputada T., retira a À. del jardín infantil al que asistía, en la comuna de Molina, intensificando los malos tratos físicos a los que somete a la víctima, consistentes en golpes en diferentes partes del cuerpo, ocultamiento de la víctima metiéndolo en un bolso, sin darle alimentos durante largos períodos de tiempo, entre otros. A raíz de estos malos tratos, perpetrados por la acusada, la víctima resulta con diversas lesiones, dentro de las que destacan:

³ Se omite la individualización completa de acusada, víctima y testigos con fines de protección, en especial hacia los niños y niñas involucrados/as.

- Fractura del tercio distal de pierna derecha
- Fractura del arco posterior de la décima costilla izquierda
- Fractura de tercio medio de clavícula derecha.

Además de las referidas lesiones la víctima presentaba un estado de desnutrición severo.

Posteriormente, en una fecha no precisada entre el 12 y 24 de agosto del año 2015, en el domicilio ubicado en xxx de la comuna de Molina, la acusada, actuando sobre seguro, aprovechándose del estado de indefensión en que se encontraba Á.M.Z., atendida su edad, su contextura física, la ausencia de su padre biológico y de cualquier otro familiar que pudiera auxiliarlo y de la deteriorada condición física de la víctima producto de los malos tratos de que fue objeto por la imputada, ésta procedió intencionalmente a obstruir las vías respiratorias del menor, asfixiándole hasta causarle la muerte, correspondiendo según el Servicio Médico Legal, la causa de muerte, a Asfixia por sofocación, atribuible a la acción de terceras personas. Luego de darle muerte, mantuvo oculto el cuerpo de Á., por varios días, para finalmente botarlo en un sitio eriazo, ubicado en el costado norponiente de la Avenida Poniente s/n de Molina, donde es encontrado en horas de la noche del día 26 de Agosto del 2015 por funcionarios policiales".

Como se adelantara, la Fiscalía estimó que estos hechos constituyen un homicidio calificado, sancionado por el artículo 391 del Código Penal, concurriendo la circunstancia primera de dicha norma, esto es, la alevosía, en su variante de "obrar sobre seguro". Se estimó, además, por la acusadora, que esta acción era constitutiva de violencia intrafamiliar, por aplicación del Art. 5 de la Ley 20.066.

Se invocaron, además, las circunstancias agravantes de los números 4 – aumentar deliberadamente el mal del delito–, 6 –abusar el delincuente de su superioridad– y 7 –cometer el delito con abuso de confianza–, del artículo 12 del Código Penal.

En base a esta calificación, y a la extensión del daño causado por el delito, la Fiscalía solicitó para la acusada la pena de presidio perpetuo calificado.

Ámbito de aplicación

Nuestra legislación penal considera a la alevosía como una agravante en el Art. 12 N° 1 del Código Penal, en los siguientes términos: "Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro"⁴.

⁴ El destacado es del autor.

La redacción de esta norma ha dado lugar a discusión doctrinaria⁵ y jurisprudencial referida a la posibilidad de aplicar la agravante a ilícitos que no estén consagrados en el Título VIII del Libro II del Código Penal, dado el uso de la frase "cometer el delito contra las personas". La interpretación restringida de la norma haría aplicable la agravante sólo tratándose de los delitos reglados en esa precisa ubicación del Código, en tanto que una lectura más extensiva, como la que propone Cury⁶, sostiene que la alevosía puede concurrir en todos los casos en que esté vinculada a la ejecución de un ataque contra la vida o la integridad corporal de la víctima, aun cuando el tipo penal se encuentre fuera del mencionado Título del Código Penal. Un ejemplo sería la violación con homicidio del Art. 372 bis del Código. Tratándose de delitos sexuales, al menos de aquellos previstos en los párrafos 5 y 6 del título VII del Código Penal, la discusión carece hoy de relevancia, pues la Ley N° 20.480, de 18 de diciembre del año 2010, incorporó al Código el artículo 368 bis, que extiende la aplicación de la alevosía a estos tipos penales⁷.

Por su parte, en relación con el homicidio calificado, el Art. 391 N° 1 del Código Penal castiga con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, al autor del homicidio si ejecuta el delito con alguna de las circunstancias que enumera, entre las cuales se cuenta la alevosía. De acuerdo a la redacción de la norma, para que opere la agravación la situación no debe estar comprendida en las hipótesis de parricidio o femicidio, por lo que de concurrir en alguna de estas figuras penales, no se altera la calificación jurídica de los hechos, operando la alevosía como una agravante común.

Naturaleza de la agravante

Los autores, al estudiar las circunstancias agravantes, distinguen entre las que tienen un carácter **material u objetivo** y aquellas que presentan naturaleza de tipo **personal o subjetivo**. Las primeras atienden a la forma de ejecución del delito o los medios utilizados para ello, en tanto que las segundas derivan de condiciones o actitudes propias del sujeto activo. En esta distinción, la alevosía

MERA, Jorge. "Comentario de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal". En: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (Dirs.), Código Penal Comentado. Parte General, Santiago, Chile, Abeledo Perrot, 2011, págs. 311 y 312.

⁶ CURY, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*, 7^a ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 518.

⁷ Art. 368 bis. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 63, en los delitos señalados en los párrafos 5 y 6 de este Título, serán circunstancias agravantes las siguientes: 1º. La 1ª del artículo 12.

²º. Ser dos o más los autores del delito.

-junto al ensañamiento— aparece como una circunstancia que participa de ambas calidades, por lo que se le denomina **mixta** ⁸*y*⁹ o **subjetiva-objetiva** ¹⁰ pues, si bien se manifiesta en la forma de ejecución del delito o los medios empleados para ella, requiere igualmente una especial disposición de ánimo del sujeto activo.

Esta distinción encuentra su fundamento y consecuencia práctica en la norma del Art. 64 del Código Penal¹¹, que regula la comunicabilidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad. En atención al aspecto subjetivo que forma parte de la alevosía, esta circunstancia sólo ha de considerarse respecto de los partícipes en quienes efectivamente concurra.

Modalidades que admite la alevosía

De las disposiciones citadas, sólo el Art. 12 del Código describe la alevosía, por lo que habrá que entender que las formas que allí se mencionan son válidas también para los demás casos contemplados en el Código Penal, ya referidos. Estas modalidades son actuar a traición o sobre seguro.

En el caso de la alevosía como traición, entendida como el ocultamiento moral, el sujeto activo engaña a la víctima, no permitiéndole conocer sus verdaderas intenciones. Una definición más inclusiva es la que postula Cury, al señalar que es preferible definirla como "el aprovechamiento, para la ejecución del delito, de la confianza que la víctima o un tercero han depositado en el hechor, o que éste se ha granjeado con ese objeto"¹². En el mismo sentido se pronuncian Etcheberry y Garrido Montt¹³.

⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, Tomo II, p. 28.

⁹ CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, Tomo II, p. 519.

¹⁰ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Santiago, Chile, 2005, Tomo I, p. 182.

¹¹ Art. 64. Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran.

Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

¹² CURY, ob. cit., págs. 516 y 517.

¹³ ETCHEBERRY, ob. cit., Tomo III, págs. 59 y 60; GARRIDO, ob. cit., Tomo I, p. 246.

Para Garrido Montt, el obrar a traición admite, a su vez, dos posibilidades:

- a. Se puede actuar engañando a la víctima al aparentar una situación diversa a la que verdaderamente se está produciendo, o sea se oculta la intención delictiva, disimulándola, o
- b. Abusando de la confianza que el afectado ha puesto en el agente o aprovechando la lealtad que la víctima supone de parte del victimario. Importa emplear maña, cautela, en síntesis ocultar o disfrazar la real voluntad delictiva.

La alevosía, en esta modalidad, resulta incompatible con la agravante de abuso de confianza.¹⁴

Por su parte, la modalidad de obrar sobre seguro constituye el aprovechamiento de circunstancias de hecho que permiten al autor eliminar el riesgo que para su persona podría implicar la acción delictiva, que puedan provenir de la reacción de la víctima, como cuando se agrede a una persona dormida o drogada; o bien puede consistir en ocultar el cuerpo del agente asegurando la imposibilidad de defensa del sujeto pasivo (como cuando se prepara una emboscada).

Cury señala que la alevosía, en la modalidad de obrar sobre seguro "significa ocultamiento del cuerpo del hechor o de los medios de comisión, con el objeto de provocar la indefensión de la víctima frente al ataque. Se expresa asimismo, en acciones dirigidas a burlar la vigilancia de terceros erigidos en guardianes del bien jurídico. Lo mismo que respecto de la traición, el autor puede crear por sí mismo las condiciones ventajosas en que actuará o aprovechar unas preexistentes".

Agrega este autor que "no es necesario que la alevosía se presente contemporáneamente con el principio de ejecución del acto punible. Es posible, efectivamente, que aparezca cuando este ya se encuentre en curso de realización"¹⁵.

Elemento subjetivo. El ánimo alevoso

Como se señaló, la doctrina coincide en exigir para configurar la alevosía, una especial disposición de ánimo por parte del autor del delito, lo que hace que se le califique como circunstancia mixta.

¹⁴ CURY, ob. Cit. P.517, señala que en esta modalidad la alevosía constituye un auténtico "abuso de confianza" con el que es por lo tanto incompatible y respecto del cual prevalece, por expresa disposición de la ley, en los delitos contra las personas.

¹⁵ CURY, ob. cit., p. 519.

En efecto, la alevosía requiere no sólo de la concurrencia de las circunstancias de hecho que la configuran, sino que también la intención del sujeto activo de prevalerse de las mismas. Ello resulta inherente a la modalidad de actuar a traición, pero no aparece con igual claridad en el caso de quien obra sobre seguro.

En este último caso se exige que el sujeto activo tenga conocimiento de la indefensión de la víctima o que elabore ex profeso una maquinación dirigida al aseguramiento de su persona. En palabras de Garrido Montt: "es insuficiente el simple conocimiento de la situación de indefensión o de seguridad; se requiere también de un plus anímico: querer aprovecharse precisamente de tal situación. Esto permite marginar de la alevosía la simple circunstancia de que un hombre dé muerte a un niño, por ejemplo, a menos que esa condición haya sido la que lo indujo a matar"¹⁶.

Cury señala que es preciso que el agente actúe con el propósito de aprovechar, para la ejecución del hecho punible, la situación de indefensión en que la víctima se encuentra o en que la ha colocado. El autor agrega que: "cuando se trata de víctimas que no ofrecen alternativas, tales como niños, ciegos, ancianos, inválidos o personas muy enfermas, la mayor parte de la doctrina adicta a la posición subjetiva o mixta tiende a negar la alevosía, porque estima que se opone a su apreciación el artículo 63 del C.P., ya que es de tal modo inherente al delito, que sin la concurrencia de ella este no puede cometerse. De todas maneras, aceptan que también en estos casos concurre si el hechor actúa para sustraerse a la defensa que terceros pudieran ofrecer al afectado, como cuando aleja a la criada que cuida a la criatura, al enfermero que asiste al impedido o al lazarillo que acompaña al ciego; asimismo, cuando obra a fin de debilitar aún más la capacidad defensiva de la víctima, como si se da muerte al pequeño ofreciéndole un caramelo envenenado"¹⁷.

Jurisprudencia de la Corte Suprema

El máximo Tribunal de nuestro país ha tenido oportunidad de precisar el alcance de la alevosía, en cuanto calificante del delito de homicidio, en diversas oportunidades en que se ha razonado acerca de los requisitos que la doctrina exige para la concurrencia de esta circunstancia.

En un fallo del año 2007¹⁸, la Corte precisa el concepto de la alevosía, citando al efecto sentencias previas y doctrina: "(...) existe alevosía 'cuando el delincuente se coloca en condiciones de asegurar la perpetración del delito sin riesgos para su persona que puedan provenir de la defensa del ofendido, en otros términos, cuando hay

¹⁶ GARRIDO, ob. cit., p. 247.

¹⁷ CURY, ob. cit., p. 518.

¹⁸ Corte Suprema, 6 de septiembre de 2007, Rol N° 1820-2006, RUC N° 0600764824-1, considerando 14°.

seguridad del golpe e indefensión de la víctima' (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXII, Segunda Parte, sección IV, pág. 250) (...). Este concepto, generalmente compartido por la doctrina penal, supone que concurra simultáneamente la finalidad de asegurar la ejecución del hecho y evitar los riesgos que para la persona del agresor puedan proceder de una potencial defensa del ofendido, aceptándose que las condiciones especiales generadas por el agresor hayan sido buscadas previamente por éste, o aprovechadas al momento de la perpetración del delito (...). El fundamento de la mayor sanción penal deriva tanto de la mayor censura que merece la conducta como de la peligrosidad de la misma. Se ha escrito respecto de la alevosía que 'ha querido la ley considerar con más severidad la conducta del delincuente que ataca al que está desprevenido o indefenso, porque de este modo priva a la víctima de la posibilidad de eludir el ataque o de reaccionar contra él defendiéndose y puede el hechor obrar sin peligro para sí mismo. Una agresión perpetrada en esta forma aumenta, por cierto, la alarma social que ocasiona el delito y exterioriza una especial perversidad del delincuente' (Eduardo Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, 1966, Tomo II, Pág. 50)".

En esta misma línea, la Corte ha declarado que concurre la alevosía, analizando las circunstancias del caso a la luz de los requisitos descritos por la doctrina, en casos como los siguientes:

"en el presente caso, se encuentra en la resolución recurrida la situación de aseguramiento o posición de privilegio en que se encontraban los agentes al arremeter contra el ofendido por la espalda, estando solo, tomándolo por el cuello, botándolo al suelo y luego impedir que se levante para así propinarle las heridas que determinaron su fallecimiento. Aparece suficiente la concurrencia de un ánimo expreso de aprovecharse de esa indefensión para llevar a cabo su actuar. Todavía y a mayor abundamiento, el hecho que la víctima ya se retiraba del lugar y el ataque se verifique por la espalda, sin darle ninguna oportunidad de defenderse o de repeler la agresión, materializándose cuando estaba tendido en el suelo y sujeto de pies y manos por los agresores, demuestra un claro aprovechamiento de la situación de indefensión de ella y que revela el ánimo alevoso, elemento subjetivo que también denota el fallo."19.

"se tuvo por probada la alevosía, a partir de la convicción de que los dos acusados procedieron en forma voluntaria a provocarle a Oscar Ojeda Loncomilla las heridas descritas anteriormente, las que le causaron la muerte, procediendo para ello con alevosía en la modalidad de actuar sobre seguro, puesto que lo atacaron imprevista y sorpresivamente con arma blanca, ocasionándole tres heridas dos de ellas mortales. La acción de los agresores tuvo lugar en circunstancias que la víctima se encontraba desarmada, en evidente estado de ebriedad, con 3,13 grados de alcohol en la sangre, dosis alcohólica que a juicio del Servicio Médico Legal, se traduce en un estado de intoxicación franca, que no permite respuesta a estímulos, con capacidad muy disminuida,

¹⁹ Corte Suprema, 25 de octubre de 2010, Rol N° 6626-2010, RUC N° 0900125856-4, considerando 7°.

pudiendo haber compromiso de conciencia, por lo tanto, sin ninguna posibilidad de defenderse y repelar el ataque de que era objeto, por ser nulas sus posibilidades de reacción y defensa. La ausencia de ésta última se acredita con el hecho de que los acusados no sufrieron ninguna lesión"²⁰.

Por el contrario, en los fallos que se extractan a continuación, la Corte rechaza la agravante, principalmente por ausencia del ánimo alevoso:

"los hechos descritos no corresponden a la circunstancia primera que describe el Código Penal y que autoriza la calificación del homicidio, desde que es un hecho de la causa que la madre de la menor se ausentaba todas las noches, al menos desde las 22:00 horas y hasta las 06:00 o 07:00 del día siguiente e incluso más tarde, de modo que tal no corresponde a una situación buscada ex profeso por los acusados para la comisión del ilícito, sino que se ajusta al desarrollo de un día habitual de los acusados y donde lo normal -dentro de lo anormal que resulta la comisión de un ilícito- es que se cometa cuando nadie puede evitarlo... De otra parte, las juezas del tribunal oral aducen que la menor edad de la niña, así como su poca destreza física y hasta su dificultad para expresarse habrían sido aprovechadas por los acusados para la comisión del hecho. Ello tampoco resulta ser efectivo y así está descrito en el mismo hecho que se ha tenido por comprobado, puesto que la menor vivía en el domicilio de los acusados desde hacía un tiempo y sus características físicas no fueron buscadas de propósito por los acusados para la comisión del delito. No existe una situación dolosamente creada por aquéllos ni tampoco el haberse prevalido de las condiciones de la niña para cometer el delito con facilidad y sin riesgo propio. La situación doméstica era la misma desde hacía tiempo y no fue la deficiente condición de salud de la niña la que los movió a ejecutar el hecho ... En efecto, las condiciones de aseguramiento deben haber sido especialmente buscadas o procuradas por el hechor, lo que revela la existencia del ánimo alevoso, que es un elemento subjetivo, como se deduce del Código español y del nuestro"²¹.

"Que los hechos ... no comprenden conductas dolosas destinadas a asegurar el cometido homicida de los acusados, ni tampoco circunstancias tendientes a garantizar la indemnidad de los victimarios, pues los acusados sólo hicieron el mismo trayecto de las víctimas, respecto de los cuales no tenían control alguno, ni tampoco adoptaron medidas que tuviesen por objeto cuidar su integridad desde que las propias víctimas abandonaron la autopista en la que se produjo el ataque, circunstancias que impiden configurar la calificación de alevosía incurriendo la sentencia, en una errada aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues el tipo penal en el cual se subsumen las conductas es el de homicidio simple y no calificado"²².

²⁰ Corte Suprema, 4 de mayo de 2010, Rol N° 1003-2010, RUC N° 0900205013-4, considerando 16°.

²¹ Corte Suprema, 17 de octubre de 2012, Rol N° 5833-2012, RUC N° 0900625446-K, considerando 24°.

²² Corte Suprema, 16 de abril de 2014, Rol N° 3532-14, RUC N° 1200973747-0, considerando 32°.

Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Curicó en la causa Ruc 1500808451-0²³

El juicio oral comentado en este artículo se extendió por tres semanas, al cabo de las cuales se dictó veredicto condenatorio. En su sentencia definitiva, de 28 de septiembre del año 2016, el Tribunal de Juicio Oral estimó concurrente la circunstancia de alevosía y se pronunció acerca de las circunstancias agravantes incluidas en la acusación, aspectos que se desarrollan a continuación, así como a algunas consideraciones tenidas en cuenta para la determinación de la pena.

Circunstancias agravantes

En la parte resolutiva de la sentencia, considerando décimo tercero, el Tribunal Oral en lo Penal se pronuncia acerca de las circunstancias agravantes invocadas por la Fiscalía.

En primer lugar, en cuanto a la agravante del artículo 12 N°4 del Código Penal, de aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución, el Tribunal la desestimó: "por considerar que no se logró probar, más allá de toda duda razonable, que en el momento preciso de darle muerte al niño, la acusada haya aumentado deliberadamente el mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecución, pues, todas aquellas conductas desplegadas durante el transcurso del tiempo en que ella estuvo al cuidado del mismo y que dicen relación con su deterioro físico, su ocultamiento y al maltrato que lo sometió, fueron elementos que sirvieron para darle el carácter de calificado al delito de homicidio".

Cabe señalar que en el curso del juicio se acreditó que gran parte de los malos tratos y la muerte de la víctima ocurrieron en presencia de su hermano y otros niños que formaban parte del grupo familiar. La Fiscalía invocó este hecho a fin de sostener la agravante. A este respecto el Tribunal indica lo siguiente: "es decir, estima que la expresión otros males, también implica el sufrimiento de otras personas, distintas a la víctima. Esta alegación será desestimada dado que el aumento intencionado del mal que se ocasionó con el hecho delictivo, causando otros males innecesarios para su ejecución, dice relación, precisamente con aquello, males que dicen relación con la naturaleza del ilícito, pero que exceden la intensidad de los necesarios para su comisión. Todo lo arguye la fiscalía dice relación con una consideración de la extensión del mal causado a propósito del delito, no con la ejecución del mismo (sic)".

En lo que respecta a la agravante del abuso de la superioridad de las fuerzas, que se atribuye a la acusada por el Ministerio Público, también fue rechazada,

²³ Rol Interno del Tribunal 124-2016.

por estimar el Tribunal que ella sirvió para fundar la hipótesis de alevosía, de modo que su consideración vulneraría lo preceptuado en el artículo 63 del Código del ramo.²⁴

Por el contrario, la circunstancia del abuso de confianza, prevista en el artículo 12 N° 7 del Código Penal, fue acogida. Para ello, el Tribunal razonó del modo siguiente: "la confianza a que se refiere este artículo, supone la existencia de un vínculo de fidelidad, de lealtad entre el sujeto pasivo y hechor, y que gracias a este, el primero ha depositado en el segundo una fe especial. La confianza no requiere que haya sido otorgada, precisamente, por el ofendido, puede haberlo hecho otra persona que tenga un vínculo con este último. Además, se debe abusar de esta confianza, esto es, debe el agente servirse de ella, utilizarla en su beneficio y para cometer el delito. Dicho lo anterior, estas juezas estiman que concurre la citada agravante, dado que la relación de convivencia que se generó entre F.M. y V.T., trajo como consecuencia que ambos asumieran un compromiso de llevar una vida de familia, a la que incorporaron a todos sus hijos. En esta relación M. asumió el rol de proveedor de la numerosa nueva familia, y V.T., el cuidado de los niños, incluidos L. y A.. Lo anterior, debió significar para el padre, confiar en que la mujer con la cual había elegido enfrentar un nuevo proyecto familiar, se comportaría como una madre no solo para los hijos de ella, sino que para los suyos también, y, ese rol, evidentemente lleva implícito el cuidado, la protección, la entrega de cariño. A su vez Å., y pese a sus cortos años, debió entender que quien se presentaba como una nueva mamá, se comportaría como una, es decir, como una madre, y este papel trae implícito el confiar uno en el otro ... Muchos testigos refirieron que era V.T. la cara visible de esa familia, que con ella se relacionaban para solucionar problemas de los niños, a ella se le citaba, ella era quien asumía el rol de adulto responsable, y así era también con A.. En consecuencia, cuando dio muerte a este niño, lo hizo, en abuso de este vínculo que existía entre ella y el menor, y el que existía con el padre del mismo, se prevalió de este, para lograr su designio delictivo; si bien, el padre puede ser catalogado como un sujeto negligente respecto de la protección y cuidado de sus hijos, no es menos cierto, que él y para convivir con T. y dejar sus hijos al cuidado de ella, debió creer que les daría protección y no que los maltrataría, y menos que a uno de ellos mataría; y al momento de acabar con A., ella, obviamente, vulneró este vínculo, este deber de fidelidad, de lealtad con su pareja y con el niño que era parte de esta familia que ella aceptó formar"²⁵.

Art. 63. No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.

Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.

²⁵ El destacado es del autor.

Configuración de la alevosía

Para dar por acreditada la alevosía, el Tribunal precisó, en el considerando décimo del fallo, que para estar ante esta calificante, en la hipótesis de actuar el sujeto activo sobre seguro: "se requiere, que la seguridad en la ejecución del hecho delictual, y la indefensión de la víctima, sean circunstancias que hayan sido deliberada o intencionadamente buscadas y aprovechadas por el hechor, revelando con ello su ánimo alevoso. Se requiere que este último haya obrado sin aventurarse a ningún riesgo, ya sea creando o aprovechándose de aquellos elementos que eviten todo riesgo para su persona, sea que estos riesgos provengan de una posible reacción de su víctima o de terceros que pudieran auxiliarla, protegerla o salir en su defensa. Por otra parte, y en relación el estado de indefensión de la víctima, cabe decir, que no basta por sí solo, es menester que éste haya sido el motivo decisivo para ejecutar el ataque, y que, de no mediar esta indefensión, el mismo no se habría producido".

En el caso en estudio, tal como sostenía la acusación, se estimó por las juzgadoras que la acusada creó todas las condiciones que pusieron a la víctima en un estado de total indefensión, en términos tales, que no sólo no podía defenderse a sí mismo ni solicitar ayuda de terceros dado su grave deterioro físico, sino que además esos terceros estuvieron impedidos de darle protección, por ejemplo para pedir ayuda para el niño, por temor a la acusada, en el caso de los otros niños que habitaban el inmueble en que ocurrieron los hechos; o de tener contacto con A. para constatar así su real estado, en el caso de familiares, profesionales de la salud y del área educacional, e incluso en el caso del padre del niño. El fallo describe diversas acciones de la acusada que generaron esas condiciones de indefensión, como el ocultamiento del niño en un bolso bajo una cama por largos períodos, la afirmación de que una conocida de la acusada -inexistente- cuidaba frecuentemente al niño, o la afirmación, también falaz, de supuestos tratamientos con especialistas en la ciudad de Santiago: "en consecuencia, V.T., creó, buscó y se aprovechó de todas aquellas circunstancias que ésta requería para lograr la indefensión de la víctima y la seguridad en la ejecución del hecho delictual, revelando con ello su ánimo alevoso".

Las circunstancias que configuraron este obrar sobre seguro, relacionadas con el ámbito de salud, educacional y familiar de la víctima, fueron analizadas en extenso en el considerando décimo del fallo, concluyendo que las mismas buscaban asegurar que el niño quedara en: "un estado de indefensión tal, que nadie, ni nada, menos él, pudieran salir del mismo, asegurando, de paso el resultado de lo querido y buscado por ella, esto es su muerte".

Un primer grupo de tales circunstancias está constituido por aquellas relacionadas a la situación de salud y física del niño. Se efectúa una relación de los antecedentes que permitieron al Tribunal establecer que en los meses previos

a su muerte, el niño sufrió un progresivo cuadro de desnutrición y un grave deterioro físico que incluyó fracturas en diversas partes del cuerpo, atribuibles a la acción de la acusada.

Un segundo grupo de circunstancias se relaciona con la situación educacional de la víctima. En esta parte se analiza por el fallo un importante caudal de pruebas que permitieron establecer que la acusada realizó diversas acciones para alejar a la víctima del sistema educacional. Posteriormente, cuando se intentaba hacer seguimiento de la situación del niño por profesionales de la educación, la misma acusada, justificaba la ausencia de Á. efectuando afirmaciones falsas, mientras al interior del hogar el niño era maltratado gravemente, hasta causarle múltiples fracturas, y se lo privaba de alimentación, al punto de hacerlo caer en un estado tan precario de salud, que le era imposible defenderse, ni expresar a terceros lo que estaba ocurriendo. El Tribunal señala que, al negar su presencia: "situándolo en otra ciudad, impedía que quienes se relacionaban con el niño, se dieran cuenta de lo que realmente estaba sucediendo. Ella buscaba aislar al niño, ocultarlo del mundo exterior, y en ese confinamiento, castigarlo de múltiples maneras, para ir debilitándolo, hasta ponerlo en un estado tal, como en el que lo puso y en que probablemente la oclusión por pocos segundos de su boca y nariz, bastó para causar su muerte (...) no hay explicación que permita justificar toda esta conducta, todas estas mentiras, sino sólo entendiendo que ella quería acabar con la vida del niño".

Por último, se efectúa un análisis de circunstancias relacionadas con la familia. En cuanto a los niños que vivían en el mismo hogar con la acusada y con la víctima, se consignan prolongados malos tratos que generaron un miedo tal, que les impidió a esos niños relatar a otras personas lo que ocurría al interior del domicilio. En el mismo orden de ideas, se considera la invención por la acusada de una persona que supuestamente cuidaba al niño, como una forma de evitar que los familiares, u otras personas que indagaban por la situación de la víctima, se dieran cuenta de que este permanecía en el mismo domicilio, confinado en un bolso, bajo una cama, sin recibir alimentación, y con lesiones de gravedad causadas por ella: "(...) se establece en forma clara, que V.T., tiempo antes de la muerte del niño, justificaba su no presencia, indicando que estaba con esta amiga, a la que incluso el padre no conocía, y esta invención era solo para ocultar que al niño lo mantenía confinado en el bolso, y ello sólo tenía como objetivo el evitar que vieran el estado en que lo había puesto, su desnutrición, sus múltiples lesiones y el hecho de que el niño no concurría al colegio, ni estaba en tratamiento, ni nada que no significare estar bajo una cama, dentro de un bolso y al buscar esto, quería evitar que a Á. alguien lo socorriese, que alguien se diera cuenta de lo que pasaba, de que alguien evitase la total indefensión del mismo, y ello porque buscaba su muerte".

La pena

En atención a la concurrencia de una agravante -abuso de confianza- y una atenuante -la irreprochable conducta anterior de la acusada-, se concluye condenando a la acusada como autora de homicidio calificado, con la sanción de presidio perpetuo simple. Para determinar esta sanción se atiende al daño causado, el que se desestimó para configurar el ensañamiento invocado por la Fiscalía. Es así como en el considerando 16° se señala que: "el daño que produjo el hecho que acabó con la vida de A., es inconmensurable, no sólo porque dio muerte a un niño de tan solo 4 años, sino porque, además, en su búsqueda de impunidad, involucró no solo a L., hermano de A., sino que también a sus propios hijos, los hizo partícipes, cómplices forzados, obligó a L., a envolver en una mortaja a su hermano, luego a llevarlo en la mochila en la cual lo sacaron de la casa y luego participar en deshacerse del cadáver. Amenazó a todos los niños, los obligó a callar, e incluso a asumir la responsabilidad de los hechos. Todo esto, sin lugar a dudas, además del daño que les ocasionará, de por vida, haber visto morir a su hermano y en las circunstancias que este alevoso delito se cometió, provocó que todos estos niños, debieran ser separados, alejados unos de otros, llevados a distintas familias, debiendo crecer sin ese contacto diario que todo niño con un hermano tiene y desea. La extensión del mal que ocasionó V.T. con la muerte de A., no se agota con su muerte, se extenderá por muchos años, quizás por toda la vida de L., J., T., B., y H".

Recurso de nulidad

La defensa interpuso un recurso de nulidad contra el fallo del Tribunal de Juicio Oral de Curicó, el que fue resuelto por la Corte de Apelaciones de Talca en la causa Rol 887-2016, con fecha 9 de diciembre de 2016²⁶.

Las causales que debió conocer el Tribunal de alzada fueron las siguientes:

En primer término, la contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal – "cuando en la sentencia, se hubiera omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342" –, con relación a la letra c) de esta última norma, es decir, "La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que

²⁶ El recurso se dirigió a la Corte Suprema, toda vez que se invocó la causal del Art. 373 letra a) del Código Procesal Penal, causal que se fundó en dos órdenes de reproche: la falta de imparcialidad del Juzgado de Garantía de Molina, que conoció las actuaciones previas al juicio oral, y la vulneración al debido proceso y al derecho a defensa, por la incorporación de prueba ingresada ilegalmente al juicio. Sin embargo, la Corte Suprema, en fallo Rol 76.346-2016 del 25 de octubre de 2016, declaró inadmisible la primera parte de esa impugnación y, en cuanto a la alegación referida a la prueba, la recondujo a la causal del Art. 374 e) del Código Procesal Penal, por lo que remitió los antecedentes a la Corte de Apelaciones de Talca, a fin de que conociera esa causal y las otras, deducidas subsidiariamente.

se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297" del citado cuerpo de leyes. La defensa cuestionó el mecanismo que, con arreglo al fallo condenatorio, habría causado la muerte de la víctima: "la condenada obstruyó con una de sus manos los orificios respiratorios de Á. M.Z., hasta causarle la muerte, la que se produjo por asfixia por sofocación", y los medios de prueba con que se llegó a establecer aquello, fundamentalmente la prueba pericial. Estimó la defensa que en su valoración se infringieron los principios de razón suficiente y no contradicción.

En segundo término, en subsidio de la primera causal, el recurso se apoya en la prevista por el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es "cuando, en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo". La argumentación de la recurrente, en este caso, buscaba atacar la calificación jurídica de los hechos como homicidio calificado, justamente por estimar que la alevosía no se daba en la especie. Sostuvo la defensa que el Tribunal de Juicio Oral extendió la alevosía "más allá del límite temporal de la acción humana que supuestamente ocasionó el homicidio". Agregó que "la indefensión o lo desvalido de la víctima, deben ser buscados y aprovechados para ejecutar la acción dolosa, descartando que el maltrato o lesiones producidas a Á.M., con mucha anterioridad a su muerte, configuren la alevosía, considerando que la víctima al ser un niño de apenas cuatro años de edad, ya se encuentra indefenso y desvalido solo por ser niño, siendo inherente al delito esta especial condición".

Por último, también en forma subsidiaria, el recurso invoca la misma causal de errónea aplicación del derecho, esta vez fundada en la circunstancia, equivocada a juicio de la defensa, de que el fallo del Tribunal Oral estimó compatibles la calificante de alevosía con la agravante de abuso de confianza. Argumenta que la convivencia entre la acusada y el padre de la víctima resulta inherente al delito: "y, por consiguiente, que la confianza se empleara como medio para la perpetración del delito, por lo que el abuso de confianza debió quedar absorbido en la alevosía, siendo en tales circunstancias incompatibles la agravante del artículo 12 N° 7 con la alevosía"²⁷.

La Corte de Apelaciones, para rechazar la primera de las causales del recurso, reproduce los pasajes de la sentencia en que se valoran las pericias de la médico Vivian Bustos y de la perito anátomo patóloga Elvira Miranda, ambas del Servicio Médico Legal, descartando que a ese respecto el fallo pudiera adolecer de deficiente fundamentación. La primera de tales profesionales expuso en el juicio el resultado de la autopsia practicada al cuerpo de la víctima, así como un

²⁷ Recurso de nulidad de la defensoría penal, documento extraído del Sistema de Apoyo a la Gestión Judicial SIAGJ.

informe crimino dinámico de los antecedentes reunidos durante la investigación, en tanto que la segunda expuso el resultado de un examen histológico microscópico de las muestras tomadas durante la autopsia. La sentencia de la Corte de Apelaciones reproduce el análisis que de ambas pericias hizo la sentencia, para descartar una posible contradicción²⁸.

En cuanto a la segunda causal, que cuestionaba la extensión temporal de las circunstancias que permitieron configurar la alevosía, se reitera por la Corte la idea de que: "para estar ante la figura calificada por la alevosía, en su hipótesis de actuar el sujeto activo sobre seguro, se requiere, que la seguridad en la ejecución del hecho delictual, y la indefensión de la víctima, sean circunstancias que hayan sido deliberada o intencionadamente buscadas y aprovechadas por el hechor, revelando con ello su ánimo alevoso". La causal es rechazada por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, que concuerda con los fundamentos del considerando décimo del fallo del Tribunal Oral, los que dejan claro que la acusada creó, buscó y se aprovechó de todas las condiciones que pusieron a la víctima en un estado de indefensión total y generaron seguridad a la autora en la ejecución del hecho delictual, revelando con ello su ánimo alevoso.

Del modo anterior, si bien no lo expresa el fallo, se rechaza el supuesto exceso que la defensa atribuía al Tribunal Oral en cuanto al tiempo por el cual se extendieron los malos tratamientos que configuraron la comentada calificante.

Por último, la pretendida incompatibilidad entre las circunstancias de alevosía y de abuso de confianza, fue también rechazada por la Corte. Señala, al respecto, que: " no resulta incompatible, la concurrencia al hecho de autos, tanto de la alevosía, que se integra al hecho ilícito para calificarlo, como de la agravante de abuso de confianza, ni ello importa que un mismo hecho sea objeto de una doble sanción, como razonada y detalladamente lo consigna la sentencia impugnada en el considerando décimo tercero, siendo ello suficiente para descartar el motivo de nulidad invocado.- Debe agregarse sobre esta temática que si bien el tema planteado ha merecido una cierta discusión tanto en la doctrina nacional como extranjera, se ha concluido acerca de la concurrencia de ambas circunstancias, en el caso de que la confianza no haya sido buscada de propósito para la comisión del delito, sino que simplemente la misma existe, en este caso por y como consecuencia de la relación de convivencia entre la autora y el padre del menor asesinado, que genera una fácil relación con la víctima, sin perjuicio que la idea de matar que surge en la autora del homicidio, la lleva a cabo utilizando la confianza consciente e intencionadamente para facilitar la ejecución, y la modalidad alevosa con la finalidad de asegurarla sin riesgo de algún modo o mecanismo de defensa de la víctima. No cabe duda que en este caso ambas circunstancias son compatibles, ya que una ha facilitado la ejecución y otra ha consistido en el aseguramiento del hecho mismo sin riesgo"29.

²⁸ Considerando segundo de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca.

²⁹ Considerando quinto de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca.

Conclusiones

La alevosía, definida como obrar a traición o sobre seguro, constituye una circunstancia agravante de responsabilidad penal prevista para los delitos cometidos contra las personas, expresión esta última que no debe entenderse limitada a los delitos comprendidos en el título respectivo del Código Penal. En el caso del homicidio, la alevosía es una de las circunstancias que conduce a la figura calificada de este ilícito, con la consiguiente elevación de pena prevista en el artículo 391 del Código Penal. A la luz de lo que la doctrina y la jurisprudencia han sostenido, particular relevancia adquiere, para que opere la circunstancia, la concurrencia del ánimo alevoso, elemento subjetivo que la integra, además de los factores materiales u objetivos. Ello hace que no resulte comunicable esta circunstancia a otros partícipes distintos de aquellos en quienes efectivamente concurren tales elementos.

Tratándose de personas especialmente desvalidas, como ocurre con un niño, ese solo hecho no resulta bastante para que concurra la circunstancia, por lo que se requiere de circunstancias adicionales, como la existencia de otros factores de desvalimiento, creados o al menos aprovechados por el sujeto activo. Lo anterior es precisamente lo que ocurrió en el caso en estudio. Además del natural desvalimiento que la víctima presentaba, por su corta edad, la Fiscalía acreditó, y el Tribunal de Juicio Oral ponderó correctamente, a nuestro juicio, numerosos y graves antecedentes que produjeron una total indefensión en Á.. Estos fueron tan múltiples y variados, que las juzgadoras pudieron distinguir los diversos planos en que operaron: el físico-médico, el educacional y el familiar.

En este caso, no obsta a la concurrencia de la alevosía el hecho de que las acciones que permitieron configurarla se hayan extendido por un espacio prolongado de tiempo, previo a la consumación del homicidio, toda vez que se estableció la clara conexión de esas acciones con el resultado delictual.

La modalidad invocada por la Fiscalía –obrar sobre seguro– resultó plenamente compatible con la agravante –también acogida– de cometer el delito con abuso de confianza. Distinto habría sido si se hubiese estado en un caso de alevosía en la modalidad de obrar "a traición", pues esta última se estima incompatible con la agravante del Art. 12 N° 7 del Código Penal.³⁰

Finalmente cabe destacar que, pese a los avances legislativos y de todo orden que nuestro país muestra en materia de protección a la infancia, casos como el de Á. nos llevan a comprobar, dramáticamente, los niveles que puede alcanzar el maltrato y el abandono a que puede ser expuesto un niño, sin que las instituciones llamadas a protegerlo hayan actuado a tiempo.

³⁰ Según expresa CURY, en términos expuestos en cita 14 precedente.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN LAVADO DE DINERO,
DELITOS ECONÓMICOS,
MEDIOAMBIENTALES
Y GRIMEN ORGANIZADO

ABOGADOS Y LAVADO DE DINERO

Marcelo Contreras Rojas¹

I. Introducción

En la actualidad se generan bastantes discusiones respecto de la participación de algunos abogados en casos u operaciones eventualmente vinculadas al delito de lavado de dinero. Desde nuestra perspectiva, la mejor forma de hacer frente a estas discusiones, pasa por delimitar o distinguir correctamente cuáles son los problemas o preguntas que nos interesa resolver para posteriormente clasificarlos en diversas categorías de problemas. Un primer grupo de discusiones se refieren habitualmente al rol que le corresponderá cumplir al abogado dentro del sistema de prevención en materia de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo. Por regla general, los distintos países han ido homogenizando² sus legislaciones en torno a las recomendaciones que van desarrollando los organismos internacionales especializados en este ámbito³. En particular, la discusión se centra en determinar si se debe considerar a los abogados dentro de la lista de sujetos obligados que deberán reportar operaciones sospechosas a la Unidad de Inteligencia Financiera⁴. Lo anterior, evidentemente, conlleva una serie de discusiones en torno a identificar claramente cuál es el alcance de la recomendación internacional, cómo se conjuga esta recomendación con el secreto profesional del abogado, cuáles son sus posibles excepciones, qué implica un incumplimiento en este tipo de recomendaciones, etc.

¹ Abogado, Subdirector de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² En el mismo sentido, respecto del proceso de armonización del tipo penal de blanqueo de capitales en la Unión Europea, véase, WIRTZ, Georg; BERMEJO Mateo. Honorarios de los abogados defensores en causas penales y blanqueo deA capitales desde una perspectiva europea: ¿un mismo problema, una misma solución? [en línea]. Disponible en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2007_11_174.pdf [fecha de consulta: 10 de enero 2017].

³ El principal organismo internacional en este ámbito es el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que estableció 40 recomendaciones internacionales que deben seguir los países, las cuales son verificadas en cuanto a su cumplimiento mediante una sistema de evaluación mutua entre países, que actualmente evalúa tanto el nivel de cumplimiento técnico de los Sistemas contra el Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo, como también la efectividad de dichos sistemas. De este Grupo Internacional depende y se rige por la misma regulación y sistema de evaluación el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT).

⁴ En nuestro país, Unidad de Análisis Financiero.

Por otro lado, ya teniendo claridad si en nuestro ordenamiento jurídico los abogados son o no considerados sujetos obligados a informar, nacen las discusiones relacionadas con la actuación o el rol que le corresponde al abogado en determinado tipo de operaciones. Parece indiscutible que el ejercicio de la profesión jurídica tiene aparejado una serie de riesgos en cuanto puede permitir o posibilitar que determinados bienes de origen ilícito sean introducidos al sistema económico financiero, tanto así, que las recomendaciones internacionales en la materia se refieran expresamente a ellos en a lo menos dos recomendaciones⁵. Si uno lo piensa detenidamente, parece de toda lógica que el sujeto que posee bienes de origen ilícito se quiera asesorar o coludir con un abogado que le pueda ayudar a dar apariencia de legalidad a sus bienes. En términos simples, el objetivo final que se pretende conseguir con el delito de lavado de dinero es otorgar una justificación de legalidad (sea económica o jurídica) a esos flujos de dinero de origen ilícito, integrando dichos bienes al sistema económico. Entonces, ¿cómo podrán participar los abogados dentro de este sistema?, ¿todos los abogados tienen especiales deberes de vigilancia?, ¿son sujetos obligados?, ¿cómo se podrían conjugar estos deberes con otros derechos, como el derecho a la confidencialidad y el derecho de defensa?

En este contexto, el presente trabajo pretende hacer una revisión general de la regulación internacional en la materia, tanto de las recomendaciones internacionales, como también de las notas interpretativas y metodología que se utiliza para evaluar los sistemas jurídicos de los distintos países. Posteriormente, se analizará nuestra regulación interna, donde parece relevante analizar las normas pertinentes de la Ley 19.913, la historia de la Ley 20.818 (última modificación de la Ley de Lavado) y las recomendaciones generadas por el Colegio de Abogados de Chile. Finalmente, se analizará una serie de casos nacionales en que algunos abogados han sido condenados por el delito de lavado de dinero, todo lo anterior, con el objeto de entregar elementos que permitan diferenciar las conductas de los abogados en determinadas operaciones, pudiendo distinguir casos en que resulta plausible una imputación por lavado de dinero y otros en que no sería recomendable.

II. Regulación internacional

En el plano internacional, la regulación de los abogados se ha materializado en las recomendaciones internacionales referidas a las "actividades y profesiones no financieras designadas", respecto de las cuales generalmente se utiliza la abreviatura de APNFD. Dentro de estas recomendaciones, encontramos

⁵ Asimismo, hacen aplicable para los abogados una serie de otras recomendaciones internacionales en otros puntos referidos, por ejemplo, a la obligación de registros, al tratamiento a las personas expuestas políticamente (PEPs), a la debida diligencia, etc.

un par de ellas referidas a los abogados y notarios que se encuentren vinculados a la realización de determinado tipo de operaciones que implican un mayor riesgo de lavado de dinero o financiamiento del terrorismo.

En este contexto, encontramos tanto la recomendación número 22, referida a la debida diligencia del cliente en materia de APNFD, como también la recomendación número 23, referida a otras medidas. Respecto de la recomendación 22 se establece expresamente que "Los requisitos de debida diligencia del cliente y el mantenimiento de registros establecidos en las Recomendaciones 10, 11, 12, 15 y 17, se aplican a las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD) en las siguientes situaciones: ...

(d) Abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores —cuando se disponen a realizar transacciones o realizan transacciones para sus
clientes sobre las siguientes actividades: compra y venta de bienes inmobiliarios;
administración del dinero, valores u otros activos del cliente; administración de
las cuentas bancarias, de ahorros o valores; organización de contribuciones para la
creación, operación o administración de empresas; creación, operación o administración de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales"6.

Por su parte, la recomendación número 23 establece que "Los requisitos plasmados en las Recomendaciones 18 a 21⁷ se aplican a todas las actividades y profesiones no financieras designadas, sujeto a los siguientes requisitos:

^{6 &}quot;Las nuevas 40 recomendaciones". Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) [en línea]. Disponible en: http://www.gafilat.org/UserFiles/documentos/es/Las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf [fecha de consulta: 10 de enero 2017].

Recomendación 18. Controles internos y filiales y subsidiarias * Debe exigirse a las instituciones financieras que implementen programas contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Debe exigirse a los grupos financieros que implementen a nivel de todo el grupo programas contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, incluyendo políticas y procedimientos para intercambiar información dentro del grupo para propósitos ALA/CFT. Debe exigirse a las instituciones financieras que aseguren que sus sucursales y filiales extranjeras de propiedad mayoritaria apliquen medidas ALA/CFT de acuerdo con los requisitos del país de procedencia para la implementación de las Recomendaciones del GAFI, mediante los programas a nivel de grupo contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Recomendación 19. Países de mayor riesgo * Debe exigirse a las instituciones financieras que apliquen medidas de debida diligencia intensificada a las relaciones comerciales y transacciones con personas naturales y jurídicas, e instituciones financieras, procedentes de países para los cuales el GAFI hace un llamado en este sentido. El tipo de medidas de debida diligencia intensificada que se aplique debe ser eficaz y proporcional a los riesgos. Los países deben ser capaces de aplicar contramedidas apropiadas cuando el GAFI haga un llamado para hacerlo. Los países deben ser capaces también de aplicar contramedidas independientemente de algún llamado emitido por el GAFI en este sentido. Tales contramedidas deben ser eficaces y proporcionales a los riesgos. Recomendación

(a) Debe exigirse a los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores que reporten las operaciones sospechosas cuando, en nombre de un cliente o por un cliente, se involucran en una transacción financiera con relación a las actividades descritas en el párrafo (d) de la Recomendación 22. Se exhorta firmemente a los países que extiendan el requisito de reporte al resto de las actividades profesionales de los contadores, incluyendo la auditoría... 8.

De lo señalado anteriormente, queda claramente establecido que en la lógica de la recomendación internacional el mayor riesgo de las operaciones de lavado se encuentra vinculado con determinado tipo de operaciones específicas, por ejemplo, compra y venta de inmuebles, administración de dinero, valores o cuentas corrientes, etc. Al analizar estas conductas de mayor riesgo podemos advertir que no se incluye entre ellas la defensa penal que pueda ejercer algún abogado. Lo anterior resulta relevante, ya que en ocasiones se señala que la regulación internacional prevé limitaciones expresas a este respecto, lo cual es un error. De hecho, si uno analiza las notas interpretativas de las recomendaciones, puede ver nítidamente que no se exige que exista una regulación específica respecto de los abogados, "para cumplir con las Recomendaciones 22 y 23, los países no necesitan emitir leyes o medios coercitivos que tengan que ver exclusivamente con los abogados, notarios, contadores y las demás actividades y profesiones no financieras designadas, en la medida en que estas actividades o profesiones sean incluidas en las leyes u otros medios coercitivos que cubren las actividades subvacentes"9.

Por otro lado, las notas interpretativas establecen excepciones respecto del reporte de operaciones sospechosas por parte de los abogados: "Los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores que actúan como profesionales jurídicos independientes, no tienen que reportar transacciones sospechosas si la información relevante se obtuvo en circunstancias en las que éstos están

^{20.} Reporte de operaciones sospechosas * Si una institución financiera sospecha o tiene motivos razonables para sospechar que los fondos son producto de una actividad criminal, o están relacionados al financiamiento del terrorismo, a ésta se le debe exigir, por ley, que reporte con prontitud sus sospechas a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). Recomendación 21. Revelación (tipping-off) y confidencialidad Las instituciones financieras, sus directores, funcionarios y empleados deben: (a) estar protegidos por la ley frente a la responsabilidad penal y civil por violación de alguna restricción sobre la revelación de información impuesta mediante contrato o mediante alguna disposición legislativa, normativa o administrativa, si éstos reportan sus sospechas de buena fe a la UIF, aun cuando no conocieren precisamente cuál era la actividad criminal subyacente, e independientemente de si la actividad ilegal realmente ocurrió o no; y (b) tener prohibido por ley revelar ("tipping-off") el hecho de que se está entregando a la UIF un reporte de operación sospechosa (ROS) o información relacionada.

⁸ Ibíd.

⁹ Ibíd. Nota interpretativa de las recomendaciones 22 y 23.

sujetos al secreto profesional o el privilegio profesional legal"¹⁰. En este mismo orden de ideas, algunas directivas regionales, como la directiva Europea en materia de blanqueo de capitales contempla este tipo de excepciones¹¹.

Finalmente, en la metodología que se utiliza para desarrollar las evaluaciones se establece que las APNFDs (entre ellas los abogados) deben cumplir con los requisitos de mantenimiento de registros, de nuevas tecnologías, de delegación a terceros y de Personas Expuestas Políticamente.

III. Regulación nacional

a. Ley 19.913

En nuestro país los abogados no fueron incorporados como sujetos obligados a informar operaciones sospechosas según lo establece el artículo 3 de la Ley 19.913. En la discusión legislativa se planteó una primera discusión referida a la posibilidad de la Unidad de Análisis Financiero de levantar la reserva respecto del secreto profesional del abogado¹². Posteriormente, las principales

¹⁰ Ibíd. Nota interpretativa de la recomendación 23.

^{11 &}quot;La Directiva Europea en su artículo 23.2 permite que los abogados que actúan como defensores penales se encuentren exceptuados de la obligación de reportar a las autoridades "la información que éstos
reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente
o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con
ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente
de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos". Sin embargo,
esta excepción no libera a los abogados de ser condenados por blanqueo de capitales. En efecto, los abogados defensores en causas penales se encuentran exceptuados, únicamente, del deber de compartir con las
autoridades los conocimientos adquiridos durante la defensa penal, pero, no obstante, queda vigente la
posibilidad de que se los condene como autores del tipo penal...". Ob. cit., Nota N° 2.

¹² Historia de la Ley N° 19.913, "Crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos" [en línea]. Disponible en: file:///D:/Users/Downloads/HL19913.pdf [fecha de consulta: 10 de enero 2017]. "La abogada de CONACE, señora Muñoz, señaló que, precisamente, la idea de este proyecto es que se rompa tanto el secreto bancario como el profesional, y los abogados son profesionales que están en riesgo de verse involucrados en este tipo de transacciones. Por lo demás, la solicitud de información deberá ser conocida por la Corte de Apelaciones antes de hacerse exigible, lo que le da cierta protección"... "El profesor señor Hermosilla estimó que el levantamiento del secreto o reserva respecto de las solicitudes de la Unidad de Análisis Financiero es complicado y puede ser inconstitucional, sobre todo en el caso de los abogados. Aquí no se trata de proteger al abogado que simula actuar en esa calidad profesional, pero es coautor; es distinto, allí no hay secreto profesional: si un abogado recibe a una persona y le organiza la estructura para lavar dinero en la sociedad, no actúa como abogado, sino como coautor del delito. El proyecto da por hecho que hay secreto o reserva en los informes, documentos y antecedentes amparados por el secreto profesional de los abogados, y permite que sean entregados, con el visto bueno de un ministro de la Corte de Apelaciones. Esto es legislar contra la realidad"... "El Consejo General del Colegio de Abogados de Chile estimó que debe suprimirse el inciso

discusiones se dieron en torno a la posibilidad de imputar la figura culposa a los abogados. Algunos entendían que sólo se podía imputar este tipo penal a aquellos sujetos respecto de los cuales la propia ley establece determinadas obligaciones (sujetos obligados), por otro lado, los representantes del Ejecutivo señalaban que la conducta de negligencia inexcusable resulta perfectamente aplicable a los abogados¹³.

a. Historia de la Ley 20.818

En la última modificación de la Ley 19.913, mediante una indicación del ejecutivo de fecha 14 de enero de 2009, se propuso agregar un nuevo artículo 3° bis, que señalaba: "Artículo 3° bis. - Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, los abogados, contadores y auditores podrán declarar las operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades, de acuerdo a las instrucciones que para el efecto dicte la unidad de Análisis Financiero" -

La idea que estaba detrás de esta propuesta según los representantes del ejecutivo era "facilitar la posibilidad de informar o reportar sobre actividades sospechosas de lavado de activos o financiamiento del terrorismo, a personas que desarrollaran determinadas profesiones que, por su naturaleza, les permitan estar en situación de conocer la perpetración de actividades delictivas".

segundo de la letra d), porque obligar a un abogado a romper el sigilo profesional, abriendo sus archivos, constituiría un acto de extrema gravedad, que socava y destruye la relación de confianza y credibilidad que debe existir entre abogado y cliente, y que constituye la base del derecho a defensa constitucionalmente consagrado en nuestra Carta Fundamental. El secreto profesional se encuentra amparado en el inciso segundo del artículo 19, N° 3, de la Constitución Política, al señalar que, requerida la intervención del letrado, ésta no podrá ser restringida o perturbada. Esta norma se relaciona con el artículo 19, N° 26, el cual dispone que los preceptos legales que regulen o complementen las garantías no podrán afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio".

¹³ Ibíd. "Por otra parte, descartó que la incorporación del delito culposo haya obedecido a la conveniencia de evitar dificultades de prueba. Podrá discutirse si se le rebaja la pena en un grado o en más grados, será discutible, pero no es un invento del Ejecutivo: está en el reglamento modelo de la Comisión Interamericana contra el Abuso de la Droga, CICAD, y en otras legislaciones, como el derecho español, de modo que la calificación de novedad le parece extraña, porque también es la tendencia actual. Es evidente que no se culpará de negligencia inexcusable a cualquier individuo, pero hay personas que, por la función que desempeñan tienen un deber de cuidado específico, mayor que el resto: así los abogados, que no nos podemos tapar la vista, así también los bancos y entidades financieras. La finura del análisis que hará el juez consistirá en determinar a qué personas les será exigible percatarse que esos bienes tienen un origen ilícito y en consecuencia arriesgarse a realizar una conducta de esta naturaleza".

¹⁴ Historia de la Ley N° 20.818, "Perfecciona los mecanismos de prevención, detección, control, investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos" [en línea]. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/lista-de-resultado-de-busqueda/20818/ [fecha de consulta: 10 de enero 2017].

En el proceso de la discusión parlamentaria, algunos diputados plantearon dudas respecto de la propuesta ya que podría colisionar con el secreto profesional. Otros, entendían justamente lo contrario, que se debía excepcionar el secreto profesional en estos casos ya que no era extraño que los clientes confesaran para que se les defendiera. Asimismo, surgió la discusión en torno a diferenciar a los abogados consultados para efectos de una defensa penal y a otros que trabajan en determinadas empresas, entendiendo que los primeros no podían ser obligados a informar. Posteriormente, recogiendo las observaciones y comentarios formulados, el ejecutivo propuso agregar a este artículo 3 bis la frase "salvo aquéllas amparadas por el secreto profesional". En otras palabras se pretendía que el abogado tuviese que diferenciar las operaciones, siendo solamente obligatorio respecto de las cuales considerase que no se vulneraba los deberes de confidencialidad¹⁵. Finalmente, se consideró que la incorporación de esta norma resultaba innecesaria, ya que era facultativo para los abogados informar y podría permitir eximir de responsabilidad a los abogados que efectuaren un uso malicioso de la misma¹⁶. En definitiva, actualmente si un abogado quisiera reportar una operación sospechosa respecto de uno de sus clientes con el objeto de no verse involucrado en el futuro en una investigación de lavado de dinero, no puede hacerlo ya que no tiene la calidad de sujeto obligado, sólo ellos, a través de un sistema informatizado pueden reportar operaciones sospechosas a la Unidad de Análisis Financiero.

c. Recomendaciones del Colegio de Abogados

El Consejo General del Colegio de Abogados de Chile decidió "elaborar recomendaciones de buenas prácticas sobre lavado de dinero, adaptándola a la norma-

¹⁵ Respecto de los deberes de confidencialidad, en la nueva regulación del código de ética, véase: BASCUÑÁN Antonio. Deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado *TheAttorney'sDuty of Confidentiality and theAttorneyClientPrivilege*, REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 15 – Año 2011 [en línea]. Disponible en: http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej15/BASCU%C3%91AN%20_12_.pdf [fecha de

http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej15/BASCU%C3%91AN%20_12_.pdf [fecha de consulta: 10 de enero 2017]. Propuesta de nueva regulación ética del colegio de abogados relativa al deber de confidencialidad y secreto profesional, Colegio de Abogados de Chile A.G. [en línea]. Disponible en:

file:///D:/Users/macontreras/Downloads/Nueva_Regulacion_Deberes_de_Confidencialidad_y_Secreto_Profesional%20(2).pdf [fecha de consulta: 10 de enero 2017].

¹⁶ Ibíd. "en cuanto a la propuesta de un artículo 3° bis, luego de un arduo debate, primó, por mayoría de votos, la idea de que tal disposición resultaba innecesaria, en primer lugar, porque el inciso primero dejaba al arbitrio de abogados, contadores y auditores proporcionar o no la información, para concretar lo cual no resultaba necesaria una ley; y, en segundo lugar, porque se permitía eximir de responsabilidad al profesional que hiciera un uso malicioso de su oficio, como se desprendía de la mención de los artículos 231 y 247 del Código Penal a que se hacía referencia".

tiva y realidad local de manera que puedan servir de herramienta para prevenir el involucramiento no deseado de abogados en esquemas u operaciones que pudieren infringir la ley¹⁷".

Las recomendaciones que planteaba el colegio tienen por objeto ofrecer "a los abogados herramientas para detectar las situaciones de mayor riesgo frente a operaciones de lavado de dinero y tráfico, valorar adecuadamente dicho riesgo en las circunstancias de cada caso y actuar de manera eficaz para tomar los debidos resguardos que las circunstancias aconsejen" Por otro lado, el Colegio de Abogados recalca de forma expresa que estas recomendaciones son sólo eso y no pueden ser consideradas por los distintos operadores jurídicos como un estándar de cuidado mínimo, señalando: "Estas recomendaciones no son, no pretenden ser ni pueden ser interpretadas como una regla que fije el estándar de cuidado que regule la relación de los abogados con sus clientes, relaciones que variarán sustancialmente dependiendo de la diversidad de prácticas y circunstancias que enfrentan los estudios de abogados y los abogados a lo largo de Chile. Por el contrario, pretenden servir como una herramienta que los abogados pueden considerar utilizar voluntariamente como una pauta a efectos de evaluar su intervención profesional en el caso o asesoría profesional que se les presenta".

En términos generales, las recomendaciones pueden ser divididas o estructuradas en aquellas que sirven para identificar las asesorías o actividades que quedan cubiertas. En este punto se sigue la regulación internacional, revisada anteriormente, particularmente, se analiza de forma detallada la recomendación internacional número 22. Posteriormente, resulta novedosa la incorporación de factores o criterios para analizar los riesgos (del cliente¹⁹ / de la

^{17 &}quot;Recomendaciones de Buenas Prácticas del Colegio de Abogados de Chile a sus Asociados en la Detección y Combate al Lavado de Dinero y Tráfico de Estupefacientes", Colegio de Abogados de Chile, AG. [en línea]. Disponible en: http://www.abogados.cl/admin/fckeditor/libreria/file/pdf%20noticias/Recomendaciones%20de%20Buenas%20 Practicas%20vf%207%20de%20mayo%202014.pdf [fecha de consulta: 10 de enero 2017].

¹⁸ Ibíd.

¹⁹ Ibíd. "Riesgo del Cliente: En las siguientes circunstancias, el abogado podrá estar frente a un cliente potencialmente riesgoso: a) Clientes que corresponden a personas con altas funciones políticas o de similar naturaleza en países extranjeros; b) Clientes que conduzcan la relación profesional de manera inusual o requieran servicios no convencionales o en circunstancias poco comunes; c) Situaciones en las que la estructura o naturaleza del cliente haga difícil identificar oportunamente al verdadero beneficiario o controlador final, como, por ejemplo, el uso aparentemente innecesario de estructuras legales complejas o cadenas de sociedades; d) Clientes que utilicen intensamente dinero efectivo; e) Organizaciones de beneficencia y sin fines de lucro, sin historia conocida ni sujetas a fiscalización; f) Intermediarios financieros que no están sujetos a regulaciones de lavado de dinero; g) Clientes con antecedentes penales por delitos de los cuales hayan podido obtener dinero; h) Clientes sin domicilio o con múltiples domicilios sin razón que

asesoría²⁰ /de procedencia²¹) involucrados en la asesoría, que permitirán que el abogado concluya si la asesoría representa un riesgo bajo, medio o alto. En último lugar, las recomendaciones proponen diversas formas de examen del potencial cliente y sus operaciones, dejando en claro que no quieren colocar al abogado en situación adversarial con el cliente.

En nuestra opinión, la regulación generada por el Colegio de Abogados resulta muy positiva ya que entrega determinados elementos concretos que pueden tomar en consideración los abogados para medir el eventual riesgo de lavado de dinero de una asesoría. Estas recomendaciones van absolutamente en la línea de las nuevas recomendaciones internacionales, en las cuales, resulta como un factor determinante el poder identificar y conocer estos riesgos. Ahora bien, existen algunos puntos que consideramos pudiesen reforzarse o aclararse, como por ejemplo, en el título se asocia estas recomendaciones para "la detección y combate al lavado de dinero y tráfico de estupefacientes". La nomenclatura utilizada no nos parece la más apropiada ya que genera la idea (equivocada en nuestra opinión, aunque al parecer sigue en el imaginario colectivo) que las operaciones de lavado de dinero riesgosas son principalmente las vinculadas con actividades de tráfico de drogas. Evidentemente, el delito de lavado de dinero nace vinculado al fenómeno del tráfico de drogas

lo justifique; i) Clientes que injustificadamente cambien sus instrucciones; j) Clientes que utilicen personas jurídicas sin aparente justificación legal, tributaria, comercial o económica".

²⁰ Ibíd. "Riesgo de la asesoría específica: En las siguientes circunstancias, podría tratarse de una asesoría o servicio potencialmente riesgoso: a) Servicios que obligan al abogado, actuando como intermediario financiero, a intervenir en la recepción y transferencia de fondos a través de cuentas bancarias ("tocando el dinero"); b) Servicios destinados a ocultar indebida o injustificadamente al beneficiario o dueño final de las autoridades competentes; c) Servicios que obligan al abogado a actuar fuera de su área de experiencia; d) Servicios destinados a transferir un inmueble repetida o rápidamente sin justificación legal, tributaria, comercial o económica; e) Servicios que impliquen pagos en efectivo de grandes cantidades o por servicios que no son frecuentemente pagados de esa forma; f) Servicios en transacciones en que las prestaciones de las partes son manifiestamente desequilibradas o carentes de equivalencia; g) Servicios que impliquen la administración de herencias de personas con antecedentes penales por delitos de los cuales hayan podido obtener dinero; h) Servicios que sean remunerados por el cliente con honorarios extraordinariamente altos; i) Servicios en transacciones que importen valores que manifiestamente no coincidan con el patrimonio o perfil del cliente; j) Servicios en transacciones en que participen entidades cuyos beneficiarios finales sean difíciles de identificar; y k) Servicios en que deliberada e injustificadamente se oculta la identidad de una de las partes involucradas".

²¹ Ibíd. "Riesgo de procedencia: En algunas circunstancias, el país o lugar de procedencia del cliente o los dineros o demás bienes involucrados constituirá un factor que podrá hacer aumentar o disminuir el riesgo que haga necesario estar alerta de la existencia de conductas de lavado de dinero. Aumentará el riesgo con aquéllos que procedan de países con altos niveles de corrupción o actividad criminal o cuyos Estados no persigan adecuadamente el lavado de activos. Por el contrario, la procedencia de las personas o bienes disminuirá el riesgo cuando provengan de Estados que persiguen eficazmente la actividad criminal y el lavado de dinero".

(Convención de Viena)²², pero actualmente se encuentra relacionado no sólo con este fenómeno, sino con el Crimen Organizado²³ y la Corrupción²⁴. Por otra parte, no deja de llamar la atención la declaración que se realiza respecto a que en ningún caso puede considerarse estas recomendaciones como un estándar de cuidado. Al respecto si uno analiza algunos fallos en materia de lavado de dinero referidos a la conducta culposa (artículo 27 inciso 4) se puede advertir que los jueces han señalado expresamente que son los jueces del fondo quienes deberán dar contenido al grado de diligencia esperado, caso en el cual parece poco probable que no se utilicen estas recomendaciones para

- 22 Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 1988 [en línea]. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf [fecha de consulta: 10 de enero 2017]. "La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos".
- 23 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos [en línea]. Disponible en: http://www.cinu.mx/minisitio/Trafico_migrantes/Conv_Delincuencia_Org.pdf [fecha de consulta: 10 de enero 2017]. "Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito 1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito; b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito; ...".
- 24 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, [en línea]. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf [fecha de consulta: 10 de enero 2017]. "Artículo 14. Medidas para prevenir el blanqueo de dinero 1. Cada Estado Parte: a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas; ...".

dicho efecto²⁵. Por otro lado, parece que cualquier abogado que ha seguido al pie de la letra las recomendaciones, y que por tanto que ha cumplido con los estándares de cuidado establecidos, las utilizará como medio de defensa señalando que ha cumplido con los estándares de cuidado establecidos.

IV. Análisis de casos relevantes

En este apartado analizaremos tres casos que han sido enjuiciados en nuestro ordenamiento jurídico en los cuales se ha condenado a diferentes abogados por el delito de lavado de dinero. Resulta interesante que el primero de los casos se haya producido en un juicio oral, el segundo de ellos en un procedimiento abreviado y el último es un fallo de primera instancia del sistema procesal antiguo. En términos generales, la pregunta inicial que cabe formularse es si los abogados están solamente ejerciendo su profesión o están coludidos con los autores de los delitos base de lavado de dinero. En el caso que el abogado esté coludido o sea parte de la organización criminal, queda claro que bien poco importará su profesión u oficio para efectos de análisis. Por otro lado, si está asesorando a estos sujetos u organización criminal, se abre una serie de distinciones que será necesario realizar. Particularmente, la primera de ellas es si actúa dentro de su rol como abogado defensor o si está prestando otro tipo de asesoría. Como veíamos anteriormente, las recomendaciones generalmente apuntan a determinado tipo de actividades en las cuales el abogado ayuda al ocultamiento o disimulación de bienes de origen ilícito. En el caso de la defensa penal, puede plantearse la duda si el abogado que tiene conocimiento del origen ilícito de los bienes con los cuales le están pagando, tiene derecho a recibir dichos honorarios. La mayoría de los autores que se refieren a las conductas de los abogados en este ámbito terminan privilegiando la defensa penal por sobre una posible imputación por lavado, para ello utilizan diferentes soluciones dadas por la doctrina²⁶ y la jurisprudencia,

²⁵ Sentencia del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 30 de abril de 2009, RUC N° 0600867745-8, RIT N° 27-2009, considerando vigésimo: "En efecto, el legislador creó un tipo especial de lavado dinero culposo, imponiendo un deber de cuidado general con el objeto de impedir que los ciudadanos o las estructuras económicas formales sean utilizados para, disimular dineros ilícitos, señalando como conducta culposa punible, la negligencia inexcusable.

En ese sentido, el legislador como es común en los tipos culposos, no fija parámetros para dar contenido al grado de diligencia y cuidado exigido por la norma, cuestión que necesariamente debe ser llenado entonces por los jueces del fondo".

²⁶ Un análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva, véase: SANCHÉZ VERA Javier. Blanqueo de capitales y abogacía, un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva, en InDret, Revista para el análisis del derecho [en línea]. Disponible en: www.indret.com, Barcelona, Enero de 2008 [fecha de consulta: 10 de enero 2017]. Una postura contraria, véase: LOAYZA VEGA, César, "Consideraciones sobre

siendo las principales la solución del tipo objetivo (reducción teleológica en base a la constitución), la del tipo subjetivo (ya que será muy complejo acreditar que los abogados tenían conocimiento del origen ilícito de los fondos) y la de la justificación (el ejercicio legítimo de un derecho)²⁷. En algunas legislaciones, expresamente queda fuera del tipo de operaciones imputables, las transacciones que tengan por objeto preservar la garantía del derecho a la defensa²⁸. Otros autores incluso plantean como inconstitucional el cautelar en el marco de una investigación por lavado de dinero todos los bienes del imputado, sin dejarlo que pueda conseguir la defensa penal de su confianza²⁹.

- el ejercicio de la profesión de abogacía como conducta típica del delito de lavado de activos. A propósito del tratamiento de las conductas neutrales" [en línea]: "El instituto de las «conductas neutrales» resulta incompatible con nuestro Derecho penal, por la indiferencia que tiene respecto de la dañosidad de determinadas conductas realizadas en virtud a conocimientos especiales. Asimismo, en el ámbito de la causación de resultados injustos dentro de la actuación profesional, conforme se ha analizado ut supra, resulta innecesario recurrir a dicha institución dogmática, puesto que la atipicidad en los casos relativos al delito de lavado de activos, se fundamenta en la actuación legítima del profesional, esto es, dentro del «riesgo permitido» (de acuerdo a una interpretación desde los bienes jurídicos involucrados)". Disponible en: http://defaecehauris.blogspot.cl/2015/01/consideraciones-sobre-el-ejercicio-de. html [fecha de consulta: 10 de enero 2017].
- 27 Para un panorama general (solución objetiva del tipo, solución del dolo, solución de la justificación) respecto de los intentos de restricción del tipo penal de lavado, véase: AMBOS, Kai, La aceptación por el abogado defensor de honorarios "maculados": ¿Lavado de dinero? [en línea]. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/ files/articulos/a_20080521_13.pdf [fecha de consulta: 10 de enero 2017]. BLANCO CORDERO, Isidoro. Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales. La situación Alemana tras la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004), [en línea]. Disponible en: http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/8856 [fecha de consulta: 10 de enero 2017]. RAGUES I VALLES, Ramón, Lavado de activos y negocio standard, nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Klaus Roxin, Córdova, lerner-la lectura, 2001. Resultan interesante las críticas que se plantea respecto de dar un solución subjetiva, señalando: "que no puede proteger adecuadamente a la defensa letrada contra los actos de investigación tales como registros o vigilancia e las comunicaciones. Y ello porque la sospecha de que un abogado conoce el origen ilícito del dinero, puede ser fácilmente establecida".
- 28 18 U.S. Code § 1957 Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity, [en línea]. Disponible en: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1957 [fecha de consulta: 10 de enero 2017]: "the term "monetary transaction" means the deposit, withdrawal, transfer, or exchange, in or affecting interstate or foreign commerce, of funds or a monetary instrument (as defined in section 1956(c)(5) of this title) by, through, or to a financial institution (as defined in section 1956 of this title), including any transaction that would be a financial transaction under section 1956(c)(4)(B) of this title, but such term does not include any transaction necessary to preserve a person's right to representation as guaranteed by the sixth amendment to the Constitution".
- 29 ANEIROS, Jaime. ¿Puede constituir un blanqueo de capitales el cobro de honorarios profesionales del abogado? Jaime Aneiros Pereira [en línea]. Disponible en: http://blanqueo.icaib.org/wp-content/uploads/2015/02/Puede-constituir-un-blanqueo-de-

Del mismo modo, desde el primer momento resulta relevante aclarar que en ninguno de los casos se condena a los abogados por ejercer su rol de defensa penal, sino más bien por realizar acciones de ocultamiento o disimulación de los bienes de origen ilícito. No obstante lo anterior, en dos de los casos las argumentaciones de la defensa estuvieron en la lógica que no podían ser condenados por lavado de dinero ya que recibieron esos dineros como pago de los honorarios por defensa penal.

Caso Fiscalía Regional Metropolitana Sur

Este fallo se produce en el marco de una investigación penal por los delitos de tráfico de drogas, asociación ilícita para traficar, lavado de dinero y diversos delitos de la Ley de Control de Armas.

En términos simples, dentro de la organización criminal dedicada al tráfico de drogas se logra establecer la participación de un abogado. Según lo establece el fallo, este profesional actuaba como testaferro³⁰ de uno de los líderes

capitales-el-cobro-de-honorarios-profesionales-del-abogado.pdf [fecha de consulta: 10 de enero 2017]: "El establecimiento de una medida cautelar que no permita el pago de los honorarios del abogado puede resultar desproporcionada y contraria a la adecuada protección del procesado o imputado y con el respeto de sus derechos constitucionales. La presunción de inocencia no sólo es un derecho relativo a la carga de la prueba una regla de juicio sino que también es una regla que impone un tratamiento como inocente mientras no sea declarado culpable de modo que sus derechos fundamentales únicamente admiten restricciones cuando el fin sea constitucionalmente legítimo y en todo caso con criterios estrictos de proporcionalidad. La medida cautelar debe ser compatible con el derecho de defensa. El derecho de defensa es garantía esencial del proceso justo y es deber de los Tribunales (art. 24 CE y 5 LOPJ) asegurar todas las garantías necesarias para la defensa. Si el Juez no arbitra medidas para que la satisfacción de los honorarios del Letrado sea posible, no se habrá garantizado adecuadamente el derecho fundamental de todo inculpado a ser asistido por un defensor de su elección (art. 6.3. c) CEDH, art. 24 CE, 545 LOPJ) y se habrían impuesto condiciones muy restrictivas para favorecer el ejercicio de esos derechos que no pueden obtener respaldo constitucional. El derecho a la libre elección de Abogado es el derecho de designar un Abogado de confianza y a su cargo, y el bloqueo de toda posibilidad de sufragar los honorarios del Letrado, convirtiendo al justiciable solvente en pobre por virtud de la medida cautelar, supone un sacrificio desproporcionado del derecho".

30 Sentencia del Sexto Tribunal Oral en lo Penal, 11 de diciembre del 2010, RUC N° 0700500869-1, RIT N° 236-2010, considerando sexagésimo sexto: "Que, conforme los razonamientos anteriores y en virtud de la prueba de cargo, coherente y lógica aportada por ente persecutor ha sido posible concluir que las acciones imputadas y acreditadas respecto del acusado Ariel Marín resultan subsumibles en el tipo penal del artículo 27 letra a) de la ley 19.913 toda vez que la adquisición de los vehículos mencionados ha tenido por objeto ocultar y disimular el verdadero origen de los dineros de Alejandro Cavieres, para lo cual el acusado Marín Cáceres prestó su nombre y su identidad, haciéndose pasar frente al sistema legal, tributario y financiero como el real propietario de las especies mencionadas. En cuanto al uso del vehículo Traiblazer patente xxx, su acción resulta subsumible en el tipo del artículo 27 letra b) del mismo cuerpo legal".

de la organización, inscribiendo vehículos³¹ a su nombre, permitiendo que determinados bienes de origen ilícito se incorporaran al flujo económico. Por esta conducta el Tribunal Oral en lo Penal lo condenó a la pena de cinco años y un día (también se lo condenó como miembro de la asociación ilícita).

Esta tipología de lavado de dinero consiste en inscribir bienes a nombre de terceras personas, que actúan como prestanombres de los verdaderos dueños. De esta forma, se logra desvincularlos de sus verdaderos dueños y de su origen ilícito, permitiéndoles a sus propietarios utilizarlos y aprovecharlos sin temor a que sean imputados, pues justamente se encuentran inscritos a nombre de terceros. Como tipología de lavado de dinero ha sido reconocida en las siguientes sentencias definitivas condenatorias por el delito de lavado de dinero: Fallo de fecha 23 de octubre de 2007 del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, RUC N° 0300139452-4; Fallo de fecha 12 de octubre de 2007 del 2º Juzgado de Garantía de Santiago, RUC Nº 0700177992-8; Fallo de fecha 19 de marzo de 2009 y 11 de marzo de 2010, del Juzgado de Garantía de San Bernardo, RUC N° 0800165077-8; Fallo de fecha 19 de octubre de 2009, del Juzgado de Garantía de Talcahuano, RUC Nº 0800331065-6; Fallos de fecha 2 de diciembre de 2009, 22 de enero de 2010, 15 de abril de 2010 y 2 de julio de 2010, del 10º Juzgado de Garantía de Santiago, RUC Nº 0900048976-7; Fallo de fecha 11 de diciembre de 2010 del 6º TOP de Santiago, RUC Nº 0700500869-1; Fallo de fecha 5 de enero de 2011, del Juzgado de Garantía de San Bernardo, RUC Nº 0900493160-K; Fallo de fecha 22 de enero de 2011 del Juzgado de Garantía de Los Andes, RUC Nº 0600515420-9, y fallo de fecha 12 de marzo de 2011 del TOP de Concepción, RUC N° 0700350845-K.

³¹ Ibíd., considerando sexagésimo: "Que, respecto de HERNANDO ARIEL MARIN CACERES el análisis debe ser hecho desde otro enfoque, pues su caso la conducta que se le imputa, tiene por objeto colaborar con el cometido de Alejandro Cavieres Alarcón en orden a encubrir el origen de sus recursos económicos, actuando como su testaferro. Mediante la declaración del Subinspector Rodolfo Castañeda se introdujo el antecedente de que el abogado Ariel Marín, dado el estrecho vínculo que lo unía con Alejandro Cavieres, adquirió una serie de vehículos de alto valor inscribiéndolos a su nombre, en circunstancias que en realidad eran de propiedad de éste último. Se trata de los siguientes vehículos: a) Chrysler, Modelo 300C LX 2.7, automático, color gris acero plata, año 2007, Placa Patente Única xxx, adquirido con fecha 31 de octubre del año 2006. b) Chrysler, Modelo Crossfire Coupe 3.2 automático, color blanco, año 2005, Placa Patente Única xxx, adquirido con fecha 24 de julio del año 2007. c) Chrysler, modelo PT Cruiser Convertible, 2.4 automático, color rojo cobre, año 2007, Placa Patente Única xxx, adquirido con fecha 31 de mayo del año 2007. Sólo estos tres vehículos alcanzan un valor de \$44.460.000 según se desprende de las facturas de compra en el caso de Chrysler 300C y del Chrysler PT Cruiser convertible (documentos 170 y 213) y del contrato de compraventa a un particular en el caso del Chrysler Crossfire (documento 208). Asimismo se acreditó mediante a documental pertinente que todos estaban inscritos a nombre de Hernando Ariel Marín Cáceres".

Desde nuestra perspectiva, uno de los elementos más interesantes del fallo es como el Tribunal Oral a través de prueba indiciaria logra arribar a la conclusión que los vehículos no son de propiedad del abogado, sino del líder de la organización. Para ello, toma en especial consideración determinadas llamadas telefónicas en las cuales queda en evidencia quien era el real dueño de los vehículos. Asimismo, tomó en consideración las anotaciones efectuadas en la chequera del líder de la organización, en las cuales se detallaban gastos de los vehículos. Por otro lado, consideró determinadas filmaciones en donde se veía quien utilizaba el vehículo en calidad de dueño³². Finalmente, se consideró la situación económica del abogado que no le permitía

Respecto del Crossfire blanco, se pudo constatar a partir de la revisión de las chequeras incautadas a Alejandro Cavieres que el Nº235 y 274 dicen: FORUM Chrysler blanco; en la pista 7022 Cavieres le ordena a Marín que le lleve de inmediato el auto, agregando el testigo Castañeda que se trataba del Crossfire blanco al que Cavieres le incorporó unos equipos de música; en la pista 4264 y 8071 Cavieres le pide cuenta sobre el auto blanco; en la pista 4548 la polola de Marín dice expresamente el "Crossfire blanco del Cavieres"; pista 1582: Marín dice que Cavieres le va a prestar el auto blanco; pista 3345 Cavieres Alarcón dice que va a pagar el permiso de circulación del Crossfire; la pista 3747 también da luces al respecto; 1597, 1676: Marin requiere la llaves del auto blanco. En este caso, la conducta normal de un sujeto la persona que recibe prestado el auto se lo devuelva a su dueño, sin embargo en este caso si bien el auto blanco está a nombre de Ariel Marín, es él quien debe desplazarse hasta la población La Victoria a retirarlo y esperar que le dejen las llaves; 796: Cavieres dice "el Chrysler es mío". Respecto del PT Cruiser rojo, éste fue visto en las imágenes de calle BL estacionado frente al domicilio de Alejandro Cavieres. Asimismo el cheque 603 de la evidencia material 853 dice: permiso de circulación del PT Cruiser. Asimismo la evidencia material 1015 hallada en el BL 4916 corresponde al talonario de pago de cuotas de Forum que en tapa dice manuscrito: "CRYSLAR ROGO". Las escuchas telefónicas: pista 8876 Morales le pregunta a Ariel qué auto de Cavieres tiene inscrito a su nombre y éste le responde que el PT Cruiser. En cuanto al uso de la Chevrolet Traiblazer de propiedad de Alejandro Cavieres, se estableció con la exhibición de las imágenes de video tomadas frente a la Fiscalía Sur, en las que se le ve llegar y retirarse en dicho móvil, hecho que resulta subsumible en el tipo penal del artículo 27 letra b) de la ley 19.913. En este caso el ánimo de lucro no se materializa en un provecho puramente económico sino en la comodidad y agrado que otorga desplazarse en uno de estos vehículos que podríamos considerar de lujo".

³² Ibíd., considerando sexagésimo: "Estos vehículos fueron relacionados con la figura del Alejandro Cavieres, ya que a partir de las escuchas telefónicas fue posible establecer, al igual que lo ha estimado este Tribunal, que el comportamiento de Ariel Marín respecto de estos automóviles no era el normalmente observado en cualquier dueño de un auto. (ejemplo: escuchas 7909, 8002, 8401, 16203) Respecto del Chrysler 300C color gris plata, fue posible tener por establecido el hecho sostenido por el Ministerio Público, toda vez que en varias llamadas se escucha cómo Alejandro Cavieres se dirige en tono perentorio y demandante en relación a la reparación del vehículo que había sido chocado tiempo antes en un viaje a Cartagena. La llamadas dan cuenta de de una permanente preocupación de Cavieres por el auto, en circunstancias que se supone que el dueño era Marín. (escuchas 1057, 1071 y 1079, 6119 en ésta última se evidencia que Cavieres usa el vehículo) Además de pudo ver a Alejandro Cavieres conduciendo dicho automóvil cuando concurrió a la Fiscalía Sur en compañía de C.T., E.Z. y Ariel Marín, en imágenes proyectadas en el juicio.

justificar la compra de tal cantidad de vehículos y una llamada que sostuvo con otro colega en la cual le recomendaban salirse de este tipo de operaciones referidas a justificar bienes³³.

b. Caso Fiscalía I Región

El otro caso se refiere a una investigación vinculada a delitos de corrupción pública en la cual se logró establecer la participación de un abogado, quien constituyó y utilizó varias empresas para la transferencia de fondos³⁴ y triangulaciones en el sistema bancario³⁵. Por estas conductas fue condenado en un procedimiento abreviado a la pena de quinientos cuarenta y un días. Asimismo, se decretó la pena de comiso respecto de una serie de bienes poco comunes como un yate, acciones y dinero en efectivo³⁶.

- 35 Tipologías similares a esta han sido reconocidas al menos en los fallos de 23 de octubre de 2007, del TOP de Ovalle, RUC N° 0300139452-4 y de 18 de agosto de 2008, del 2º TOP de Santiago, RUC N° 0500683346-4.
- 36 Sentencia del Juzgado de Garantía de Iquique, 27 de abril del 2011, RUC N° 1100174530-3, RIT N° 1751 2011, considerando séptimo: "Que se decreta el Comiso de las siguientes especies: Yate de Bahía de nombre M., Matrícula N° xxx del Puerto de Iquique; Vehículo motorizado marca Toyota, modelo JL Crusier, comprado en la suma de US44.800, actualmente incautado; La suma en efectivo de US 40.000, americanos incautados: La suma de \$1.319.300, en efectivo incautados; La suma de US 216.000, americanos en la cuenta N° xxx, cuyo beneficiario es NR y MC, del Banco JO Morgan Chase N.A., sucursal 350 Main Street, Hungtinton New york 11743. y finalmente 12 acciones del club de yates de esta ciudad por un monto de \$3.999.996. las especies cuyo comiso se ha decretado deberán ser puestas a disposición de la Dirección General de Crédito Prendario para su subasta si tuviesen valor económico; en caso negativo, deberán ser destruidas, facultándose para el efecto al señor Administrador de la Fiscalía local correspondiente".

³³ Ibíd. considerando sexagésimo: "Es más, en las pistas 10.995 y 10.960 se escucha a Ariel Marín y G.F., abogado amigo suyo y que éste aconseja a Ariel Marín que deje los autos, que deje de justificar, que no se meta en eso... Por otra parte, el perito del SII nos ilustra en cuanto a que Marín presenta desórdenes en sus declaraciones de impuestos en el sentido de que ha declarado retenciones del 10 % por sus prestaciones de servicio como abogado, pero que no figuran enteradas y por otro lado no hay registro de que algún tercero las hubiese retenido por él. Pese a ello, registra en el sistema, durante los años tributarios no justificados, gastos por \$210.000.000 en vehículos, un inmueble y un arma de fuego. Al respecto la defensa sostuvo que esta cifra incluía la adquisición de un inmueble respecto del cual no se acompañó prueba alguna de su adquisición por Marín. En ese punto acierta la defensa por lo cual debemos considerar como ingresos de Marín \$170.000.000".

³⁴ Dicha tipología ha sido reconocida en los fallos condenatorios por el delito de lavado de dinero de fecha 23 de octubre de 2007, del TOP de Ovalle, RUC N° 0300139452-4; 21 de octubre de 2008, del 7º Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N° 0700956651-6; 24 de febrero de 2009, del Juzgado de Garantía de Los Andes, RUC N° 0801037616-6; 19 de octubre de 2009, del Juzgado de Garantía de Talcahuano, RUC N° 0800331065-6, entre otras.

Uno de los aspectos más relevantes del fallo es como se lograron acreditar ciertas operaciones para determinadas triangulaciones, que evidentemente fueron consideradas como ajenas a las funciones propias de asesoramiento. De hecho, si revisamos las recomendaciones internacionales, justamente, se refieren a este tipo de operaciones. Lo mismo, que las recomendaciones generadas por el Colegio de Abogados, en las cuales sería considerada una asesoría de alto riesgo.

c. Caso sistema procesal antiguo

Este fallo se produce en el marco de una investigación de lavado de dinero, en la cual uno de sus abogados se coordina con el imputado para ir a retirar a otro país determinado dinero que le debían, teniendo pleno conocimiento que se había designado un administrador provisional de los bienes involucrados en el delito³⁷.

Lo interesante del fallo es que el abogado en cuestión intenta justificar su actuar, como parte de las actuaciones que le exige su deber profesional, como también señalando que él no tenía conocimiento, que según la doctrina serían las justificaciones vinculadas al ejercicio legítimo de un derecho y la referida al tipo subjetivo. Lo interesante es como el Tribunal desvirtúa estas argumentaciones, entendiendo que el sujeto tenía pleno conocimiento y que evidentemente había actuado fuera de su rol³⁸.

³⁷ Sentencia del Trigésimo Cuarto Tribunal del Crimen de Santiago, Ex Segundo Juzgado del Crimen de Santiago, 31 de diciembre del 2015, Rol N° 191.474-2007, considerando sexto: "El acusado, igualmente conocía que el dinero recuperado pertenecía a la sociedad Turismo CB S.A., empresa que a la época de la operación realizada por éste, se encontraba bajo administración provisional, hecho conocido por el imputado, según sus propios dichos y lo informado por el administrador Jorge Mislej Musalem a fojas 19 y 337, por lo que no procedía realizar dicho encargo. No informó de la existencia del dinero a la administración, no entregó el dinero y lo usó para fines ajenos al giro del negocio. Es dable presumir que una vez que se descubrió el ingreso del dinero a Chile, el encausado realizó maniobras cuyo objeto era justificar el destino de éste. Para ello, entre otras cosas, recopiló boletas de honorarios de quienes supuestamente se les pagó con las divisas recuperadas, todas de fechas muy posteriores a la fecha del pago, algunas consecutivas, denotando así un ánimo de ocultar tanto los bienes como su destino. Todo esto ha llevado a la convicción de este Tribunal de la participación del encausado Yianinson Yapur Cortez en su calidad de autor del delito de lavado de activos previsto y sancionado en el artículo 27 letra a) de la Ley N° 19.913".

³⁸ Ibíd., considerando sexto "elementos que tienes por objeto desvirtuar o eximirlo de responsabilidad penal como autor de delito de lavado de activos, en cuanto expresa haber recuperado el dinero como parte de una gestión profesional avalado por un contrato, que estaba convencido de la licitud ya que pudo comprobar la legalidad del dinero traído desde Perú, que luego realizó una rendición de los gastos en que incurrió usando el dinero recuperado, que no informó el ingreso del dinero a Chile por un error

V. Conclusiones

En consideración al análisis desarrollado anteriormente podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- 1. La regulación internacional en materia de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, que busca homogenizar los ordenamientos jurídicos en el ámbito de la prevención y sanción de este tipo de delitos, considera expresamente a los abogados como una de las actividades profesionales no financieras en las cuales existe un riesgo que debe ser mitigado mediante el cumplimiento de las recomendaciones. En todo caso, no todas las actividades de los abogados son consideradas de la misma forma, las recomendaciones se refieren particularmente a un tipo de actividades respecto de las cuales ven que podría existir un riesgo alto. Por otro lado, hay actividades que realizan los abogados, pero no son reguladas por las recomendaciones, por ejemplo, los abogados dedicados a la defensa penal, ya que se considera que una regulación en este ámbito podría afectar el secreto profesional o el derecho de defensa. No obstante todo lo anterior, si existiese algún caso en que un abogado recibe dinero por concepto de honorarios de defensa penal, con conocimiento de su origen ilícito, lo más probable es que en un primer estudio dicha conducta quedaría dentro de las conductas sancionadas por el delito de lavado de dinero (salvo que se haya establecido un criterio de delimitación en el tipo objetivo), aunque en un análisis con mayor profundidad se podría excluir o justificar su conducta, ya sea realizando una reducción teleológica en el tipo objetivo, considerando que no satisface el tipo subjetivo o entendiéndolo como el ejercicio legítimo de un derecho.
- 2. Nuestra regulación nacional, no ha incorporado a los abogados dentro de los sujetos obligados a informar operaciones sospechosas. Esta decisión del legislador, se fundamenta principalmente en no vulnerar el derecho de confidencialidad y defensa. No obstante lo anterior, esto no ha impedido que determinados abogados hayan sido condenados por el delito de lavado de dinero.

conceptual, todo lo cual no será oído por estimarse inverosímil y contradictorio con el mérito del proceso, por cuanto las probanzas han permitido verificar que el encausado, conociendo os detalles de la investigación por lavado de dinero seguida en la causa principal en su calidad de abogado de los procesados de esa causa sabia el origen del dinero, que provenía de la cuenta de Estados Unidos por medio de la cual se pagó el supuesto arbitraje de divisas frustrado a la empresa peruana Global Exchange, tal como muestra la acusación agregada a fojas 578, y los informes policiales allegados al proceso, la cuenta de la que se originó el dinero recuperado por Yapur era parte del ciclo de lavado de dinero proveniente del narcotráfico colombiano, como ya se expresó en el considerando cuarto de este fallo. El imputado no podía menos que saber que el dinero que fue a buscar a Perú provenía de esa cuenta, que al momento de la recuperación estaba por lo menos cuestionada como la cuenta que albergaba los dineros del narcotráfico objeto del ciclo del lavado".

- 3. En la Ley 19.913 se introdujeron normas que pretenden sancionar el ocultamiento de bienes de origen ilícito (artículo 27 letra a), como también normas de aislamiento (artículo 27 letra b) que sancionan a los sujetos que actúan con el generador de las ganancias ilícitas, habiendo tenido conocimiento de su origen. Nuestro tipo penal también introduce una figura culposa en los casos que el sujeto no haya tenido conocimiento del origen ilícito por negligencia inexcusable. Como se advertirá, el problema de los abogados generalmente se presenta con las normas de aislamiento o con la figura culposa. Al respecto se recomienda determinar el riesgo de sus asesorías en base a los elementos que entregan las recomendaciones del Colegio de Abogados, ya que a nuestro modo de ver es un estándar de cuidado mínimo para este tipo de casos (en otros países se suele recomendar que los abogados no cobren sus honorarios en efectivo, que la transacción sea necesariamente dentro del sistema bancario, con el objeto que un sujeto obligado haya debido aplicar los criterios de debida diligencia y conocimiento del cliente, que se incluya en el contrato de prestación de servicios una cláusula por medio de la cual el cliente asegura la licitud del origen de los fondos).
- 4. En Chile, ya hay a lo menos tres casos en los cuales se ha condenado por lavado de dinero a diferentes abogados, ya sea entendiendo que han actuado derechamente como testaferros o fuera de su rol, por ejemplo, generando la planificación financiera para ocultar los bienes o derechamente ocultando bienes de origen ilícito, intentando justificarlos como honorarios de defensa penal. Sin perjuicio de lo anterior, a ninguno de los abogados se lo ha condenado directamente por haber cobrado honorarios de defensa penal. En síntesis, podemos señalar que el cobro de honorarios, no será punible cuando se limite a retribuir los servicios prestados en materia de defensa penal, salvo que se lograse acreditar una utilización de la defensa penal (abogado e imputado coludidos) para desvincular y justificar los fondos de origen ilícito.

EL DELITO DE COLUSIÓN. COMENTARIOS CRÍTICOS (SUSTANTIVOS Y PROCESA-LES) RELACIONADOS CON LA NUEVA FIGURA PENAL

Andrés Salazar Cádiz¹

1. Introducción

El día 30 de agosto de 2016 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, incorporando al D.L. N° 211 una serie de disposiciones, entre las cuales se incluyen reglas penales y procesales penales relacionadas con el delito de colusión.

El nuevo estatuto viene a plasmar, entre otros objetivos², la voluntad gubernamental de reincorporar una regulación penal especial para las conductas que restringen el comercio por la vía de sustituir la competencia que debiese existir entre agentes económicos que participan de un mismo mercado por un acuerdo mutuo de contenido monopólico.

Como sabemos, las noveles reglas encuentran su origen en la indignación colectiva producida por los casos de colusión descubiertos durante los últimos años, entre los cuales se cuentan aquellos acuerdos destinados a afectar el precio de productos transados en el mercado farmacéutico y avícola.

Desde un inicio, la idea de legislar en torno a la imposición de sanciones de cárcel "efectivas" en contra de quienes resultaren responsables de este tipo de conductas pareció obtener un amplio consenso social y parlamentario. La gravedad de los daños causados por un cartel, tanto en contra de la economía en general como aquel que recae sobre el patrimonio de los consumidores, por una parte, junto con la constatación de un enriquecimiento injustificado que beneficia a quienes actúan de consuno para defraudar a quienes participan del mercado afectado, son consideraciones que estuvieron presentes, durante todo el debate legislativo y que aparentemente facilitaron la tramitación del respectivo proyecto.

¹ Abogado, Subdirector de Delitos Económicos y Medioambientales de la Unidad Especializada de Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional.

² Una de las principales reformas en la materia es la creación de un mecanismo legal formal que permite analizar los procedimientos de fusiones, desde la óptica de sus efectos competitivos en el mercado relevante de que se trate.

No obstante, a pesar de haber concitado este inusitado grado de respaldo a nivel político, la delineación de las normas que definirían el ámbito de lo proscrito y de aquellas de corte adjetivo, que permitirían llevar a cabo el enjuiciamiento de los supuestos responsables de un acuerdo colusorio ante los tribunales con competencia en lo criminal, reveló una tensión subyacente: Dicha tensión se encontraba referida a la elección del modelo de derecho anti-carteles que el Estado chileno estaba dispuesto a implementar o, en términos más precisos, qué aspecto sería el que el ordenamiento nacional enfatizaría a la hora de establecer los instrumentos jurídicos que estarían destinados a la detección, persecución y sanción de este tipo de ilícitos.

Como es de público conocimiento, a partir del año 2003, nuestro derecho privilegió un modelo de tipo administrativo-sancionador, en desmedro de una respuesta penal específica en contra de los ilícitos que afectan a la libre competencia.

En este contexto, la incorporación de la norma penal, no sólo implicó (al menos en abstracto) la ampliación del catálogo de males que arriesga quien comete un injusto anticompetitivo, sino que importó una reforma sustantiva a las bases sobre las cuales se estructura el sistema chileno de defensa de la libre competencia, pues, la conminación de privación de la libertad no sólo debe (necesariamente) venir acompañada, en el ámbito procesal, de todo un sistema de garantías individuales bastante más intenso respecto de aquel que rige al sistema de justicia especializado dispuesto por el Decreto Ley N° 211, sino que además, trajo consigo la necesidad de compatibilizar las esferas de competencia que han sido delegadas a cada una de las autoridades habilitadas para intervenir, de una u otra forma, en la represión de estas infracciones.

En las páginas que siguen, se desarrollará un análisis crítico acerca del resultado del proceso legislativo plasmado en las reglas penales y procesales penales contenidas en la Ley N° 20.945, examen que se realizará desde una perspectiva institucional, evaluando las reales posibilidades de aplicación de las sanciones privativas de libertad introducidas por el citado texto normativo. En este orden de ideas, muchas de las cuestiones conceptuales desarrolladas por la dogmática y la jurisprudencia propia del derecho de la libre competencia, y que aparecen como útiles para comprender el alcance del tipo penal de colusión, resultarán impertinentes o no serán abordadas con la detención que se merecen en este trabajo, pues, tal como se ha anticipado, el objetivo de éste es bastante preciso: lo que se pretende explorar es si el nuevo diseño institucional constituye una respuesta funcionalmente consistente con los objetivos que los órganos colegisladores manifestaron perseguir por medio de su establecimiento.

Para estos efectos, resultará necesario describir, aunque sea de manera breve, el escenario jurídico-penal previo al 30 de agosto de 2016, así como los objetivos que el respectivo Proyecto de Ley pretendía alcanzar a través de la incor-

poración de las mencionadas reglas. Paralelamente, desde una perspectiva más sustantiva, resultará útil para nuestros fines la revisión de los argumentos que justifican el recurso a la pena privativa de libertad para la represión de los atentados (más graves) en contra de la libre competencia, aspecto que, a nuestro juicio, no fue abordado con la profundidad requerida durante la tramitación parlamentaria de las modificaciones al D.L. N° 211. Como se verá más adelante, todas estas circunstancias constituirán los insumos básicos para el ejercicio valorativo que se iniciará con posterioridad. Y es que, el contraste entre la voluntad declarada por el legislador y las disposiciones punitivas efectivamente plasmadas en la Ley N° 20.945 demostrarán la existencia de un problema de coherencia normativa, deficit de racionalidad, que influyó de manera decisiva en las fallas que a nivel pragmático evidencia la nueva institucionalidad.

2. Breve descripción del escenario normativo anterior a la reciente reforma del D.L. N° 211 y de los motivos esgrimidos para reincorporar una norma penal destinada a castigar las conductas anticompetitivas

En noviembre del año 2003 entró en vigencia la Ley N° 19.911, que modificó el D.L. N° 211, creando el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. La intención declarada de este proyecto fue la de fortalecer la institucionalidad encargada de garantizar las condiciones necesarias para el desenvolvimiento correcto de los mercados, adecuando el sistema a nuevos requerimientos de "independencia, especialidad, dedicación y dotación de recursos" de los que carecía la antigua Comisión Resolutiva³. En su lugar, el Gobierno de la época decidió someter a discusión parlamentaria la idea de incorporar un nuevo organismo que, dotado de una inusual mezcla de facultades jurisdiccionales y administrativas, entre otras funciones, zanjaría los conflictos provocados por agentes económicos que hubieren desplegado comportamientos anticompetitivos prohibidos por la legislación chilena. Pero, además del cambio descrito, el Ejecutivo de la época decidió promover la eliminación del carácter penal de la colusión, decisión que sería compensada por la vía de aumentar la cuantía de las penas pecuniarias que podrían imponerse en contra de aquellas personas que infringieran la respectiva prohibición⁴. El fundamento esgrimido por el Mensaje Presidencial para justificar tal derogación aducía una supuesta incompatibilidad entre la tipificación ideal de las conductas anticompetiti-

Historia de la Ley N° 19.911 [en línea], p. 5. Disponible en: http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/389/1/HL19911art4.pdf [fecha última consulta: 31 de enero de 2017].

⁴ Ídem, p. 12.

vas con los mandatos derivados del principio de legalidad en materia penal, máxima constitucional que demandaría un grado de precisión mucho mayor de aquel existente hasta la fecha; en otras palabras, de acuerdo con este argumento, una especificación tan detallada como la que exige el mandato de *lex certa*, dada las características propias del fenómeno colusivo, haría improbable la sanción de dichos comportamientos en sede administrativa. La solución propuesta, entonces, fue la de clausurar la vía penal dejando encargada su sanción a las autoridades propias del sistema infraccional.

La postura del Gobierno se impuso sin mayores problemas durante la tramitación parlamentaria del proyecto, prosperando la eliminación del carácter delictivo de las conductas contenidas en el artículo 3° letra a) del mencionado Decreto Ley.

No obstante la clara voluntad legislativa de restringir la persecución de los carteles al ámbito administrativo, el legislador de la Ley N° 19.911 olvidó derogar cualquier otra disposición penal de carácter general que pudiese volver a ser aplicable como consecuencia de la pérdida de vigencia de la norma penal especial contenida en el D.L. N° 211. Esto fue lo que ocurrió con el delito contenido en el artículo 285 del CP chileno, tipo penal que sanciona la alteración fraudulenta de precios, el cual, tal como lo describe la doctrina de los concursos, recobró aptitud para cubrir y sancionar efectivamente ciertas colusiones que afectan a los mercados: como consecuencia de la pérdida de vigencia del delito preferente, la regla desplazada habría recuperado su aplicabilidad (habría "vuelto a la vida - "Wiederausleben")⁵.

Los artículos 285 y 286 del Código Penal chileno son reglas herederas de una profunda tradición europeo-continental de represión penal de los comportamientos colusivos⁶. Si bien el texto de la citada norma (redactado en 1874), no se corresponde con la moderna concepción de los fenómenos anticompetitivos, lo cierto es que éste sería capaz de abarcar, de todas formas, a aquellas colusiones que tienen por objeto la fijación artificial del precio de las cosas. Por el contrario, la referida disposición no posee aptitud para sancionar a los carteles organizados para limitar las cantidades de producción; aquellos que

⁵ Sobre esto véase PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Concurso de Leyes, error y participación el delito*. Madrid, España, Editorial Civitas, 1991, págs. 59 y sgtes; Sobre el efecto de la derogación del carácter penal del artículo 3° del DL N° 211 y su efecto en el artículo 285 del CP, con mayor profundidad véase: HERNÁNDEZ, Héctor. "La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el Derecho chileno". En: *Política Criminal*, Santiago, Chile, Vol. 13, N° 7 (Julio 212), págs. 156-163.

⁶ Al respecto SALAZAR, Andrés. "La alteración de precios como fraude. Comentarios acerca del origen histórico del artículo 285 del Código Penal chileno y su interpretación". En: *Política Criminal*, Santiago, Chile, Vol. 11, N° 22 (Diciembre 2016), págs. 397-410.

tienen por objeto la repartición de cuotas de mercado; ni aquellos que se conciertan para afectar los procesos de licitación⁷.

Este fue el contexto normativo que recibió a los más grandes casos de colusión que hayan sido perseguidos por las instituciones competentes de nuestro país: nos referimos a los carteles que afectaron el mercado farmacéutico y al mercado avícola. Como es de público conocimiento, el primero de los casos nombrados culminó con una condena en sede administrativa⁸ y con decisiones discordantes en sede penal⁹, mientras que el segundo caso culminó con condena en sede administrativa y la aplicación de una decisión de no perseverar en sede penal¹⁰.

Muy en contra de lo previsto por los redactores de la Ley N° 19.911, tanto el descubrimiento de estos acuerdos anticompetitivos como la ausencia de sanción penal respecto de sus responsables, ocasionaron indignación colectiva. Esta indignación fue la que motivó un nuevo programa político de reforma al D.L. N° 211, el cual tendría como norte, entre otras modificaciones, la "reincoporación de la pena de cárcel" para el delito de colusión.

Argumentando en contra de lo sostenido el año 2003, el Mensaje Presidencial esta vez consignó lo siguiente:

"...a más de 10 años de la referida derogación [Ley N° 19.911], es posible constatar la necesidad y legitimidad de volver a criminalizar conductas anticompetitivas, esta vez únicamente limitado a la colusión y, particularmente,

⁷ A favor de esta interpretación, HERNÁNDEZ, Héctor, ob. cit.; SALAZAR, Andrés, ob. cit. En contra: MATUS, Jean Pierre, "Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios". En: *Política Criminal*, Santiago, Chile, Vol. 7, N° 14 (2012), págs. 318-356; El mismo, "De nuevo sobre la falta de punibilidad en Chile de los atentados contra la libre competencia de conformidad con el Art. 285 del Código penal. Algunos aspectos de la discusión con Héctor Hernández en Política Criminal". En: *Política Criminal*, Santiago, Chile, Vol. 7, N° 14 (2013), págs. 314-362; En el mismo sentido, BASCUÑÁN, Antonio, *Estudios sobre la colusión*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, págs. 290 y sgtes.

⁸ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 119/2012 de 31de enero de 2012; Corte Suprema Rol N° 2578-2012, de 7 de septiembre de 2012.

⁹ Sentencia condenatoria del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N° 7483-2009 de 12 de mayo de 2014; Sentencia absolutoria del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 531-2014, de 28 de julio de 2015.

¹⁰ La concurrencia de dos órdenes normativos para la persecución de estas conductas ilícitas ocasionó una serie de tensiones entre el Ministerio Público, la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pues estas últimas instituciones entienden que poseerían una competencia excluyente en la materia. Además de lo anterior, las autoridades administrativas señalaron en su momento que tanto la sanción como el procedimiento penal podrían afectar gravemente a la institución de la delación compensada y a la reserva de los antecedentes de que se dispone en el procedimiento sancionatorio.

a aquellos casos que en el derecho de la competencia se consideran como carteles duros (...) Durante los últimos años, la sociedad chilena ha podido tomar conciencia acerca del inmenso daño que la colusión causa a los mercados y a los agentes económicos que actúan en ellos, en especial los consumidores. En efecto, se trata de conductas que no sólo generan efectos patrimoniales adversos de inmensa magnitud para las víctimas, sino que además defraudan la confianza de los chilenos en la economía de mercado. En ese contexto, no resulta justificable que conductas que tienen una significación económica y disvalor social sustancialmente menores que los carteles duros sean tipificadas como delitos penales, mientras que la colusión no lo sea³¹¹.

Como es de público conocimiento, con posterioridad al descubrimiento de un nuevo cartel que habría afectado el precio de distintos productos provenientes de la industria papelera, diversas autoridades reafirmaron la intención de convertir a la colusión en un ilícito de carácter criminal, merecedor incluso de sanciones privativas de libertad efectivas¹².

Hasta aquí el breve repaso de las circunstancias fácticas, jurídicas y políticas que motivaron la modificación del escenario legislativo que es objeto de estudio. Sólo nos interesa recalcar que la oscilación argumentativa descrita en las líneas anteriores, culminó con la emisión de una serie de alocuciones cuyo contenido expresaba la voluntad inequívoca de considerar a los acuerdos colusivos como conductas fundantes de responsabilidad penal para aquellas personas que hubieren participado en la celebración y ejecución de los mismos.

Antes de proseguir y analizar si, en concreto, las noveles reglas del D.L. N° 211 han alcanzado tal objetivo, creemos necesario repasar rápidamente cuáles son los argumentos que habitualmente se han utilizado (tanto en el derecho nacional como en el comparado) para justificar la punición de

¹¹ *Historia de la Ley N° 20.945*, Mensaje Presidencial [en línea], págs. 7 a 8. Véase también la discusión suscitada en el seno de la Comisión de Economía de la Honorable Cámara de Diputados, en el respectivo Informe, págs. 67-68. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/ [fecha última visita: 31 de enero de 2017].

¹² Así puede confirmarse de una rápida revisión de la prensa de la época, entre las cuales se destacan, con fines meramente ilustrativos, las notas contenidas en las siguientes páginas web: http://radio.uchile.cl/2015/10/29/colusion-del-papel-higienico-enfrenta-posturas-sobre-penas-de-carcel-para-los-infractores/ [fecha última visita: 23 de febrero de 2017]; http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2016/08/15/parlamentarios-esperan-mayores-multas-y-penas-de-carcel-en-nueva-legislacion-por-colusion.shtml [fecha última visita: 23 de febrero de 2017]; http://www.agendaproductividad.cl/2015/11/05/ministro-cespedes-sobre-atentados-a-la-libre-competencia-este-tipo-de-situaciones-deben-ser-sanciona/ [fecha última visita: 23 de febrero de 2017]; http://www.cnnchile.com/noticia/2015/11/02/alejandro-micco-por-colusion-la-ley-ha-funcionado-pero-las-penas-son-muy-pequenas[fecha última visita: 23 de febrero de 2017].

la colusión, y cuáles fueron los que en definitiva primaron en la reciente discusión parlamentaria. A nuestro juicio, la adscripción por parte de nuestros legisladores a un modelo específico de comprensión de la función que poseería la sanción penal en este ámbito, nos ayudará a entender el resultado normativo del que hoy disponemos.

¿Por qué sancionar penalmente la colusión? Una reflexión (significativamente) desatendida durante la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.945

Una cuestión relevante para nuestro examen reside en la justificación de la punición de la colusión. A mí juicio, si se logra claridad respecto del injusto que reside tras la colusión sería posible argumentar de forma más consistente, en torno a lo necesario o innecesario que resulta el recurrir al Derecho Penal como mecanismo de castigo de los responsables de dicha conducta en relación con el principio de ultima ratio.

Históricamente, la punición del monopolio ha encontrado distintas justificaciones. Un marco argumentativo que merece ser rescatado es el construido por los economistas escolásticos. Según éstos, la colusión que alteraba el precio de las cosas lesionaba la justicia conmutativa, esto es, la posición de igualdad que debería regir en las relaciones comerciales entabladas entre los particulares. En dicha medida, estos pensadores sostenían que la colusión constituía una especie de fraude que afectaba a los consumidores que se acercaban al mercado afectado por un acuerdo de fijación de precios.

Más adelante, el monopolio sería relacionado directamente con la competencia. Los economistas clásicos vieron en el monopolio (colusión) el principal riesgo para la competencia, entendida ésta como un factor necesario para la adecuada distribución de la riqueza en la sociedad y como mecanismo idóneo para la fijación de los precios (y con ello de la justa retribución del productor). Para ellos, un contexto competitivo era normal, siendo una anomalía la situación de monopolio, estado de cosas que era fuertemente condenado¹³.

Con el advenimiento de la economía neoclásica, la econometría y luego, con el desarrollo de la teoría de la organización industrial y la teoría de los juegos, a partir de fines del S. XIX, nuestros conocimientos respecto del fenómeno colusivo se han incrementado. Entre otros aparecen como fundamentales los aportes realizados por Antoine Cournot, Alfred Marshall, Joan Robinson,

¹³ SHUMPETER, Joseph, *Historia del Análisis Económico*, Barcelona, Editorial Ariel, 2012, páginas 668 y 669.

Ronald Coase, Jean Tirole, etc.: Gracias a ellos, hoy contamos con un aparato conceptual que nos permite describir de mejor forma tanto los factores que incentivan este tipo de comportamientos como los nocivos efectos que su aparición trae para la economía.

Así, de acuerdo con la economía moderna, el monopolio y la colusión constituyen *fallas de mercado*, pues impiden que dichos mecanismos institucionales operen con normalidad, trayendo consigo graves ineficiencias distributivas, imponiendo barreras de entrada artificiales, segmentación de los mercados, limitación de la producción, entre otras deficiencias que sólo aportan una pérdida social neta.

En resumidas cuentas, la ciencia económica es conteste en señalar que "el monopolista es capaz de fijar el precio de mercado (...) con el objeto de maximizar sus beneficios"¹⁴-¹⁵; el aumento del precio impedirá que algunos consumidores adquieran el producto al cual podrían haber accedido si éste hubiese sido transado en un mercado libre. En términos muy resumidos, el monopolista con miras a incrementar sus ingresos evaluará sus costos (marginales) y según ellos, decidirá la cantidad de bienes que lanzará al mercado, todo lo anterior con miras a obtener el máximo beneficio posible¹6. Una situación como ésta genera una gran cantidad de consecuencias socialmente indeseables: a través de la fijación de precios (por sobre el nivel de equilibrio que se

¹⁴ KRUGMAN, Paul y WELLS, Robin, ob. cit., p. 125.

¹⁵ Una noción extraordinariamente importante para analizar estos contextos es la de "poder de mercado". El poder de mercado es aquella capacidad que posee una determinada firma de elevar el precio de los productos que ofrece, por sobre el nivel competitivo, de manera sostenida en el tiempo. Sobre esto veáse: BAKER, Jonathan y BRESNAHAN, Timothy, "Economic evidence in Antitrust: Defining markets and Measuring Market Power". En: BUCCIROSSI, Paolo (Ed.), Handbook of Antitrust Economics, MIT Press, Londres, 2008, págs. 15 y sgtes.

¹⁶ Un buen ejemplo de este tipo de estrategia puede encontrarse en HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice, 5ª edición, Estados Unidos, Thomson Reuters, págs. 12-14. No obstante, tal y como el mismo autor advierte, esta descripción teórica es insuficiente para explicar lo que sucede en el mundo real, pues "los monopolios de facto, en la generalidad de los casos, no poseen el 100% de su mercado relevante". Por esta razón, el "monopolista" del mundo real se comporta estratégicamente y "al tomar su decisión de fijación de precios o determinar su producción debe tener en cuenta la producción de sus competidores o aún más, podría intentar anticipar la respuesta de competidores de menor tamaño o de potenciales competidores", págs. 17-18. Otro concepto relevante para este tipo de análisis es el de elasticidad de la demanda. En términos muy resumidos esta noción hace referencia a la capacidad de sustituir a un determinado producto. Entre más sustitutos próximos tenga un producto en el mercado, menor será el "poder de mercado" que tendrá un oferente. Uno de los análisis que se realiza para determinar un mercado relevante es el de la "elasticidad cruzada". Por razones obvias no me es posible profundizar en estos conceptos.

daría en un mercado competitivo) algunos consumidores se verán excluidos del mercado al no poder pagar el valor fijado de manera artificial; los bienes llegarán a menos personas dispuestas a pagar por ellos.

A partir de esta perspectiva, y entendida la colusión y el monopolio como meras fallas de mercado, en la literatura jurídica contemporánea se ha impuesto como argumento para sustentar la punición de estas conductas la potencialidad disuasoria de la pena de cárcel¹⁷. En este sentido, la pena privativa de libertad aparecería como un complemento de las multas. El encarcelamiento, a diferencia de las penas pecuniarias, no puede ser, simplemente, absorbido por la compañía responsable del comportamiento anticompetitivo (esto es, no puede ser internalizada como un "costo" de la colusión), sino que debería ser asumida, personalmente, por los directores, administradores, gestores y demás personas naturales que resulten ser culpables de dicha ofensa. En este sentido, la posibilidad de enfrentar una restricción de derechos resultaría mucho más intimidante e inhibitoria que una multa. Por otra parte, la amenaza de una sanción tan fuerte como la que constituye la cárcel ha sido utilizada por la teoría económica como un factor que incentiva la colaboración con la autoridad a través de los programas de clemencia (que en nuestro país se denomina "delación compensada"). Los economistas, basados en la teoría de la elección racional y la teoría de los juegos¹⁸, han entendido que el riesgo de descubrimiento y sanción complementado con un interesante programa de beneficios a cambio de cooperación con las agencias estatales, serían elementos que funcionarían como factores de desestabilización de los carteles. Esto permitiría, entonces, otorgarle a la pena el carácter de incentivo para la delación y consecuencialmente, el tratamiento de una herramienta útil para el descubrimiento de "carteles duros", cuya detección se ha considerado como una labor extremadamente difícil.

Este fue el discurso al que adhirió el legislador de la Ley N° 20.945. De la Historia de la Ley se desprende que la colusión sigue siendo vista como una mera falla de mercado y que la función más importante que debe asumir una legislación antimonopolios debe ser la de establecer las herramientas adecuadas para la detección de un cartel y su consecuente desarticulación¹⁹. En este

¹⁷ Para un análisis desde la teoría económica, véase BECKER, Gary. "Crime and Punishment: An Economic Approach". En: BECKER, Gary y LANDES, William. *Essays in Economics of Crime and Punishment*, Nueva York, Estados Unidos, National Bureau of Economic Research, 1974, págs. 1-54.

¹⁸ Para una revisión de los fundamentos de la teoría de los juegos véase: COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, 3ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2016, págs. 56-61.

¹⁹ En este sentido, véase por ejemplo, la intervención del H. Senador Felipe Harboe en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H.

contexto, la sanción efectiva de los autores del delito pasa a ser una cuestión secundaria. Nótese que la posición teórica por la que optó nuestro Congreso es al mismo tiempo consistente con la visión de la colusión que es propia del Derecho Administrativo. Al tratarse la colusión de una "falla de mercado", la misión más relevante que puede cumplir una agencia administrativa es, en consonancia con las políticas económicas impulsadas por nuestro ordenamiento jurídico, la de reestablecer las condiciones normales que deberían imperar en el mercado afectado por el acuerdo anticompetitivo: pasar de un estado de cosas en donde el mercado falla en su rol de principal distribuidor de bienes y servicios, a uno donde el mercado opera con normalidad, cumpliendo dicho papel.

Ahora bien, ¿es la disuasión el único factor capaz de justificar la incorporación de la pena en este contexto?

La apelación a la disuasión constituye una especie de justificación consecuencialista. En este marco, la pena es utilizada (instrumentalizada) porque ella es funcional para el cumplimiento de ciertos objetivos político-económicos fomentados por Estado (la promoción de la libre competencia). Pero, ¿no existe un injusto propio en la organización de carteles duros que sea compatible con el resto de ilícitos reprobados por el sistema penal?; en otras palabras, ¿puede justificarse deontológicamente la necesidad de pena frente al autor de un ilícito monopólico con independencia del recurso a una explicación centrada en la posible utilidad social de su penalización?

A mí juicio, una justificación de la penalización de la colusión es posible, en términos distintos a los que usualmente son invocados por la ciencia económica, de modo tal de asegurar un grado de consistencia mucho mayor con el discurso propio del Derecho Penal y con sus principios político-criminales²⁰.

Senado de la República [en línea], págs. 119-120. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/ [fecha última visita: 31 de enero de 2017].

²⁰ Hasta donde alcanzo a ver, el esfuerzo más importante en esta línea que ha sido desarrollado en nuestra doctrina nacional es aquel que se encuentra llevando a cabo el profesor Osvaldo Artaza, para quien el injusto penal de la colusión descansaría en la exclusión ilegítima de potenciales adquirentes de bienes y servicios que se verían afectados por la presencia de una conspiración destinada a restringir el comercio, sobre esto: ARTAZA, Osvaldo, "La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación", documento inédito; Para una revisión de la posición de este autor, véase: VV.AA., "Protección de la libre competencia en Chile. Desafíos para el derecho penal y las ciencias económicas", En: Política Criminal, Santiago, Chile, Vol. 11, N° 22 (Diciembre 2016), págs. 794-803, disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22D1.pdf [fecha última visita: 23 de febrero de 2017]; En un sentido similar véase GARCÍA, Percy, Los delitos contra la competencia, Lima, Ara Editores, 2004, p. 42. Con menos profundidad, pareciera decantarse por esta

En primer lugar, hay ciertas cuestiones asociadas con la colusión que podrían ser consideradas como relevantes para fundar un injusto penal como lo son la exclusión ilícita de eventuales partícipes en el mercado relevante de que se trate, o el enriquecimiento injustificado proveniente de las rentas monopólicas obtenidas por el autor del delito. Si bien es cierto, estas consecuencias de la colusión deben ser tenidas en vista por quien pretende indagar esta materia, a mi juicio poseen un rol más bien secundario. En primer lugar, porque la exclusión de participantes puede no darse necesariamente en todos los casos imaginables o porque este factor tiende a reflejarse con mayor claridad en aquellas colusiones que tienen por objeto la fijación de precios supracompetitivos. En segundo lugar, porque las ganancias ilícitas o, su contrapartida, la "expropiación del excedente del consumidor", constituye sólo una fracción de la totalidad de las ilícitas consecuencias que puede traer aparejado dicho comportamiento. Lo que necesitamos, es identificar características comunes a todas las formas en que se presentan las colusiones criminalizadas por el legislador y no sólo a aquellas que tienen por objeto el alza de los precios que afecta al consumidor final. Debemos ser capaces de reconstruir el contenido de injusto que se encuentra detrás de los carteles que afectan el resultado de los procesos de licitación, de aquellos que se presentan con el objeto de repartirse cuotas del mercado y de los que tienen por finalidad reducir las cantidades de producción.

A mi juicio, tal objetivo puede lograrse teniendo a la vista las siguientes premisas: (1) La confianza como elemento performativo de los mercados; (2) La intrínseca normatividad de los mismos; (3) La facticidad propia de la colusión, y (4) La defraudación de expectativas de quienes participan en el mercado.

Como primer punto relevante, debemos notar que la confianza es un factor fundamental para la creación de un mercado. Un mercado puede ser definido como "[un lugar] en los que compradores y vendedores interactúan, intercambian bienes y servicios y determinan precios"²¹. Sin embargo, los mercados se diferencian de las transacciones espontáneas en cuanto éstos constituyen instituciones sociales que se encuentran disponibles de modo permanente para quienes quieran obtener un determinado producto²². Y es esta propiedad (la permanencia) la que se encuentra íntimamente ligada a la

tesis MONSALVE, Sergio, *Derecho Penal de la Competencia*, Introducción a la Parte General, Santiago, Editorial Metropolitana, 2012, págs. 104-105.

²¹ SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William, *Economía*, 18ª edición, Ciudad de México, McGraw Hill, p. 25.

²² SATZ, Debra, Por qué algunas cosas no deberían estar en venta. Los límites morales del mercado. Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2015, p. 32.

confianza que despierta dicho entorno entre los consumidores. Si se pierde la confianza en el mercado (por ejemplo, por medio del comportamiento oportunista de los oferentes), el proceso económico se estanca y se elevan los costos de transacción en la búsqueda de un proveedor digno de confianza²³, lo cual requiere procesar una importante cantidad de información, no siempre disponible para aquellos que desean acceder a un determinado bien²⁴. Por el contrario, un mercado emerge en un contexto gobernado por la confianza, pues se basa en la coordinación de una serie indeterminada de comportamientos mutuamente beneficios entre sujetos anónimos. Tal y como describen Akerlof y Shiller, citando a Keynes, la confianza (o la ausencia de ella) posee un efecto multiplicador en la economía siendo capaz de promover ciclos económicos alcistas o importantes crisis económicas²⁵. Así, si los consumidores perciben que al concurrir al mercado pueden ser víctimas de fraude o engaño, lo más probable es que se replieguen. Sólo la minimización de la percepción de riesgo por parte de los consumidores puede promover el mantenimiento a largo plazo, en condiciones de estabilidad, de relaciones de intercambio en un contexto mercantil²⁶.

En segundo lugar, debe tenerse presente que los mercados son ámbitos fuertemente normativizados, esto es, creados y gobernados por reglas. A diferencia de lo sostenido por autores como Friederich Hayek, los mercados no son órdenes espontáneos, sino que dependen necesaria y estructuralmente de un complejo entramado de reglas (tanto constitutivas como regulativas). Tal como destaca Debra Satz, para que surja una estructura de mercado "deben existir muchos elementos: definición y protección de derechos de propiedad, especificación y control legal de las normas que rigen los contratos y los acuerdos, flujo seguro de la información, mecanismos internos y externos capaces de inducir a las personas a comportarse de manera confiable y limitación de los monopolios" 27. En relación con la materia de estudio, resulta imperioso destacar una especie de "regla de oro" que se encuentra

²³ En relación con el problema de la selección adversa véase: Akerlof, George. "The market for lemmons: quality Uncertainity and the Market Mechanism". En: *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, U.K., Vol. 84, N° 3 (Agosto, 1970), págs. 488-500.

²⁴ Esto es lo que los economistas describen como el problema de la asimetría informativa o brechas informativas, que no pueden ser subsanadas por los ciudadanos para cada una de las decisiones de consumo que deben tomar.

²⁵ AKERLOF, George y SHILLER, Robert. *Animal Spirits. Cómo influye la psicología humana en la economía*, 4ª edición, Barcelona, Editorial Gestión 2000, 2016, págs. 1-42.

²⁶ Al respecto, BECKERT, Jens, "Trust and the Performative Construction of Markets", Discussion Paper, Colonia, Alemania, Max-Planck-Institut für Gesellschatsforschung, 2005, págs. 5-25.

²⁷ SATZ, Debra, ob. cit., p. 32.

implícita en la normatividad constitutiva de los mercados y a la cual no se le ha otorgado la atención ni la relevancia que ella posee: me refiero a la imposibilidad de obtener suficiente poder como para gobernar (de forma unilateral o conjunta) el respectivo mercado relevante. En efecto, una descripción adecuada de un "mercado libre" deberá notar que en él se encuentra necesariamente instalada una paradoja estructural: mientras por un lado el Derecho incentiva a los agentes económicos para que compitan, con todas sus fuerzas, por la obtención del mercado (por la vía de bajar precios, reducir los costos, innovar en sus productos, etc.), el mismo sistema jurídico les niega tal posibilidad, al instaurar la prohibición (absoluta) del monopolio²⁸. Esta regla implícita del sistema de libre mercado es al mismo tiempo una constitutiva del mismo. Dicho de otra manera, el sistema de libre mercado prevé institucionalmente un límite en relación con las posibilidades de crecimiento de los agentes económicos que participan en aquél.

De lo anterior se desprende que la colusión y el monopolio aparecen como fenómenos antitéticos de los mercados, pues contradicen la intrínseca normatividad de éstos. En otras palabras, el monopolio y la colusión importan la negación de la normatividad propia de los mercados: constituyen pura facticidad.

A mi juicio, a través de esta constatación es posible identificar dónde reside el primer aspecto fundamental de la colusión que constituye a este tipo de conductas en un injusto penal: la vigencia de una estructura monopólica implica la imposición de su propia facticidad por sobre las reglas constitutivas del mercado. Dicho de otro modo, el monopolista (o los partícipes de un acuerdo colusorio) imponen su fuerza en el específico mercado relevante que controlan, reemplazando la ley de la oferta y la demanda, y las demás reglas que deberían imperar en condiciones normales, por su propia voluntad.

Estimo que la facticidad impuesta por el monopolio constituye un factor que puede explicar transversalmente la necesidad de penalizar todos los carteles duros, no sólo aquellos que se conforman con el objeto de alterar el precio de los bienes, sino también respecto de aquellos que restringen la producción, distribuyen cuotas de mercado o que afectan el resultado de las licitaciones.

Finalmente, debe advertirse que la colusión implica una especie de abuso de confianza, por la vía del aprovechamiento de las oportunidades de manipulación

²⁸ Al respecto, HENDRY, John. *Ethics and Finance*, U.K., Cambridge University Press, 2013, págs. 159-160.

que generalmente se presentan ante las brechas informativas existentes entre las partes del intercambio mercantil (productor/consumidor – proveedor/adquirente, etc.). Esta característica, a mi juicio, permite rescatar la categorización que desde antiguo realizó el derecho europeo-continental respecto de los comportamientos monopólicos: la colusión importa un fraude.

El acuerdo entre competidores para alterar las condiciones existentes en un determinado mercado importa una especie autónoma de fraude, distinta (pero emparentada) con el engaño y el abuso de confianza. Se trata de un medio fraudulento, pues a través de la actuación de consuno de agentes económicos con poder de mercado (y en general, del aprovechamiento oportunista de las brechas informativas que padecen los consumidores) se logra manipular la realidad, pues quienes concurren a la plaza confían y creen establecer relaciones con su contraparte, bajo condiciones normales regidas exclusivamente por la ley de la oferta y la demanda y el resto de los factores estructurales (externos) pertinentes al respectivo mercado relevante.

En suma, monopolio y colusión constituyen los atentados más graves a la libre competencia y su incriminación se encuentra plenamente justificada, pues, desde una perspectiva sustantiva, dicho fenómeno constituye no sólo un fraude, sino la imposición de la facticidad (fuerza) por sobre la normatividad intrínseca de los mercados, estructura que es plenamente compatible con el resto de las conductas desaprobadas por el sistema jurídico-penal.

La inadvertencia de estas consideraciones, y la mantención de una justificación de la punición que se aviene más con el derecho administrativo sancionador, como se verá más adelante, constituyen factores que, a mi juicio, inciden decisivamente en la disfuncionalidad pragmática que exhiben las reglas aprobadas por el parlamento chileno a la hora de perseguir penalmente la colusión. El contenido de esas reglas y su capacidad de rendimiento es lo que se analizará a continuación.

4. Breve análisis de las reglas penales y procesales-penales incorporadas por la Ley N° 20.945

Como vimos en las páginas anteriores, el proyecto que dio origen a la Ley N° 20.945, desde su inicio, expresó la intención de sancionar penal (y efectivamente) a las personas que formaran parte de una conspiración destinada a restringir el comercio. El presente acápite tiene por objeto evaluar la consistencia del resultado del proceso legislativo, contrastando las normas efectivamente incorporadas a nuestro sistema jurídico con las posibilidades empíricas de concreción de las intenciones declaradas por nuestras autoridades.

4.1. Algunos comentarios sobre el tipo penal contenido en el nuevo artículo 62 del D.L. N° 211

En términos generales, el tipo penal²⁹ cumple con el objetivo de proscribir las conductas más graves que afectan a la libre competencia y que coinciden con aquellas que son identificadas bajo el rótulo de carteles duros ("hard core cartels")³⁰. A través de éste se sancionan los acuerdos entre competidores tendientes a alterar el precio de las cosas, restringir la producción, repartirse cuotas de mercado y afectar el resultado de procesos de licitación.

Por otra parte, debe destacarse que el tipo penal no constituye una mera transcripción del artículo 3º letra a) del D.L. N° 211, sino que constituye respecto de ésta una norma de menor alcance. Ello porque quedan excluidas del castigo penal las denominadas "prácticas concertadas", esto es, aquél fenómeno conocido por los economistas como "colusión tácita" o, en términos más propios de la ciencia jurídica, como "paralelismo consciente" o "interdependencia"

^{29 &}quot;Artículo 62".- El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Asimismo, será castigado con inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, el cargo de director o gerente de empresas del Estado o en las que éste tenga participación, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional".

³⁰ Nótese, además, que no podría acusarse al legislador de infringir el principio de *ultima ratio*, pues, precisamente, se han dejado fuera de la proscripción penal otras conductas anticompetivas (fundamentalmente unilaterales) que no poseen el potencial lesivo de la colusión. Así por ejemplo, no son susceptibles de sanción penal conductas abusivas basadas en el poder de mercado como la imposición de precios predatorios o el denominado estrangulamiento de márgenes. Tampoco caben dentro de la proscripción penal conductas de competencia desleal o de *interlocking* corporativo, recientemente incorporada como infracción por la Ley N° 20.945.

³¹ De acuerdo con el profesor Fernando Araya, "la colusión tácita, también llamada paralelismo consciente o interdependencia oligopolística, constituye una situación natural en un oligopolio, donde las empresas, después de un período de acciones repetidas, podrían tornarse conscientes de esta circunstancia y en ausencia de un acuerdo explícito coordinar su conducta como si se hubiesen comprometido en una conducta colusoria o un cartel para fijar precios y restringir la producción (...) no existe acá cooperación directa, formal, explícita o institucionalizada entre los miembros del oligopolio, como sí existe en los carteles secretos". ARAYA, Fernando, "La existencia de colusión explícita puede acreditarse por evidencia indirecta. Una reflexión sobre "colusión tácita", "acuerdos tácitos" y "prácticas concertadas". En: Revista Chilena de Derecho Privado, Santiago, Chile, N° 24 (Julio 2015), p. 238; EYZAGUIRRE, Cristóbal y GRUNBERG, Jorge, "Colusión Monopólica, paralelismo de conductas y factores añadidos", En: Revista Anales Derecho UC, Santiago, Chile, N° 4 (Agosto 2008), págs. 57-75. A favor de la aplicación de sanciones en contra de este "resultado de mercado"

oligopolística", hipótesis fenomenológica que si bien trae consigo consecuencias similares a la colusión, no expresa un resultado proveniente de decisiones cooperativas entre agentes económicos, sino que puede basarse en la interacción repetida entre empresas que comparten un mismo mercado relevante y no dependen de un acuerdo de voluntades. De esta forma, su ocurrencia y solución queda estrictamente confiada a las agencias administrativas³².

Más allá de lo que se pudiera pensar a primera vista, parece claro que el bien jurídico protegido no es otro que la libre competencia. La ausencia de una referencia explícita a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3º del D.L. N° 211, debería solucionarse rápidamente por la vía de una interpretación sistemática e histórica de la norma en comento.

Un aspecto complejo de la norma es la pena asignada al delito. Ésta no sólo puede ser calificada como intensa si se atiende a su marco abstracto (presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo), sino que además, entre los incisos tercero y cuarto, se establecen una serie de reglas que (1) restringen el espacio de discreción del juez penal para moverse del marco fijado por el legislador, y, (2) incluye una cláusula de cumplimiento efectivo de al menos un año, para quien incurra en estas conductas (clausula "Ley Emilia"). Además, se estableció como pena accesoria una restricción derechos, consistente en la prohibición de ejercer cargos de dirección en cierto tipo de personas jurídicas.

No obstante lo señalado, la rigurosidad abstracta de la conminación penal descrita en los párrafos anteriores se ve fuertemente relativizada por las reglas siguientes, como se verá a continuación.

4.2. El sistema de delación compensada

Con las modificaciones al D.L. N° 211 incorporadas por la Ley N° 20.945, sin duda alguna, se fortalece el sistema de delación compensada, el cual, a

véase: POSNER, Richard, "Oligopoly and the Antitrust Laws: A suggested Approach". En: *Stanford Law Review*, California, USA, Vol. N° 21 (Junio de1969), págs. 1562-1606.

³² Que el paralelismo consciente no constituye una práctica per se ilícita puede verse en la jurisprudencia norteamericana. Así, por ejemplo, véase: Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp, 509 US 209, 227 (1003) y Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Institute, 851 F.2d 478, 484 (1988). En un sentido similar, pero con menor grado de fundamentación, en nuestro país destaca la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 3395-2006, de 28 de diciembre de 2016, a propósito del "caso navieras". Por su parte, el TDLC desestimó las alegaciones interdependencia oligopolística y paralelismo consciente invocadas por las empresas de retail que resultaron condenadas por colusión en el denominado caso de "la guerra de los plasmas", al respecto véase STLDC 63/2008, Rol N° 103-06.

partir de ahora, queda compuesto por el reformado artículo 39 bis en estrecha vinculación con el nuevo artículo 63³³.

Partiendo de la premisa que esta herramienta constituye el único mecanismo eficiente para la detección de los carteles, una de las preocupaciones más presentes durante el proyecto de ley, fue la de compatibilizar el nuevo sistema sancionatorio con la institución de la delación compensada, vigente en el contexto administrativo.

Por una parte, se pretendió garantizar al primer colaborador una inmunidad extensiva a todo orden de sanciones. Se buscaba con esto dar certeza al delator de la obtención y alcance de su beneficio como forma de garantizar un potente incentivo para la colaboración con las autoridades competentes. Por otra parte, la intensa penalidad arriesgada por el resto de los agentes que participaron de la colusión fue considerada por el legislador como una oportunidad para generar un nuevo beneficio, esta vez establecido para el segundo colaborador, el cual, en caso de cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 39 bis, no sólo conseguirá una significativa atenuación de la pena, sino

^{33 &}quot;Artículo 63°.- Estarán exentos de responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 62 aquellas personas que primero hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes de conformidad al artículo 39 bis. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico individualizará a las personas exentas de responsabilidad penal y dicha calidad será así declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Las personas indicadas en el inciso anterior deberán proporcionar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregaron a la Fiscalía Nacional Económica, y deberán prestar declaración en calidad de testigo en la forma dispuesta por el artículo 191 del Código Procesal Penal, declaración que será incorporada al juicio oral de la manera prevista en el artículo 331 del mencionado Código.

Si el testigo legalmente citado no compareciere sin justa causa o se negare a ratificar su declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, y así lo declarare el juez de garantía competente a petición del Ministerio Público, o incurriere en alguna de las conductas previstas en los artículos 206 ó 269 bis del Código Penal, será privado de la exención de responsabilidad penal que establece este artículo. La sanción respectiva se acumulará materialmente a la que corresponda según lo dispuesto en el artículo 62. En contra de la resolución del juez de garantía que privare de la exención de responsabilidad penal procederá el recurso de apelación, que se concederá en ambos efectos.

Se le rebajará en un grado la pena determinada, según lo que dispone el inciso tercero del artículo 62, a aquellas personas que hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes adicionales de conformidad al inciso cuarto del artículo 39 bis. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico individualizará a los beneficiarios de rebaja de la pena y dicha calidad será así declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Respecto de las personas consignadas en el inciso anterior no se aplicará lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 62 cuando comparezcan ante el Ministerio Público y el tribunal competente y ratifiquen su declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, salvo que el requerimiento de esta última involucre únicamente a dos competidores entre sí y que uno de dichos competidores tenga la calidad de acreedor del beneficio de exención de multa declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los términos del artículo 39 bis".

que, además, logrará que no se aplique a su respecto la cláusula "ley Emilia" contenida en el inciso cuarto del artículo 62.

Para garantizar que la colaboración en sede administrativa tuviera algún tipo de efectos en sede penal, durante el trámite parlamentario se estableció la obligación del colaborador de declarar ante las autoridades penales, condición que si no es cumplida puede traer consigo la pérdida del beneficio obtenido en el ámbito contravencional.

Si bien es posible valorar el sistema diseñado por el legislador como un potente incentivo a la colaboración con las autoridades, lo cierto es que el beneficio concedido al delator parece altamente desproporcionado en comparación con aquel que se otorga a los colaboradores en otras áreas del sistema penal, tanto o más sensibles que aquella delincuencia que aqueja al sistema de libre competencia. Así, nótese por ejemplo, que en materia de tráfico de drogas y terrorismo sólo se concede una rebaja de sanción a los delatores, sin que en ningún caso se llegue a la exención total de la pena, como ocurre en el caso de la colusión. Al mismo tiempo, dado el discurso oficial que enfatiza la lucha contra otro tipo de crímenes sancionados por nuestro ordenamiento jurídico, resulta difícil considerar siquiera la posibilidad de aplicar este tipo de incentivos en pos de la detección de delitos contra la propiedad, ilícitos cuyos autores pertenecen, de manera conspicua, a los sectores más vulnerables de la sociedad.

La incorporación de reglas tan beneficiosas para un delito de "cuello blanco" se encuentra sujeta a la objeción referida a una posible infracción al principio de igualdad ante la ley, pues, a partir de un ejercicio comparativo concerniente al uso de herramientas premiales en nuestro sistema jurídico penal, se evidencia una inequitativa distribución de la responsabilidad penal en nuestra sociedad, tratamiento diferenciado que, podría señalarse, carecería de una adecuada fundamentación racional.

4.3. Imposición de un doble requisito de procesabilidad: La sentencia ejecutoriada condenatoria del TDLC y el ejercicio facultativo de la acción penal por parte del Fiscal Nacional Económico

El inciso primero del artículo 64 del D.L. 211 señala, en su actual redacción, lo siguiente:

Artículo 64°.- Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 sólo se podrán iniciar por querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querella. Para estos efectos, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.

Como puede apreciarse a simple vista, la norma en comento contiene un aspecto inédito en nuestro Derecho: A través de ésta se consagra un tipo penal (delito de colusión) cuya aplicabilidad se encuentra condicionada a un doble requisito de procesabilidad. Dicha anomalía será analizada a continuación.

4.3.1. Primer requisito de procesabilidad: La sentencia definitiva condenatoria y ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

La presencia de esta condición de aplicación del tipo penal de colusión surge de una aprensión de las autoridades en materia de libre competencia, que luego fue compartida por los Honorables Senadores, referida a la eventual existencia de procedimientos paralelos, circunstancia que podría ocasionar la emisión de "sentencias contradictorias" por parte de los órganos llamados a conocer del asunto controvertido.

En este sentido, durante la tramitación del Proyecto de Ley, se arguyó que el Estado no podía arriesgarse a que se emitiera una condena en sede administrativa, y que luego los tribunales penales señalasen que la colusión acreditada por los órganos especializados, jamás existió. Por otra parte, se estimó que no considerar al procedimiento administrativo como una especie de instancia prejudicial respecto del inicio del procedimiento penal, podría implicar un riesgo para los investigados en el evento de que la justicia especializada declarase que no existió un cartel, ya que los tribunales penales podrían, perfectamente, juzgar de manera diversa los hechos y condenar a los acusados, en contra de lo zanjado en sede administrativa.

Más allá de que las prevenciones hechas valer por las autoridades de libre competencia no parecerían tener la influencia práctica que éstas temían³⁴, la consecuencia de la adopción de un modelo regulativo como aquel sancionado por el Parlamento, implica un importante desafío a nivel pragmático-investigativo para el Ministerio Público.

En efecto, la exigencia de una condena previa y ejecutoriada en sede administrativa, como condición necesaria para la intervención del órgano constitucionalmente encargado de la investigación de hechos delictivos, implica,

³⁴ En primer lugar, porque en materia de libre competencia la nueva regulación allana el camino para entender a la colusión como un "ilícito per se" en sede administrativa, y que, por otra parte, el mayor estándar exigido al nivel probatorio en sede penal tiene por objetivo el evitar la imposición de una pena privativa de libertad respecto de personas inocentes. La "contradicción" que se podría producir por una absolución en este último ámbito no parecería tener un cariz radicalmente negativo, sino más bien uno esencialmente soportable para nuestro sistema jurídico.

lógicamente, una mayor distancia temporal entre el momento en que han acaecido los hechos que serán materia de indagación y el instante en que el Fiscal del Ministerio Público podrá iniciar las diligencias propias de su labor. Esto es así, porque los fiscales deberán esperar a que la instancia administrativa se encuentre completamente agotada para poder actuar, lo que implica esperar a que la FNE haya agotado su investigación; que el TDLC haya emitido el fallo condenatorio correspondiente, y que la Corte Suprema haya ratificado la sanción administrativa, impuesta por la autoridad respectiva.

De continuarse con los actuales plazos de tramitación (teniendo como ejemplo los casos de las colusiones producidas en la industria farmacéutica y el mercado avícola), ello significará que los fiscales del Ministerio Público sólo podrán intervenir luego de cuatro o cinco años desde ocurridos los hechos, circunstancia que, como comprenderán, dificultará enormemente la recolección de material probatorio idóneo para la acreditación del delito de colusión en el contexto de un procedimiento penal.

El déficit aquí descrito ha pretendido ser compensado en cierta forma por medio del otorgamiento a la Fiscalía Nacional Económica del carácter de querellante institucional "forzoso", quedando bajo su responsabilidad la misión de consignar y conservar documentos, antecedentes, testimonios y, en general, todo el material probatorio que sea necesario, no sólo para acreditar el hecho en sede administrativa, sino además para presentar los antecedentes ante el Juez Penal y demostrar la existencia del acuerdo ilícito, más allá de toda duda razonable.

En este contexto, será necesario para la FNE desarrollar habilidades investigativas que van más allá de las que poseía hasta la fecha, pues en el futuro deberá litigar y sustentar imputaciones en una sede bastante más exigente, actividad cuyo éxito o fracaso dependerá en buena medida del material probatorio que dicha institución haya podido recolectar en el contexto de su propia investigación.

4.3.2. Segundo requisito de procesabilidad: La querella (facultativa) del Fiscal Nacional Económico

Habiendo examinado ya el primero de los requisitos de procesabilidad, corresponde ahora estudiar el segundo de ellos: la querella del Fiscal Nacional Económico.

En este aspecto, el Parlamento decidió replicar el modelo empleado para la persecución de los ilícitos tributarios, el cual ha sido duramente criticado desde diversos puntos de vista, pues inserta en nuestro ordenamiento jurídico una "acción penal previa instancia particular", aun en contra de los fundamentos teóricos que sustentan dicha institución.

Y es que, como sabemos, las acciones penales previa instancia particular constituyen una fractura del principio de oficialidad, según el cual, el Estado posee la obligación de perseguir todos los hechos considerados como delitos, pues éstos ponen en entredicho las bases mismas de la convivencia social y, por lo tanto, su sanción es un asunto que nos compete a todos. Como sabemos, la reserva estatal del *ius puniendi*, a su vez, figura como una consecuencia derivada de la expropiación del conflicto penal realizada por el Estado respecto de las víctimas, decisión que tiene por objetivo fundamental el terminar con la venganza privada como un mecanismo posible de resolución del mismo, evitando el permanente recurso a la violencia por parte de los individuos y el fomento de la "guerra de todos contra todos" que caracteriza al Estado de Naturaleza hobbeseano³⁵.

No obstante, el principio de oficialidad reconoce una excepción importante en los delitos de acción previa instancia particular. El fundamento de esta institución radica en impedir que el proceso penal, en atención a su carácter eminentemente público, pueda desencadenar consecuencias aún más perniciosas para la víctima que el delito en sí mismo³⁶. Es así como el ordenamiento jurídico ha limitado la persecución de oficio de algunos ilícitos que afectan intereses personalísimos de la víctima, como lo son los delitos de carácter sexual, las lesiones, los secretos industriales, etc.

Una fundamentación estándar, tributaria del "contractualismo", es posible de hallar en von Humboldt, para quien "...en la discordia, unas luchas engendran otras; la ofensa reclama venganza y la venganza es una nueva ofensa. Para evitar esto, es necesario remontarse a una venganza que no provoque otra nueva -esta venganza es el castigo impuesto por el Estado- o un fallo que obligue a las partes en litigio calmarse: el fallo del juez. Nada hay tampoco que requiera órdenes tan obligatorias y de una obediencia tan absoluta como las actuaciones de los hombres contra los hombres (...) Sin la seguridad, el hombre no puede formar sus fuerzas ni percibir los frutos de las mismas, pues sin seguridad no existe libertad. Pero la seguridad es al mismo tiempo, algo que el hombre no puede procurarse por sí mismo (...) el mantenimiento de la seguridad (a las disensiones interiores, debe constituir el objeto del Estado y el objeto de su acción". VON HUMBOLDT, WILHELM, Los límites de la acción del Estado, 2ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2009, págs. 50 y 51. Desde una perspectiva procesal véase: MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, 2ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, págs. 472 y 473.

³⁶ En este sentido, por ejemplo, el profesor Alberto Binder ha destacado que, en atención a su fundamento, la institución de la acción previa instancia particular "se reserva para delitos en los que, si bien por su gravedad existe un mayor interés estatal en la persecución de oficio, igualmente hay una preeminencia de afectación de bienes individuales, como por ejemplo todo lo que tiene que ver con el Derecho penal que protege la libertad sexual". BINDER, Alberto. Introducción al derecho procesal penal, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2009, p. 218. Por su parte, Eberhard Schmidt ha consignado que en estos casos, el principio de oficialidad sólo se fractura en razón que "el Estado posee un motivo para considerar que el afectado tiene un interés en que no se realice la persecución", SCHMIDT, Eberhard. Los fundamentos Teóricos y Constitucionales del Proceso Penal, Buenos Aires, Editorial Lerner, 2006, p. 197.

Ostensiblemente, ni los delitos tributarios, ni el delito de colusión poseen las características que fundamentan la reseñada regla de excepción. Y ello es así, debido a que, ni los mencionados ilícitos pretenden proteger intereses personalísimos, ni los titulares de las respectivas acciones penales pueden ser considerados como víctimas que detentan dicha clase de intereses. Muy por el contrario, resulta obvio que dichos delitos se encuentran orientados a la defensa de bienes jurídicos de carácter colectivo y sus titulares (sea el SII o la FNE) no pueden ver afectada su personalidad por el hecho de ventilarse los antecedentes relativos al hecho punible a través del procedimiento penal³⁷.

Otro tanto dice relación con el margen de discrecionalidad concedido a las autoridades que ostentan la titularidad de dichos servicios públicos, las cuales, basadas en criterios externos a la ley y a la jurisdicción, tienen el poder de determinar si un tipo penal resulta aplicable o no a un caso concreto. Cabe destacar que, a diferencia de lo que sucede en delitos tributarios o electorales, la discrecionalidad del Fiscal Nacional Económico fue relativizada, pues éste deberá querellarse forzosamente en aquellos casos en que "los hechos comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados".

Finalmente, resta añadir que la nueva legislación le da un plazo de seis meses a la autoridad en materia de libre competencia para decidir si interponer o no querella criminal, debiendo fundamentar, en cada caso, su negativa a ejercerla. Es difícil comprender qué razones sustentaron la decisión de conceder un plazo tan largo a la FNE para el ejercicio de la acción penal, pues el transcurso de dicho lapso de tiempo agrava aún más el obstáculo marcado por la distancia temporal que deberán superar los fiscales del Ministerio Público si pretenden llevar adelante con éxito la persecución penal de estas conductas.

En suma, podemos apreciar que la persecución penal por medio de esta regla se torna extremadamente contingente y especialmente ardua para las autoridades con competencia en lo criminal, circunstancia que relativiza en buena medida la aparentemente enfática reacción que el Estado habría pretendido instaurar en contra de las referidas prácticas ilícitas.

4.3.3. Algunas consideraciones relativas al doble requisito de procesabilidad

La exigencia referida al agotamiento de la instancia administrativa y la dependencia de la apertura del procedimiento penal a una posterior decisión del Fiscal Nacional Económico denota una especie de sujeción del Derecho

³⁷ Para una crítica más profunda, referida al caso de los delitos tributarios, véase: SALAZAR, Andrés. "Acerca del inicio del proceso penal por delitos tributarios". En: *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, Santiago, Chile, N° 34 (Diciembre, 2015), págs. 62 – 67.

Penal al Derecho Administrativo Sancionador: El legislador chileno optó por privilegiar el desarrollo completo e ininterrumpido de la instancia infraccional antes que permitir la investigación y la activación de la competencia de las autoridades con facultades en lo criminal.

La mencionada decisión se aparta de la lógica implícita a la graduación de las sanciones en un sistema normativo cualquiera, pues un orden jurídico que presuma de su propia racionalidad debería entender que un criterio relevante a ser atendido, a la hora de establecer sus prioridades regulativas, es el de la entidad o gravedad de la restricción de derechos que arriesga el sujeto que infringe las normas pertinentes y asociar dicho riesgo a procedimientos jurisdiccionales dotados de garantías y estándares probatorios correlativos a ello. Además, el diseño institucional chileno difiere completamente de aquellos que han optado por penalizar la colusión, ordenamientos en los cuales prima el principio opuesto: la deferencia de la Administración respecto de la jurisdicción penal.

Así, tanto el Derecho norteamericano como el Derecho español y el Derecho alemán, establecen reglas de preferencia que obligan a las autoridades administrativas, en el caso que éstas tomen conocimiento de hechos que puedan revestir el carácter de delito, a cesar con su propia investigación y remitir de inmediato los antecedentes a las autoridades penales, las cuales serán las encargadas de resolver el asunto³⁸. La original respuesta de la legislación criolla ante la superposición de los órdenes administrativo y penal constituye un factor que incide decisivamente en la neutralización de este último de conformidad con lo que se desarrollará más adelante.

4.4. El problema de acceso íntegro a la evidencia recolectada en sede administrativa

Además de las anteriores restricciones, existe aún un obstáculo adicional para la labor que desempeñarán los fiscales del Ministerio Público, que implica una excepción a las reglas generales del procedimiento penal. Dicha limitación se encuentra en el inciso quinto del artículo 64 recientemente incorporado al D.L. 211³⁹. De acuerdo con esta regla, el Ministerio Público, a diferencia de lo que

³⁸ Sobre esto véase HERNÁNDEZ, Héctor. "Actividad administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal". En: ARANCIBIA, Jaime y ALARCÓN, Pablo, Sanciones Administrativas, Thomson Reuters, Santiago Chile, 2014, págs. 573-575.

^{39 &}quot;...En su querella, la Fiscalía Nacional Económica informará la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales n.1 a n.4 de la letra n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias. El Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre

ocurre con el resto de los delitos contemplados por el ordenamiento jurídico, no podrá acceder a la totalidad de los antecedentes que fundan la investigación.

En efecto, los fiscales, de acuerdo con esta norma, no podrán tener a la vista todos los antecedentes incautados o reunidos por la Fiscalía Nacional Económica durante su investigación administrativa, sino que sólo podrán acceder a aquellas piezas de investigación respecto de las cuales el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia decida levantar la reserva que pesa sobre ellas.

Dicha anomalía, en relación con el resto del sistema procesal penal, constituye un grave impedimento para la averiguación de la verdad y restringe las posibilidades de éxito en un eventual juicio oral. Y es que son los Fiscales del Ministerio Público quienes poseen la *expertise* suficiente para discriminar y seleccionar adecuadamente las piezas idóneas para generar convicción ante un tribunal con competencia en lo penal, sensibilidad que no poseen los entes administrativos con atribuciones en sede de Libre Competencia.

Es cierto que la motivación del legislador fue impedir que antecedentes fundamentales de la estrategia de negocios de los investigados caigan en manos de sus competidores, y, por esta vía, se lesione la libertad de comercio. Sin embargo, también lo es que luego de una sentencia condenatoria en sede administrativa deberíamos tener buenas razones para pensar que dichos competidores, al menos durante el período relevante, no actuaron como rivales y por tal razón resultaron condenados.

Además, muchos de los antecedentes con interés "competitivo" pueden ser de relevancia para acreditar el comportamiento colusorio ante los jueces con competencia en lo criminal y, en dicha medida, no contar con ellos implicará un déficit relevante a la hora de imputar responsabilidades a quienes formaron parte de un cartel.

4.5. Regla especial de prescripción

Por último, como medio de compensar los problemas prácticos que tendrán lugar a partir de la distancia temporal existente entre el acaecimiento de los hechos que configuraron la colusión y el inicio de la investigación criminal, el legislador estableció en el artículo 65 del D.L. N° 211 una regla especialísima de prescripción cuyo plazo se comienza a computar no a partir de la realización del hecho delictivo, sino desde que se encuentra ejecutoriada la sentencia

del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que condena por el mencionado ilícito anticompetitivo.

Se trata esta norma del punto cúlmine de una legislación atípica en el contexto del Derecho Penal chileno y que, como hemos visto, su plasmación concreta pareciera contradecir la intención declarada por los colegisladores de permitir la persecución penal de las conductas reprobadas. Una profundización de estas reflexiones se expondrá en el acápite siguiente.

5. Balance final: Incoherencia normativa, disfuncionalidad pragmática y neutralización del sistema penal, como resultado prevalente; rigor extremo y aplicabilidad contingente como resultado residual. La necesidad de una estrecha coordinación interinstitucional para sortear los obstáculos identificados en la persecución de las responsabilidades penales asociadas a la organización de un injusto monopólico

Lo constatado en las líneas precedentes revela una serie de dificultades operativas que deberán ser superadas por los organismos competentes, si se quiere cumplir con las intenciones declaradas por las autoridades políticas a la hora de promover la incorporación de una regla punitiva especial para sancionar a las personas naturales que han tomado parte de una colusión. Ahora bien, con independencia de los esfuerzos que emprendan las agencias estatales llamadas a aplicar las disposiciones incluidas en la Ley N° 20.945, lo que asoma como contradictorio es que las mismas reglas adjetivas supuestamente configuradas para la consecución de las finalidades punitivas propugnadas por el legislador, son las que se erigen como un importante escollo para el logro de tal objetivo.

Estimo que todos los problemas que se avizoran en cuanto a la aplicabilidad futura de las nuevas reglas punitivas parecen tener su fuente en lo que Neil MacCormick describió como un problema de *incoherencia normativa*. Y es que, como bien señala la Teoría del Derecho, todo ordenamiento jurídico que pretenda seriamente adquirir una autocomprensión sistémica de sí mismo, debe aspirar a alcanzar el más alto grado de consistencia entre sus preceptos⁴⁰. En este orden de ideas, sólo puede predicarse la propiedad "coherencia" respecto de un determinado sistema de normas si éstas, consideradas de manera

⁴⁰ En este sentido, por ejemplo, BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*, 3ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 2007, págs. 180 y sgtes.; ALCHOURRON, Carlos y BULIGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006, págs. 101 y 102.

conjunta, adquieren "sentido" en su totalidad⁴¹. Por el contrario, un grupo de normas, aun cuando se encuentren agrupadas bajo un mismo cuerpo legal, no tendrá "sentido" (en su totalidad) "si no existe un valor común o grupo de valores a los que sirva la promulgación de tales [disposiciones]"⁴².

En efecto, al desentrañar el esquema de valores que se encuentra tras las reglas penales y procesales penales contenidas en la Ley N° 20.945, podremos notar que la principal preocupación del legislador fue la de impedir (en la medida de lo posible) que las disposiciones criminales que se incorporarían al D.L. N° 211, pudiesen alterar, de forma significativa, el sistema administrativo de defensa de la libre competencia, objetivo que sólo se alcanzaría si el sistema administrativo lograba imponerse sobre el sistema penal⁴³. Es más, el diseño institucional construido por las reglas pertinentes de la Ley N° 20.945 parece simplemente instrumentalizar la sanción penal, transformándola en un incentivo más para la colaboración de las personas jurídicas investigadas en el ámbito infraccional, pues la pena sería (sobre todo en la estructura original del proyecto de ley) una especie de arma a disposición de la autoridad administrativa, arma que sería gatillada (en propiedad) sólo ante la ausencia de cooperación en sede contravencional.

Así las cosas, la enfatizada exacerbación del prisma y fines perseguidos por el derecho administrativo-sancionador (acabar con la falla de mercado restableciendo las condiciones que normalmente imperan en el mercado relevante de que se trate), en desmedro de la perspectiva penal y sus objetivos (imponer un castigo merecido al autor de un hecho reprobado por la ley), termina neutralizando este último ámbito de responsabilidad jurídica.

El aseguramiento de inmunidad al primer delator; la oferta de potentes beneficios premiales al segundo; la exigencia de un agotamiento total de la instancia administrativa; la dependencia del inicio del proceso penal de la decisión arbitraria de una autoridad administrativa, carente de toda competencia criminal y control jurisdiccional; la incorporación parcial de evidencia al proceso penal, cuyo filtro ha sido delegado a un tribunal absolutamente incompetente en lo penal; parecen ser todas instituciones funcionalmente orientadas a la

⁴¹ MACCORMICK, Neil. Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico, Lima, Editorial Palestra, 2016, p. 321.

⁴² MACCORMICK, ob. cit., p. 322.

⁴³ Tal y como se señaló en el contexto de la Comisión Mixta que tuvo oportunidad de revisar el referido Proyecto de Ley: "La clara separación de ambos órdenes jurídicos, parece una medida adecuada para asegurar que los resultados de lo que ocurra en sede penal (dado su mayor nivel de exigencia probatoria) no influya o afecte lo que se pueda decidir en el ámbito administrativo". Al respecto véase: Historia de la Ley N° 20.945, "Informe de la Comisión Mixta" [en línea], p. 7. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/ [fecha última visita: 31 de enero de 2017].

homeostasis del sistema administrativo-sancionatorio y completamente disfuncionales a los propósitos propios del sistema penal. En otras palabras, las instituciones impuestas por la ley van en contra de los fines (y funciones) que declaraba perseguir el legislador con la introducción de reglas de sanción de carácter penal. Así, es posible plantear que dichas disposiciones penales han nacido a la vida del Derecho (en lo fundamental) como reglas pragmáticamente neutralizadas.

La incoherencia normativa, entonces, proviene de la falta de "sentido total" de las reglas contenidas en el nuevo Título V del D.L. N° 211, pues las reglas administrativas, penales y procesales penales que en ella se contienen, sólo expresan el sentido propio del derecho administrativo.

Esta descompensación puede ser leída como un déficit de racionalidad, desde al menos dos perspectivas.

En primer lugar, desde una perspectiva abstracta, la dictación de una ley penal cuyas disposiciones hacen improbable la aplicación de la ley penal, puede contradecir el constructo teórico del "Legislador Racional".

Y es que, tal como explica von Wright, "quien dicta una norma o una prohibición –sea un agente individual o una asamblea legislativa– puede decirse normalmente que desea o "quiere" que las cosas sean como las ha prescrito"; de ahí que sea posible afirmar que "(...) un legislador que imponga lo imposible se comportaría irracionalmente ya que su deseo no podría ser realizado". En otras palabras, de acuerdo a este autor, una actividad legislativa que promueve un estado de cosas lógica, física o humanamente inalcanzable puede ser catalogada como actividad legislativa irracional⁴⁴.

Ahora bien, desde una perspectiva institucional del fenómeno jurídico, es posible señalar que el caso que estamos describiendo es uno de aquellos en los que la estructura (legal) se ha vuelto contra la función (punición de la colusión). Y es que si entendemos que las normas del Título V del D.L. N° 211 no son otra cosa que estructuras creadas para facilitar (hacer probable) el desempeño de la función represiva de la colusión, de acuerdo a lo ya estudiado, resulta evidente que, en esta materia, la mencionada estructura lo único que hace es transformar en improbable la persecución penal de los carteles, más no facilitarla⁴⁵. En dichos términos, las nuevas disposiciones no sólo aparecen como contradictorias, sino además como abiertamente disfuncionales.

⁴⁴ VON WRIGHT, Georg. "Ser y Deber Ser". En: AARNIO, Aulis, et Alt., *La Normatividad del Derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1997, págs. 97-99.

⁴⁵ Sobre los conceptos jurídicos como instituciones tendientes a la realización de funciones estructuralmente mediadas, véase ATRIA, Fernando, *La Forma del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, págs. 133-157 y 331-332.

En segundo lugar, la exacerbación radical del prisma infraccional en desmedro del sistema penal revela la ausencia de *equilibrio reflexivo* que aqueja al modelo normativo adoptado por nuestro legislador. Como sabemos, el denominado "equilibrio reflexivo" constituye un método de evaluación racional y construcción de consensos, especialmente útil en los procesos de toma de decisión realizados en contextos de deliberación pública, tal y como fuera promovido por el filósofo norteamericano John Rawls, recurso al cual podría haber acudido el legislador nacional, ante la pluralidad de intereses en juego que requerían ser compatibilizados, todo ello con miras a evitar la incoherencia normativa y la neutralización de la justicia criminal resultante, de acuerdo con lo ya examinado⁴⁶.

Por si esto fuera poco, el paroxismo administrativista podría mostrar su lado más cruel en el caso que existiese un tercer implicado en la conspiración de agentes económicos organizada para restringir la libre competencia. Y es que resulta evidente el difícil panorama que enfrentará un imputado que se encuentre en dichas circunstancias, quien enfrentará un proceso penal caracterizado por un escenario normativo de carácter excepcional, cuyas reglas y principios fundantes más bien se aproximan a los que rigen en el Derecho Administrativo-Sancionador que a aquellos que disciplinan la imposición del castigo penal, circunstancia que se agrava en un contexto donde quienes hubieren participado en un hecho ilícito como el descrito en el artículo 62 arriesga, como mínimo, una pena privativa de libertad efectiva de al menos un año.

Entonces, existe, a pesar de todo, un ámbito de aplicabilidad para las reglas punitivas del D.L. N° 211, aun cuando residual y altamente contingente, desprovisto de las reglas y garantías propias del proceso penal genérico, circunstancia que se debe también al abandono del discurso propio del Derecho Penal y a la instrumentalización de éste para el cumplimiento de los fines propios de la Administración.

En medio de todo este panorama, sólo una cosa aparece como imprescindible para superar los escollos impuestos por la legislación y otorgar aplicabilidad racional al tipo penal contenido en el citado artículo 62: la coordinación interinstitucional entre las agencias encargadas de la investigación de este ilícito. Quizás, la calidad de querellante forzoso que la Comisión Mixta le entregó a la Fiscalía Nacional Económica, en casos que hayan afectado gra-

⁴⁶ Al respecto véase RAWLS, John. *A theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, págs. 48-53. El procedimiento al que acude Rawls implica la revision de nuestras propias acciones o tomas de decisiones de conformidad con los principios que hemos adoptado, para luego compararlos con otros constructos teóricos convergentes.

vemente a los mercados⁴⁷, sirva de incentivo al trabajo mancomunado de dicha institución con el Ministerio Público, al empecerle a ambas los resultados de un (eventual) juicio criminal por el delito de colusión.

De lo contrario, las nuevas reglas previstas por el ordenamiento jurídico podrían enfrentar el riesgo de consolidarse como meras normas de derecho penal simbólico: una simple expresión de deseos referida a la represión de uno de los ejemplos más conspicuos de lo que denominamos delincuencia de cuello de blanco.

⁴⁷ Al respecto véase: *Historia de la Ley N° 20.945*, "Informe de la Comisión Mixta" [en línea], págs. 7-16. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/ [fecha última visita: 31 de enero de 2017].

UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL DELITO DE ABORTO EN CHILE

Eva Curia Castro¹

Introducción

El presente artículo tiene por objeto dar cuenta de lo que ha sucedido en nuestro país durante la reforma procesal penal respecto al delito de aborto, con la finalidad de levantar las decisiones jurisprudenciales que se han desarrollado en torno a las diversas figuras del mismo, en particular, el concepto de aborto, los bienes jurídicos protegidos por la norma y la solución del concurso entre el homicidio doloso violento y la muerte del producto de la concepción².

Además, desde los inicios del estudio surgieron inquietudes como cuáles han sido las dificultades en las investigaciones, las salidas o tipos de términos utilizados, el tratamiento que los tribunales le han dado al femicidio u homicidio de la mujer embarazada realizado en concurso al aborto y si se ha hecho aplicación de la calificación especial contenida para los facultativos.

Cabe tener presente que el delito de aborto en Chile contempla sanciones distintas dependiendo del sujeto activo y las circunstancias de comisión, por ende, es factible aplicar las diversas formas de término que dispone el Código Procesal Penal, desde un juicio oral, juicio abreviado e incluso la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento en algunas de sus hipótesis³. En este último caso, se requiere la autorización del Fiscal Regional desde la modificación introducida por la Ley N°20.253⁴.

Por último, no deja de ser relevante considerar el contexto histórico en que se desarrolla este trabajo, pues actualmente se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional el proyecto de ley que regula la despenalización de la

¹ Abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² Para elaborar este artículo se revisaron 30 fallos condenatorios y absolutorios de Tribunales Orales en lo Penal y 15 fallos de Juzgados de Garantías, dictados entre los años 2002 a 2015, extraídos del sistema SIAGJ del Poder Judicial. Además, 14 fallos de los tribunales Superiores de Justicia extraídos del sistema del Poder Judicial y de VLEX.

³ Por la penalidad quedan excluidos los casos de aborto no voluntario violento (342 N°1) y algunas hipótesis de aborto de facultativo.

⁴ Chile, Ley N°20.253, modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las policías. Diario Oficial 14 de marzo de 2008.

interrupción del embarazo en tres causales, a saber, peligro de la vida de la mujer embarazada; embrión o feto que padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina, y el caso de un embarazo producto de una violación.

1. Antecedentes del delito de aborto

Los artículos 342 a 345 del CP regulan el delito de aborto en Chile, encontrándose vigente el artículo 119 del Código Sanitario que dispone que: "No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar el aborto".

Entre los años 1931 y 1989, nuestra legislación contemplaba una excepción expresa a la prohibición del aborto, contenida en un comienzo en el artículo 226 del Código Sanitario que autorizaba el aborto terapéutico bajo la "opinión documentada de tres facultativos". Además, disponía un procedimiento alternativo en el caso que no haya sido posible actuar de la forma indicada por la urgencia del caso o cuando no se contaba con los señalados facultativos. Posteriormente, en el año 1967 se modificó el referido código quedando en el artículo 119 la justificante que permitía la interrupción del embarazo sólo con fines terapéuticos y para ello exigía la opinión documentada de dos médicos cirujanos.⁵

Esta excepción fue eliminada por la Ley 18.826, publicada el 15 de septiembre de 1989, que reemplazó el referido artículo 119, quedando sin efecto la expresa justificación del aborto que rigió prácticamente por medio siglo. No obstante esta prohibición, la procedencia del aborto terapéutico quedó entregada a las causales de justificación genéricas, desarrolladas por parte de la doctrina.⁶

Actualmente, en el Congreso Nacional se tramita un proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres

⁵ POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN. Derecho Penal Chileno, parte especial, delitos contra el individuo y sus condiciones físicas, 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2001, p.166.

⁶ MATUS, JEAN PIERRE y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte especial, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2014, Tomo I, p. 98. ETCHEBERRY, ALFREDO. *Derecho Penal, parte especial*, tercera ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, Tomo II, p. 105. Sosteniendo un ámbito de justificación constitucional más amplio que el "aborto terapéutico": BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO. "La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno". En: Revista Derecho y Humanidades, N°10, Santiago, Chile, 2004, p.175.

causales, contenido en el Boletín 9895-117. Para ello, sustituye el artículo 119 del Código Sanitario incorporando las tres causales que lo habilitan, esto es, en casos de abortos terapéutico, embriopático y criminológico. Además, modifica los artículos 344 y 345 del CP, y también, incorpora un nuevo artículo 345 bis al mismo cuerpo legal.

El proyecto de ley permite que las mujeres, tanto adultas como adolescentes y niñas, consientan en la interrupción del embarazo cuando se encuentren en una de estas tres causales, disponiendo ciertos resguardos respecto de las menores de edad. Con ello se modifica el actual **artículo 119 del Código Sanitario** que dispone: "No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto". Esta disposición pasaría a ser reemplazada por los artículos 119, 119 bis y 119 ter.

En el artículo 119 de la propuesta se regulan las causales que habilitan al médico a interrumpir el embarazo, y dispone la necesidad de contar con el consentimiento de las mujeres para practicarlo, indicando como requisito que éste deberá ser manifestado en forma previa, expresamente y por escrito⁸.

Además, establece que en caso de no ser posible contar con dicho consentimiento, se deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 15, letras b) y c), de la Ley N°20.5849, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, sin perjuicio de la situación especialmente regulada de personas con discapacidad sensorial, sea visual o auditiva, así como en el caso de personas con discapacidad mental, psíquica o intelectual, que no hayan sido declaradas interdictas y que no puedan darse a entender por escrito, en cuyo caso se deberá disponer de los medios alternativos de comunicación para prestar su consentimiento, en concordancia con lo

⁷ A la época de término del presente artículo el Boletín 9895-11, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado por mayoría de 3 votos a favor y 2 en contra, aprobó la idea de legislar.

⁸ Boletín 9895-11, Mensaje Presidencial y Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, págs. 31-32.

⁹ Boletín 9895-11, Oficio 1248, de 17 de marzo de 2016, p. 2. En el referido artículo se dispensa de la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones: b) En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda. c) Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida.

dispuesto en la Ley N°20.422¹⁰ y en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad¹¹.

A su vez, regula la situación de la mujer que ha sido declarada incapaz judicialmente por causa de demencia, respecto de la cual señala que se deberá obtener la autorización de su representante legal, debiendo siempre tener su opinión en consideración, salvo que su incapacidad impida conocerla¹².

Por otra parte, respecto de las adolescentes entre los 14 y 18 años señala que la manifestación de su voluntad de interrumpir el embarazo deberá ser informada al menos a uno de sus representantes legales; y si fueren varios, a elección de ella. En el caso de existencia de antecedentes que lo anterior acarrearía un riesgo para ésta, se deberá informar al adulto familiar o adulto responsable que la adolescente indique. Incluso en el caso de encontrarse la adolescente en riesgo deberá informarse al Tribunal de Familia competente para que adopte las medidas de protección correspondientes.

El proyecto también contempla que se proporcione a la mujer información y acompañamiento. La información se refiere a las características de la prestación médica y sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, incluyendo la de programas de apoyo social, económico y de adopción disponibles. El acompañamiento se deberá otorgar tanto en su proceso de discernimiento, como durante el período siguiente a la toma de decisión, que comprende el tiempo posterior al parto o a la interrupción del embarazo, según sea el caso.

En el artículo 119 bis se establece como requisito la concurrencia de un diagnóstico médico escrito y para la segunda causal se deberá contar, además, con la ratificación del mismo. Para el caso de la tercera causal el proyecto dispone que "un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional, informando por escrito a la mujer o a su representante legal, según sea el caso, y al(a la) jefe(a) del establecimiento hospitalario o clínica particular donde se solicita la interrupción." En tanto si es una niña o adolescente menor de 18 años, la solicitante del aborto "los(as) jefes(as) de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares en que se solicite la interrupción del embarazo procederán de oficio conforme a los artículos

¹⁰ Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.

¹¹ Boletín 9895-2011. Oficio 1248, de 17 de marzo de 2016, p. 2.

¹² Ibid.

369 del Código Penal, y 175, letra d), y 200 del Código Procesal Penal. Deberán, además, notificar al Servicio Nacional de Menores"¹³.

La propuesta también regula la objeción de conciencia del médico. En el artículo 119 ter señala que el médico deberá manifestarlo por escrito y previamente, en cuyo caso, se deberá asignar otro médico a la paciente o derivarla en forma inmediata para que el procedimiento se realice por quien no hubiere manifestado dicha objeción¹⁴.

Por otra parte, en el Código Penal se modifican las figuras de aborto voluntario y del facultativo, agregando el proyecto en el artículo 344 un inciso tercero, y en el artículo 345 un inciso segundo, ambos con la misma expresión: "No constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario" 15.

Con la modificación propuesta, las causales que permiten que un médico interrumpa un embarazo se regularán en el artículo 119 del Código Sanitario, siendo las siguientes:

- El hecho que la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida¹⁶.
- El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal¹⁷.
- Que el embarazo sea el resultado de una violación, en los términos del inciso tercero del artículo 119 bis¹8, siempre que no hayan transcurrido

¹³ Para las mayores de 18 años que no hayan denunciado el delito de violación, dispone que los jefes de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares deberán poner en conocimiento al Ministerio Público para que investigue de oficio. En todo caso contempla que la comparecencia de la víctima es voluntaria y no podrá ser objeto de los apremios de los artículos 23 y 33 del CPP.

¹⁴ Boletín 9895-11, Mensaje Presidencial y Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, p. 33. "En caso que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, el facultativo que hubiere formulado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo, en la medida que no exista otro médico cirujano que pueda efectuar la intervención".

¹⁵ Boletín 9895-11, Mensaje Presidencial y Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, p. 34.

¹⁶ Boletín 9895-11, p. 31, Indicaciones N°846-363, formuladas con fecha 26 de agosto de 2015. Elimina el requisito de riesgo vital "presente o futuro", del proyecto original.

¹⁷ Boletín 9895-11, p. 31, Indicaciones $N^{\circ}846$ -363, formuladas con fecha 26 de agosto de 2015.

¹⁸ Artículo 119 bis, inciso tercero: "En el caso del número 3) del artículo 119, un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional, informando por escrito a la mujer o a su

más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación¹⁹.

La modificación legal deja vigente las figuras de aborto voluntario punible contenidas en los artículos 342 N°3 y 344 del CP y el aborto del facultativo del artículo 345 del CP, realizados sin estar amparado por las causales legales.

La primera causal contemplada en el proyecto, referida al riesgo vital de la madre, alude a una hipótesis de aborto terapéutico, el que ha sido tratado previamente a este proyecto por la doctrina como una causal de justificación²⁰. En este punto se advierte diferencia en cuanto a la naturaleza de la causal de justificación de que se trata, ya que algunos se han inclinado en señalar que se trataría de un caso de ejercicio legítimo de una profesión, artículo 10 N°10²¹, mientras para otros autores, en cambio, sería un estado de necesidad defensivo donde lo relevante es la ponderación de intereses protegidos²².

Así, Bascuñán Rodríguez señala que dentro del orden de nuestra constitución, artículo 19 N°1, existe la posibilidad de que la ley reconozca para el aborto causales de justificación, en el caso del estado de necesidad como causal supralegal, donde en el evento de estimar que los intereses contrapuestos entre la vida del que está por nacer y la vida de la madre son idénticos, igualmente existirá una alternativa lícita de aborto, esto es, "cuando no haya otro medio de salvar la vida de la mujer embarazada"²³.

La segunda causal del proyecto es de carácter embriopática, esto es, alude a las alteraciones del desarrollo embrionario que sean congénitas o genéticas de carácter letal, de manera que sean incompatibles con la vida extrauterina. El mensaje presidencial considera que "forzar a la mujer a llevar a término tal embarazo, o bien obligarla a que espere la muerte del feto, supone mantenerla en un permanente estado de duelo"²⁴. Del referido mensaje se desprende que

representante legal, según sea el caso, y al (a la) jefe (a) del establecimiento hospitalario o clínica particular donde se solicita la interrupción. En el cumplimiento de su cometido, este quipo deberá dar y garantizar a la mujer un trato digno y respetuoso".

¹⁹ Boletín 9895-2011. Oficio 1248, de 17 de marzo de 2016, p. 2.

²⁰ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO. Ob. cit., p.158; POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN. Ob. cit., p.168.

²¹ POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS. Ibid., p. 168; MATUS, JEAN PIERRE y RAMÍ-REZ, MARÍA CECILIA. . Ob. cit.,p. 94. ; GARRIDO MONTT, MARIO. Derecho Penal, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo III, p.119.

²² BASCUÑÁN. Ibid., p. 158.

²³ BASCUÑÁN. Ibid., págs. 158-159.

²⁴ Boletín 9895-2011, Mensaje Presidencial y Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, p. 22.

lo que en definitiva se busca es que el Estado asegure a la mujer las condiciones necesarias para que sea ella la que tome la decisión, y que pueda en su caso recibir los cuidados necesarios.

En el caso de la violación de la mujer, se trataría de una casual criminológica que según el mensaje presidencial reconoce que ésta se encuentra embarazada por actos contra su voluntad mediante violencia o coerción, de manera que no respetar su voluntad de seguir o no adelante con el embarazo "constituye una nueva negación de su voluntad e imponerle una obligación estatal por un acto en esencia abrogatorio de su dignidad"²⁵.

Finalmente, cabe mencionar que en doctrina se analiza la justificación de la causal embriopática y criminológica como supuestos de inexigibilidad del deber de tolerar el embarazo. Lo anterior, por cuanto estas circunstancias dificultan "inusualmente el cumplimiento de su deber", de modo que no se puede exigir razonablemente a la mujer tolerar el embarazo²⁶.

2. Sobre el concepto de aborto, bien jurídico protegido y sujetos del delito

2.1. Concepto de aborto y conducta punible

El Código Penal sanciona diversas hipótesis de aborto sin definir la conducta de que se trata y sólo haciendo referencia a frases como "causar aborto" u "ocasionare un aborto", lo que genera consecuentemente diversas interpretaciones doctrinarias. A la luz de la opinión dominante en doctrina, se entiende por aborto la interrupción del curso natural del embarazo que provoca la muerte del producto de la concepción (feto o embrión)²⁷.

Por consiguiente, lo relevante para su consumación será la muerte del producto de la concepción, ya sea dentro o fuera del útero, con tal que la muerte sea una consecuencia de las acciones desplegadas para interrumpir el estado de gravidez.²⁸ La conducta punible puede ser cualquiera idónea para causar el resultado, ya sea por medios químicos, mecánicos o físicos.²⁹

²⁵ Boletín 9895-2011, Mensaje Presidencial y Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, p. 23.

²⁶ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO. Ob. cit., p. 170, 172.

²⁷ POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS. Ob. cit. p. 208. MATUS y RAMÍREZ. Ob. cit. p. 94. En similar sentido GARRIDO MONTT, MARIO. Ob. cit. p.103. Ob. cit. p.88, este último señala aborto como "La muerte inferida al producto del embarazo que aún no es persona".

²⁸ POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS, Ibid., p. 213.

²⁹ Sobre la omisión véase: POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS, Ibid., p. 143.

La jurisprudencia ha recogido el concepto de la doctrina mayoritaria sobre aborto, como se observa en las siguientes sentencias³⁰:

Sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Punta Arenas, RUC N°1201085037-k, de 5 de octubre de 2013, considerando octavo:

"En efecto, el aborto "es la interrupción del proceso de gestación mediante la destrucción o muerte del producto de la concepción" (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo III, página 103). La concepción es el óvulo inseminado y animado en la matriz de una mujer. En seguida, agrega este autor, citando a Luis Rodríguez Ramos (Derecho penal Parte Especial, pagina 140) que:"en definitiva, el delito de aborto consiste en la interrupción del embarazo con destrucción o muerte del producto de la concepción dentro o fuera del cuerpo de la mujer", noción que es distinta a la del aborto ginecológico, que consiste en la expulsión prematura del embrión o feto dentro de los seis primeros meses de gestación. Quedan fuera del concepto de aborto la extracción del vientre materno del embrión o del feto muerto por causas naturales, y el parto prematuro de la criatura que nace viva".

Sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de San Bernardo, RUC N°0700598956-0, de 1 de noviembre de 2008, considerando octavo:

"Para los efectos de la correcta calificación de los hechos se tiene presente el concepto mayoritariamente aceptado de aborto, como la interrupción del proceso de gestación con la muerte consiguiente del producto de la concepción, dentro o fuera del cuerpo de la madre".

2.2. Bien jurídico protegido

Si bien el delito de aborto se encuentra dentro del Título VII del CP, referido a los crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual, la doctrina ha identificado dentro de los bienes jurídicos protegidos en este delito **la vida del que está por nacer**, en particular, la vida humana dependiente³¹. Además, según el tipo de aborto de que se trate³², la doctrina reconoce también que se pone en peligro la vida y

³⁰ Tribunal Oral en lo Penal de Cauquenes, Rol N°0801075525-6, de 2 de noviembre de 2009.

³¹ MATUS y RAMÍREZ, Ibid., p. 85; GARRIDO MONTT. Derecho Penal, parte especial, delitos contra la vida y otros, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, tomo III, p. 97; POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS, ob. cit., p. 203; ETCHEBERRY, ob. cit., p. 90.

³² MATUS y RAMÍREZ. Ibid., p. 87, clasifican el delito de aborto según la concurrencia o no de la voluntad de la mujer embarazada, distinguiendo: el aborto voluntario y el no

salud de la madre sometida a las maniobras abortivas realizadas con violencia, los derechos reproductivos de la mujer embarazada o la libertad de toda mujer a ser madre³³.

Dentro de la jurisprudencia analizada y que se pronunció sobre la materia, la mayoría identifica como bien jurídico la vida humana en formación o del producto de la concepción, mas no los restantes bienes jurídicos señalados por la doctrina, pese a que ya han sido recogidos por fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁴.

Entre las sentencias de los tribunales nacionales que se pronuncian sobre el bien jurídico protegido, destacamos las siguientes:

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2040-2013, de 19 de agosto de 2013, considerando primero:

"en materia penal, en los artículos 342 a 345, ambos inclusive, se tipifica y regula el delito de aborto, cuyo bien jurídico protegido es la vida humana en gestación".

Sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC0900324396-3, de 18 de marzo de 2013, considerando séptimo:

"De lo que se sigue que la acción dirigida a causar la muerte del feto en las más variadas circunstancias, manifestaciones y medios empleados, debiendo constituirse como resultado de la destrucción de feto, por lo que podemos sostener, entonces, que el bien jurídico protegido es la vida de feto o vida humana dependiente, "...la vida humana, que se sitúa en un continuo previo a la protección que la vida humana independiente dispensa el Código a través de las distintas formas de homicidio punibles..." (Ob. cit. 85)".

voluntario, dentro del primer grupo se encuentran las hipótesis de autoaborto del artículo 344 inciso primero del CP, en su primera parte; el aborto consentido del artículo 344 inciso primero del CP, segunda parte; y del artículo 342 N°3 del CP. Por su parte, dentro del aborto no voluntario se encuentran las hipótesis del aborto causado con violencia del artículo 342 N°1 del CP; el causado sin violencia 342 N°2 del CP; y el aborto sin propósito de causarlo del artículo 343 del CP.

³³ MAÑALICH, JUAN PABLO, "La Permisibilidad del aborto como problema ontológico". En: *Derecho y Humanidades*, N°23, Santiago, Chile, 2014, p. 327; GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 97: señala que algunos autores agregan el interés demográfico del Estado

³⁴ Caso Atria Murillo y otros v/s Costa Rica. Sentencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2012 [en línea]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235 [fecha de consulta: 18 de enero de 2017].

Sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Cauquenes, Rol N°0801075525-6, de 2 de noviembre de 2009, considerando décimo:

"En efecto, el bien jurídico protegido es la vida del que está por nacer, es la vida humana dependiente, con lo cual se confunde el sujeto pasivo con el objeto de tutela".

2.3. Problemas referidos a los límites del aborto

Es relevante destacar que el delito de aborto se castiga sólo a título doloso y no culposo debido a que la disposición del artículo 490 del Código Penal, señala que serán constitutivos de cuasidelito los hechos ejecutados con imprudencia temeraria "que, si mediara malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas" y que la referida norma tampoco regula expresamente una figura culposa de aborto.

De la norma anterior surge como consecuencia, entre otras, la dificultad de calificación de aquellos actos que por imprudencia temeraria producen las lesiones o muerte del niño o niña durante el parto, como es el caso de las maniobras médicas. El problema surge del concepto de persona emanado del texto del artículo 74 del CC., que fija el principio de la persona humana en el momento del nacimiento, esto es, "al separarse completamente de su madre".

Por lo tanto, en la hipótesis propuesta, dada las lesiones o muerte durante el parto no podrían ser calificados como cuasidelito de aborto y, bajo este concepto civilista de persona, tampoco como homicidio o lesiones, generándose un vacío legal que subyace bajo esta forma de interpretación.

Sobre el punto, la Excma. Corte Suprema en el fallo Rol N°6229-2006, con fecha 30 de enero de 2008, resolvió que la voz otro se refiere a "una individualidad personal reconocible y plenamente diferenciada, lo que trasladado al campo que aquí interesa remite al ser humano vivo, en cuanto dotado de vida independiente ... Un ser vivo en período de expulsión, durante el parto, no es plenamente reconocible como otro respecto de la madre y tampoco en la relación con los demás sujetos. En él hay vida, podría decirse incluso, que hay otra vida (biológicamente hablando), pero no la de otro, por falta del mínimo de autonomía requerida para constituir una subjetividad".

"Desde el punto de vista del derecho penal vigente en nuestro país, la vida humana independiente y, con ella, su destrucción como homicidio, comienza desde el momento del nacimiento, entendido por tal la total expulsión del claustro materno, que es el único criterio que permite distinguir con claridad uno y otro momento de la vida humana"³⁵.

³⁵ Considerando décimo, sentencia de la Corte Suprema, Rol 6229-2006, de 30 de enero de 2008.

Por consiguiente, la Excma. Corte Suprema resolvió que no es posible que en el caso concurra un cuasidelito de homicidio ni delito alguno. En el fallo se desarrolla un interesante voto disidente del ministro Jaime Rodríguez y del abogado integrante Fernando Castro, quienes se pronunciaron advirtiendo que el vacío legal no es auténtico por cuanto es posible construir una interpretación "emancipada de las ficciones civiles"³⁶, por ello razonan estableciendo límites entre el homicidio y el aborto al distinguir el alcance de los momentos de protección de las normas.

Así, señalan que el límite mínimo del homicidio es el nacimiento y el máximo la muerte, donde la frontera con el delito de aborto estará dado "por la posibilidad que la acción homicida pueda (homicidio) o no (aborto) incidir de manera directa en el producto de la concepción, sin necesidad de afectar también a la madre o utilizarla como vehículo para la agresión"³⁷.

Fijan el concepto de persona "a partir del momento en que se inicia el nacimiento", con ello distinguen estadios de protección, donde el principio del parto pone término al estatuto jurídico del feto y desde ese momento comienza el estadio de persona, por ende, desde ese instante es posible la imputación de homicidio y lesiones³⁸.

Ahora bien, en cuanto a cuáles señales permitirían entender que se ha iniciado el nacimiento, el voto disidente en el considerando vigésimo primero señala: "Esa iniciación surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión; en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado; las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empuja al niño hacia afuera, de tal suerte que hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza las contracciones y dolores propios de la expulsión, que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto.

Por lo que es ineludible fijar el punto decisivo en el instante del inicio del parto, con lo que toda muerte del naciente producida durante este proceso sería subsumible en el atentado de homicidio.

No cabe duda que la [conceptualización] de persona, a partir del momento en que se inicia el nacimiento, se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclama el artículo 19, N° 1°, del Código Político".

La Exma. Corte Suprema, a un año del fallo precedente, en causa Rol 1882-2008, de 16 de abril de 2009, resolvió en el mismo sentido del referido voto

³⁶ Ibid., considerando vigésimo tercero.

³⁷ Ibid., considerando vigésimo.

³⁸ Ibid., considerando vigésimo primero.

disidente, modificando así su postura sobre la materia al señalar que "en el ámbito penal el concepto, la idea de quien es otro, ha ido adquiriendo una visión más acorde con la realidad y circunstancias del tipo penal de que se trata, así en los cuasidelitos y en los de negligencia médica que nos ocupa, es también otro el producto de la concepción, sin lugar a dudas y discusión, a lo menos, en la etapa de nacimiento que se inicia con las primeras contracciones que sufre y experimenta la parturienta".

En definitiva, se aparta del concepto civil de persona considerando también a los no nacidos como tal. Con ello supera la falta de punibilidad que se generaba con la interpretación que anteriormente se había sostenido por los tribunales en nuestro país. Para arribar a dicha conclusión alude a normativa legal interna como la Ley N°20.120, Sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma Humano, y Prohíbe Clonación Humana; el artículo 55 del Código Civil; la disposición constitucional contenida en el número uno del artículo 19 de la Constitución Política de la República; y las normas internacionales contenidas en el numero primero del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica⁴⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha resuelto en diverso sentido con posterioridad. En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N°2040/2013, de 19 de agosto de 2013, desestimó la apelación en contra de la resolución que decretó el sobreseimiento de la causa, por considerar que la voz "otro" del artículo 391 del CP se refiere al que se ha separado completamente de la madre, acogiendo así la doctrina del fallo Rol 6229-2006.

2.4. Sujeto activo y pasivo

Sobre el sujeto activo, cabe señalar que la conducta típica puede ser desarrollada por cualquier persona, variando la pena según quien cometa el delito, a saber, ya sea la propia mujer (344 CP), un tercero no profesional de la salud (342 y 343 CP) o un facultativo (345 CP)⁴¹.

En cuanto al sujeto pasivo del aborto, Politoff, Grisolía y Bustos señalan que el objeto material y sujeto pasivo del aborto se confunden, tal como ocurre en el homicidio, pero aquí el objeto (sujeto pasivo) es el "ser humano en

³⁹ Considerando décimo, de la sentencia de la Corte Suprema, Rol 1882-2008, de 16 de abril de 2009.

⁴⁰ Ibid., considerando décimo tercero.

⁴¹ GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 106.

formación, el fruto de la concepción". Además, identifican como objeto de tutela jurídica la "vida del feto"⁴². En el mismo sentido se han pronunciado Matus y Ramírez, quienes agregan que el objeto jurídico "es el que está por nacer", el producto de la concepción que se encuentra en el vientre materno⁴³.

La jurisprudencia ha recogido estos conceptos doctrinarios, tal como ocurre en la sentencia del **Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, RUC** N°1201085037-K, **de 5 de octubre de 2013,** que desarrolla el concepto de sujeto activo y pasivo de aborto, en el considerando octavo:

"El sujeto activo de este delito sólo puede ser la mujer embarazada, en el caso del auto aborto; existiendo, además, un supuesto de participación necesaria, en la modalidad del aborto consentido, cuyo es el caso, donde la ley considera a la mujer embarazada que consiente como autora lo mismo que al tercero que lo causa (aunque éste será incriminado, no ya con arreglo al art. 344 CP, sino conforme al art. 342 N° 3 del Código Penal, con una pena menor). Este último, como refieren Bustos, Grisolía y Politoff (Derecho Penal Chileno página 161) requiere del comportamiento material del extraño, sin cuyo inicio el solo consentimiento de la mujer es irrelevante". En esta hipótesis, en que la mujer da su consentimiento, para que un tercero le provoque el aborto constituye un caso de coautoría entre éste y aquella (Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, página 70 citado por Mario Garrido Montt, obra citada, página 113).

El Sujeto pasivo del delito es el embrión o feto anidado en el vientre materno, desde su fijación en el endometrio hasta su expulsión del útero. Esa conclusión, basada en el conocimiento médico disponible y la política que en materia reproductiva está autorizada a nivel estatal, concuerda no sólo con el parecer de la doctrina actualmente dominante entre nosotros, sino además con el sentido natural y obvio que la expresión aborto, no definida en nuestro Código, tiene según el Diccionario de la Real Academia Española: "interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas" y la propia literalidad de los artículos 342 y siguientes del Código Penal, que se refieren inequívocamente al aborto que se causa por o a una mujer embarazada (Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, página 90). En el caso sub lite, se trataba de un feto de 17 semanas de gestación".

Ahora bien, esta sentencia alude a los problemas que se plantean desde cuándo y hasta cuándo ha de extenderse la protección del aborto, adoptando la postura doctrinaria dominante, esto es, desde la implantación de las paredes del útero hasta la expulsión del mismo.

⁴² POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS, ob. cit., p. 139.

⁴³ MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 91.

Al respecto, cabe tener presente que el art. 342 N° 1 del CP usa la expresión "violencia en la persona de la mujer embarazada", por su parte el art. 343 del CP señala que en el aborto no malicioso se requiere conocer el estado de embarazo de la mujer.

Matus y Ramírez tienen en cuenta lo señalado por la Organización Mundial de la Salud, en cuanto a entender que el embarazo se extiende desde el embrión implantado en el endometrio hasta el parto, de manera que concluyen que el estado de embarazo va desde la implantación en las paredes del endometrio hasta la expulsión del útero, de lo que se deduce que queda fuera de la figura del aborto, el caso de los óvulos fecundados in vitro no implantados⁴⁴.

Por su parte, Etcheberry señala que si bien la mayoría de las legislaciones y autores fijan el inicio de la protección del homicidio en el comienzo del proceso natural de expulsión, a su entender, en nuestra legislación la calidad de persona comienza con la autonomía de vida, por aplicación de las normas del Código Civil⁴⁵.

Sin embargo, con la sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N°1882-2009, el estadio de feto y, por tanto, de protección de la figura de aborto varía de la postura doctrinaria tradicional, puesto que este fallo señala el inicio del parto como hito de término de protección del aborto, dado por los signos físicos de las contracciones, dilatación, entre otros. Por consiguiente, si las acciones homicidas pueden realizarse directamente sobre el producto de la concepción, sin actuar sobre la madre o por medio de ésta, ya nos encontramos frente a un sujeto pasivo de homicidio.

3. Aborto voluntario

El artículo 344 del CP regula una figura calificada de aborto, pues agrava la pena a la mujer que incurre en la conducta típica, disponiendo el presidio menor en grado máximo. Además, esta misma disposición contempla hipótesis múltiples, ya que el artículo regula dos situaciones: el autoaborto y el aborto consentido.

⁴⁴ Como lo han señalado MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 91: mujer embarazada es aquella "de quien depende, producto de la anidación del blastocisto en el endometrio, la vida del que está por nacer".

⁴⁵ ETCHEBERRY. ob. cit., p. 90.

3.1. El autoaborto y el aborto consentido

El autoaborto, está descrito bajo la fórmula "La mujer que causare su aborto" contenida en el artículo 344 del CP, inciso primero primera parte. La descripción del tipo requiere una actividad de la mujer dirigida a provocar el aborto, acción que en todo caso ha de ser libre y voluntaria para lograr el resultado de muerte del feto o embrión.

A su vez, la participación en el autoaborto, tanto a título de complicidad como encubrimiento se rige por la figura del artículo 342 N°3 del CP⁴⁶.

Por su parte, el aborto consentido se desarrolla en el inciso primero del artículo 344 del CP, bajo la expresión "que consintiere que otra persona se lo cause", y en el artículo 342 N°3 que se refiere al tercero que le causa el aborto a la mujer⁴⁷. La descripción del tipo penal establece una hipótesis de coautoría donde la sanción dispuesta por la ley es mayor para la mujer que consiente: presidio menor en grado máximo (344 del CP), que aquella dispuesta para el tercero que le causa el aborto: presidio menor en grado medio (342 N°3 del CP). En el caso del facultativo que abusando de su oficio causa el aborto se encuentra regulada una agravación de la pena (345 del CP) llegando a igualar o superar la de la mujer según si cuenta con su consentimiento o carece de éste.

Tanto el autoaborto como el aborto consentido durante la reforma procesal penal han registrado las más variadas formas de salidas que permite el sistema. Así, entre los años 2007 y 2016 el 45% de este tipo de aborto fueron archivados provisionalmente, mientras el 16% recibió suspensión condicional y el 13% sentencias definitivas condenatorias⁴⁸. Los procedimientos aplicados para arribar a dichas sentencias condenatorias fueron principalmente juicios abreviados y juicios orales simplificados y en menor medida juicios orales. En el período analizado se aplicaron en total 139 sentencias condenatorias de ellas 72 fueron en el rango de presidio menor en grado mínimo, 59 de presidio menor en su grado medio, 3 de presidio menor en grado máximo y 5 de prisión, donde al 79% de las condenas se les aplicó

⁴⁶ GARRIDO MONTT. ob. cit., p. 115.

⁴⁷ MATUS y RAMÍREZ. Ibid., p. 88.

⁴⁸ Números estadísticos extraídos de datos estadísticos elaborados por la División de Estudios, de la Fiscalía Nacional, que trabajó sobre la base de información del Sistema de Apoyo a los Fiscal (SAF), fecha de captura: 18 de febrero de 2017. El total de causas por aborto consentido terminadas en dicho período ascendió a 1.097. Los términos están contados a nivel de relaciones.

la remisión condicional, al 3% la libertad vigilada intensiva, al 4% reclusión nocturna y el 13% no recibió medida alternativa alguna⁴⁹.

Cabe destacar que en algunos casos se ha aplicado a la mujer que causa su aborto la suspensión condicional del procedimiento, mientras a quien ha practicado las maniobras abortivas o suministrado los químicos se le ha condenado por la figura del 342 N°3 del CP, e incluso se ha entregado la calidad de víctima a la menor de edad inimputable que aborta y se ha condenado a quien lo ha realizado.

En el primer caso descrito, esto es, suspensión de la mujer que aborta y condena a quien lo practica, se encuentran, entre otras, las siguientes sentencias:

- a) Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, RUC 0500415511-6, de 13 de mayo de 2006, donde se condenó a quien suministró los medicamentos que causaron el aborto, aplicando el tribunal la figura del artículo 342 N°3, además de las agravantes del artículo 12 N°2 del CP, esto es, "ejecutar el delito por premio o promesa remuneratoria", y la reincidencia específica del artículo 12 N°16 del mismo cuerpo legal, aumentando en grado la pena al ponderar dichas circunstancias con la extensión del mal causado en el caso, ya que la vida de la mujer que abortó estuvo en grave riesgo.
- b) Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes, RUC0900763912-8, 8 de septiembre de 2010, en este caso una menor de edad solicitó ayuda para realizar un aborto a su madre, ya que había resultado embarazada producto de las violaciones a que reiteradamente era sometida por el conviviente de su progenitora. El aborto se produjo por el uso de Misoprotol el cual fue suministrado por la madre y financiado por el violador. Se condenó a este último, por los delitos de violación y aborto, en tanto la madre fue condenada por el segundo delito, siendo suspendida condicionalmente la menor de edad por el delito de aborto.

Lo relevante del caso es que justamente se encuentra en una de las hipótesis del proyecto de modificación legal de la ley que despenaliza el aborto⁵⁰ y, además, porque en el curso del juicio se discutió sobre la concurrencia de la eximente de responsabilidad del artículo 10 N°9 (miedo insuperable), respecto de la madre, fundada por la defensa en el ambiente familiar y el temor a que su hija atentara contra su vida. No obstante, fue rechazada por los siguientes fundamentos:

⁴⁹ Números estadísticos extraídos de datos estadísticos elaborados por la División de Estudios, de la Fiscalía Nacional, que trabajó sobre la base de información del Sistema de Apoyo a los Fiscal (SAF), fecha de captura: 18 de febrero de 2017.

⁵⁰ Número de Boletín 9895-11. Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, actualmente en tramitación parlamentaria.

"Sin perjuicio de haberse acreditado el contexto familiar y social en que se encontraba inmersa la encartada, no se formó convicción en estas sentenciadoras respecto de la concurrencia de los requisitos que hacen procedente la causal de exención alegada, toda vez que no se obró para impedir un mal efectivo, grave e inminente".

c) Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, Rol N°1201085037-K, de 5 de octubre de 2013, que describe claramente como concurre la voluntad de la mujer y la conducta del tercero que se subsume en la norma del 342 N°3 del CP. Así, en el considerando octavo indica:

"Calificación jurídica. Que los hechos descritos en el motivo anterior, por sus características presentan los elementos que tipifican el delito de aborto consentido, previsto y sancionado en el artículo 342 N°3 del Código Penal, toda vez que el agente del ilícito, maliciosamente procedió a realizar maniobras abortivas, con el consentimiento de ..., quien estaba en estado de gravidez y tenía 17 semanas de gestación, maniobras que estuvieron destinadas a interrumpir el embarazo de dicha mujer, a consecuencias de lo cual le causó pérdida de líquido amniótico y huevo roto feneciendo el producto de la concepción a los pocos días".

En cuanto al tratamiento como testigo o víctima de la mujer que causa su aborto se encuentra la **sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Arica, RUC 0600852730-8, 25 de julio de 2007**, que resolvió sobre el aborto consentido de una menor de 15 años que solicitó el aborto a un tercero. En el juicio oral se recibió el relato de la menor de edad como víctima, planteándose la dificultad del valor del consentimiento de ésta ya que a la época de los hechos era inimputable penalmente⁵¹.

Si bien el Ministerio Público acusó por la figura del aborto no consentido del artículo 342 N°2 del CP, en el juicio oral el tribunal llamó a recalificar por la figura del artículo 342 N°3, por estimar plenamente válida la manifestación de voluntad de la misma, conforme lo señala en el considerando séptimo:

"SEPTIMO: Que para arribar a la conclusión precedente los sentenciadores tuvieron en cuenta que aún cuando en la especie la mujer tiene quince años y por ende, a la fecha de ocurrencia del hecho era inimputable penalmente, ello no es óbice para considerar que el consentimiento prestado por ésta para la práctica del aborto [situación no discutida en estrados] hubiese estado viciado como lo sostuvo la fiscalía en su alegato de clausura, ya que como lo sostienen los profesores Politoff, Matus y Ramírez en su obra "Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, página

⁵¹ Los hechos ocurrieron el 27 de noviembre de 2006, época en que se encontraba promulgada y publicada la Ley N°20.084, que estableció la responsabilidad penal desde los 14 años, pero su entrada en vigencia estaba prorrogada, lo que ocurrió efectivamente el 6 de junio de 2007.

95 "aquí lo importante no es determinar la imputabilidad de la mujer embarazada, sino si, conforme a su desarrollo biológico y mental, podría tener conciencia del significado del acto...".

Luego de analizar las circunstancias del hecho y acciones desplegadas por la menor de edad, concluyó que éstas son "todas propias de una persona que tiene plena conciencia de la ilicitud de su actuar, estimando estos juzgadores que cuando se trata de conciencia del injusto, lo que se pretende es indagar si lo prohibido es parte del proceso interno de la adolescente -situación que evidentemente ocurrió en la especie- y no si ésta era o no inimputable".

Como se desprende de los fallos, la figura penal exige que la mujer manifieste su anuencia con la práctica del aborto, lo que requiere que la voluntad de la mujer embarazada haya sido manifestada libremente, esto es, debe conocer el significado del acto, que no haya concurrido fuerza o engaño para obtenerla, puesto que de existir estos vicios estaríamos ante un aborto no voluntario. Además, que el consentimiento haya sido otorgado expresamente, rechazándose el consentimiento tácito.

3.2. Aborto honoris causa

El inciso segundo del artículo 344 del CP, regula la situación de la mujer que aborta "para ocultar su deshonra", estableciendo una pena más atenuada para ésta, a saber, presidio menor en su grado medio. Este privilegio es de carácter personal e incomunicable, por lo que no se extiende a los partícipes en el hecho.

El ocultar la deshonra debe ser el motivo principal. La doctrina tradicional ha señalado que se refiere a "que se haga público que la mujer ha tenido relaciones sexuales consideradas sexualmente como reprochables"⁵². Lo que se busca es impedir la negativa social que puede producir ese embarazo⁵³. Por otra parte, Matus y Ramírez señalan que no se trata de un reproche a la persona que aborta, por el contrario, se refiere "acerca de si el hecho de dar a luz podría llegar a ponerla en situación tal de no ser considerada como una igual en la comunidad"⁵⁴.

Resulta escasa la aplicación que se encuentra en la jurisprudencia de esta atenuación especial. En efecto, de los fallos de Juzgados de Garantía analizados para este artículo se observó que la rebaja de grado de la penalidad del autoaborto

⁵² ETCHEBERRY. ob. cit., p. 102.

⁵³ GARRIDO MONTT. ob. cit., p. 116.

⁵⁴ MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 103.

se efectuó principalmente por la concurrencia de las circunstancias atenuantes de irreprochable conducta (11 N°6 del CP) y colaboración sustancial (11 N°9), y sólo en un caso se detectó la consideración de haber actuado la mujer "para ocultar su deshonra"⁵⁵. Además de las sentencias de Tribunal Oral estudiadas, se obtuvo que únicamente en dos se hace mención a la circunstancia del inciso segundo del artículo 344 del CPP, siendo desechada por falta de prueba en un caso⁵⁶ y acogida en el otro, donde se destaca el siguiente razonamiento:

"Finalmente en lo que dice relación con la circunstancia que permitirá morigerar la sanción a imponer a la acusada ..., pues se trata de una privilegiante de carácter personal, que solo a ella puede beneficiar, esto es, estimar que ella obró por "ocultar su deshonra", lo primero que el tribunal tuvo presente fue la petición que el mismo ente acusador realizó al respecto en sus alegaciones de clausura. Luego, aún cuando en los tiempos actuales la situación social no es la misma que en el siglo pasado o anterior, en orden al reproche social que pesaba por ejemplo sobre la mujer soltera que resultaba embarazada, hoy en día son múltiples -y en ocasiones humanamente entendibles- las razones que pueden llevar a que una mujer ocultar su embarazo y decida abortar, hoy no sólo se trata de entender la deshonra como "el menosprecio social que engendran las relaciones extramatrimoniales para una mujer" (remisión de Politoff y otros, ya citado a Etcheberry III, 103) sino de abstenerse de hacer un juicio moral acerca de la persona que aborta, sino juzgar "acerca de si el hecho de dar a luz podría llegar a ponerla en una situación tal de no ser considerada como una igual en la comunidad" (Politoff y otros, texto ya citado, páginas 93 y 94). Es en esta situación en la cual el tribunal estimó, se encontró la joven acusada, estudiante de educación superior, con 20 años de edad, la que manteniendo una relación sentimental por más de un año con el acusado ... y al parecer aún conservándola, por la actitud que se advirtió en el juicio, queda embarazada, aproximadamente en agosto del año 2006 y viviendo junto a sus padres, les ocultó la situación, hasta que a fines de noviembre de 2006, éstos se enteran pues debieron concurrir con ella al Hospital Militar por los dolores que presentó con ocasión de la actividad por ella realizada, como se dijo sin el conocimiento de sus padres, los que como también pudo advertirse en el juicio, al menos no se hicieron presente en la sala de audiencia. No cupo duda entonces que pesaba sobre ella la posibilidad de no ser igualmente aceptada al interior de su comunidad familiar, estudiantil o social, en el evento de proseguir el curso de su embarazo"57.

⁵⁵ Sentencia del 14° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 1100541367-4, de 19 de marzo de 2012.

⁵⁶ Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, RUC 0801078882-0, de 18 de julio de 2009.

⁵⁷ Considerando octavo de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Anatofagasta, RUC 0710024616-8, 13 de octubre de 2016.

3.3. Aborto del facultativo

El artículo 345 del CP contempla una calificación de la conducta para "el facultativo que abusando de su oficio, causa aborto o cooperare a él", esta mayor sanción impacta a aquel que actúa tanto como autor, como aquel que se encuentra en hipótesis de coautoría y participación ya sea como cómplice o encubridor. En definitiva, aumenta en un grado las penas contempladas en el artículo 342 del CP a los profesionales de la medicina que abusando de su oficio intervienen en el delito de aborto.

Bustos, Politoff y Grisolía, citando a Pacheco, dan cuenta que la justificación de la agravación está dada por la exigencia de moralidad recta en su actuar a los profesionales de la salud, donde lo esperable es curar las enfermedades. Atendido que la agravación se refiere específicamente a un fundamento de culpabilidad, no se comunica a los partícipes que no tienen dicha calidad⁵⁸.

Matus y Ramírez indican que para los efectos de tener claridad acerca de las profesiones que han de estar comprendidas en este concepto se deberá tener en cuenta lo señalado en el artículo 313 del CP, esto es, quienes ejercen como médico-cirujano, dentistas, químicos-farmacéuticos, bioquímicos, y aquellos que desarrollan profesiones cuya finalidad es la prevención y cura de enfermedades del cuerpo humano, tales como enfermeras, kinesiólogos, obstetras, entre otros⁵⁹.

La jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la calidad de facultativo, y en definitiva cuando ha condenado a profesionales con la agravación del artículo 345 del CP, lo ha hecho respecto de médicos cirujanos, médicos gineco-obstetra, anestesista, matronas, y químico farmacéutico⁶⁰.

⁵⁸ POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS, ob. cit., págs. 163-164.

⁵⁹ MATUS y RAMÍREZ, Ibid., p. 89.

⁶⁰ Las sentencias que han aplicado la agravante del artículo 345 del CP son: Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, RUC 0400175500-0, de 2 de febrero de 2005, condenó a un médico gineco-obstetra; Juzgado de Garantía de Castro, RUC 0700305423-8, de 28 de agosto de 2007, condena a una matrona; Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 0700331937-1, de 14 de diciembre de 2007, condenó a un médico cirujano; Primer Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, RUC 0801078882-0, de 18 de julio de 2009 condena a un matrón; Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 0900324396-3, 3 de noviembre de 2009, condenó a una médico anestesista; Décimo Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 0801060198-4, de 8 de octubre de 2009, condenó a un médico cirujano; Tribunal Oral en lo Penal de Coquimbo, RUC 0900613759-5, de 23 de marzo de 2010, condenó a un médico cirujano; Tribunal Oral en lo Penal de Cauquenes, RUC 0801075525-6, de 2 de noviembre de 2009 condena a un farmacéutico; sentencia de la Excma. CS, Rol 3381-2009, de 9 de agosto de 2010, rechaza casación en contra de sentencia que condenó a un médico; sentencia del 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC 0900324396-3, de 18 de marzo de 2013, condenó a un médico cirujano, además, aplica agravante del artículo

Por otra parte, ha ocurrido que el aborto lo ha realizado una persona con estudios en centros de formación distintos a una universidad y centros de educación técnica. Sin embargo, se ha tratado de un lugar que ha habilitado a la persona para ejercer años como enfermero en una institución del Estado, de manera que puede entenderse que ha sido una formación idónea para ejercer un oficio que lo pone en posición de poder causar un aborto. Pese a ello fue desechada la calificación del artículo 345 del CP. Se trata del fallo dictado por el Tribunal Oral de Punta Arenas, Rol RUC 1201085037-K, de cinco de octubre de 2013, que desestimó dicha calidad respecto de un enfermero que tenía estudios y título técnico de la Academia Politécnica Naval, exigiendo que los estudios hayan sido en facultades universitarias.

El mismo fallo cuenta con un voto disidente, que comparto, que discurre que el título técnico de nivel superior de la referida institución, en conformidad al Decreto con Fuerza de Ley N°2 del Ministerio de Educación "le confiere la calidad que le permite ejercer el arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano", razón por la cual estima que debió haberse aplicado la norma del artículo 345 del CP⁶¹.

Sobre la situación del paramédico, la sentencia del **Tribunal Oral en lo Penal de Arica resolvió en causa Ruc 0600852730-8, de 25 de julio de 2007**, que la calidad de paramédico no reviste el carácter de facultativo a que hace alusión la referida disposición, por aplicación de lo descrito en el artículo 313 del CP y el artículo 112 del Código Sanitario⁶².

Finalmente, en cuanto a los requisitos de la agravación, el artículo 345 del CP expresamente exige que para que se configure la agravación, el profesional de la salud debe actuar **"abusando de su oficio"**, lo que según Politoff, Grisolía y Bustos ocurre cuando "el facultativo realiza la acción típica no justificada, motivado por fines ajenos a los principios terapéuticos que deben guiar su función profesional"⁶³.

En efecto, en la sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N°3381-2009, de 9 de agosto de 2010, se resolvió sobre la aplicación de una condena por la figura del artículo 342 N°3 en relación al 345 del CP: "toda vez que un tercero, abusando de su profesión de médico, provocó maniobras que produjeron la interrupción ilícita del proceso de gestación en dos mujeres".

 $^{12~}N^{\circ}16$ del CP; y sentencia del Juzgado de Garantía de Constitución, RUC 1101303711-8, de 15 de febrero de 2013, que condenó a un médico cirujano.

⁶¹ Tribunal Oral de Punta Arenas, Rol RUC 1201085037-k, de cinco de octubre de 2013, considerando undécimo y voto disidente.

⁶² Tribunal Oral en lo Penal de Arica, RUC 0600852730-8, de 25 de julio de 2007, considerando décimo cuarto.

⁶³ POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS, ob. cit., p. 165.

En el mismo sentido, la sentencia del **Tribunal Oral en lo Penal de Cauquenes Rol N°0801075525-6, de 2 de noviembre de 2009**, condenó a un químico farmacéutico que vendió pastillas de Misoprostol e instruyó sobre el modo de uso para conseguir el aborto, conducta que el tribunal estimó se enmarcó dentro de la figura del artículo 342 N°3 en relación con el artículo 345 del CP, cuya participación se enmarcó en la figura descrita en el artículo 15 N°3 del mismo cuerpo legal, por haber facilitado los medios. Así lo indica en los considerando décimo y décimo primero:

"DÉCIMO: Calificación Jurídica. Que los hechos descritos precedentemente, configuran el ilícito de aborto previsto y sancionado en el artículo 345 en relación al artículo 342 N° 3 ambos del Código Penal, en grado de consumado, al haberse acreditado que el sujeto activo, facultativo abusando de su oficio, coopero vendiendo los comprimidos que causaron el aborto a una mujer embarazada cuya consecuencia fue la interrupción del embarazo y posterior muerte del feto.

Que tal figura requiere un sujeto activo que posea una calidad determinada y actué abusando de su oficio, situación que se produce ya que el agente reunía la calidad de facultativo, poseía estudios universitarios competente en el área de salud, de tal modo que su oficio lo ponía en una situación potencial de conocer o como causar un aborto, el cual efectuó una acción típica no justificada, motivado por fines contrarios o ajenos a los principios terapéuticos que deben guiar su accionar profesional.

Finalmente debemos señalar que ha cooperado en los términos que exige la figura penal, ya que su conducta de autoría ha permitido la realización del aborto, que si bien no lo efectuó de propia mano, su accionar dio inicio al curso causal con lo cual tenía parte del dominio del hecho".

"DECIMO PRIMERO: Participación. Que en razón de lo señalado en el fundamento anterior, se considera la actuación del acusado Díaz Riveros como autoría, por haber facilitado los medios en la ejecución de los hechos, de conformidad a lo establecido en el artículo $15\ N^\circ 3$ del Código Penal".

Por su parte, la sentencia del **Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, RUC** N°0801078882-0, de 18 de junio de 2009, desarrolla la idea del actuar sin necesidad terapéutica:

"Finalmente, respecto del acusado ... son constitutivos y contienen íntegramente cada uno de los elementos del tipo penal de aborto, en la hipótesis contemplada en el artículo 345 en relación al artículo 342 N°3, ambos del Código Penal, toda vez que el referido acusado, en su calidad de matrón, abusando de su oficio, es decir, sin estar autorizado para ello e incluso sin necesidad terapéutica y con el consentimiento de la mujer embarazada, efectuó maniobras que en definitiva interrumpieron el proceso de gestación con la muerte consiguiente del producto de la concepción".

4. Aborto no voluntario

La figura de aborto no voluntario se encuentra compuesta por tres hipótesis, a saber, el realizado con violencia (art. 342 N°1 CP); el causado sin violencia (342 N°2 CP); y el aborto cometido sin el propósito de causarlo (art. 343 CP)⁶⁴.

A su vez, tratándose del aborto no voluntario, la expresión "maliciosamente" contenida en el encabezado del artículo 342 del CP, como lo señala la opinión mayoritaria de la doctrina⁶⁵, requiere la concurrencia de dolo directo, atendido el énfasis que se incorpora con la malicia. Exigencia que se aplica para las tres figuras del artículo 342, así como también al tercero sea o no facultativo.

No obstante, Etcheberry entiende que la expresión maliciosamente alude a la antijuridicidad o ilicitud de la conducta, de manera que es posible el aborto con dolo eventual en el caso del artículo 342 N°2, ejemplificando con el caso del que suministra un tratamiento para bajar de peso a la mujer, a sabiendas que le puede causar un aborto, y lo deja al azar o le es indiferente⁶⁶.

Entre los años 2007 y 2016 ingresaron al Ministerio Público 595 casos de aborto sin consentimiento. Las formas de términos aplicadas fueron principalmente el archivo provisional (50%) y la facultad de no iniciar la investigación (18%). En tanto el 2,3% de los delitos terminaron por condena⁶⁷.

4.1. Aborto no voluntario realizado con violencia art. 342 N°1

En la figura de aborto no voluntario causado con violencia, contenido en el artículo 342 N°1, la doctrina ha comprendido dentro de la voz "si ejerciere violencia en la mujer embarazada", tanto las hipótesis de empleo de energía física realizada sobre el cuerpo de la mujer para causar su aborto, para vencer su resistencia, como también, para forzarla al autoaborto⁶⁸.

⁶⁴ MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 87.

⁶⁵ MATUS y RAMÍREZ, Ibid., págs. 99 y 100; POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS, ob. cit., p. 220; GARRIDO MONTT. ob. cit., p. 108.

⁶⁶ ETCHEBERRY. ob. cit., p. 101.

⁶⁷ Números estadísticos extraídos de datos estadísticos elaborados por la División de Estudios, de la Fiscalía Nacional, que trabajó sobre la base de información del Sistema de Apoyo a los Fiscal (SAF), fecha de captura: 18 de febrero de 2017. El total de causas por aborto no consentido terminadas en dicho período ascendió a 590.

⁶⁸ POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS. ob. cit., págs. 221-222. MATUS y RAMIREZ, ob. cit., págs. 108-109.

Además, una parte importante de la doctrina considera la violencia de manera amplia de tal modo que también puede ser ejercida por medio de amenazas (violencia física futura) y coacciones (violencia física inminente) para vencer la resistencia o causar su autoaborto⁶⁹. En este caso se requerirá que la entidad de la intimidación utilizada revista la suficiente gravedad, seriedad y verosimilitud de verse afectada la integridad física de la propia mujer embarazada o un tercero que se relacione con ésta⁷⁰.

4.2. El aborto no voluntario causado sin violencia art. 342 N°2

Esta hipótesis contempla dos elementos negativos: la falta de violencia y la falta de consentimiento. El consentimiento está referido a dar muerte al feto y no "a las solas maniobras abortivas"⁷¹.

La voluntad de la mujer embarazada es relevante para determinar la figura de aborto aplicable y en concreto el grado de penalidad, el cual será menor de contar con su consentimiento conforme lo dispone el art. 342 N°3 del CP. Cabe tener presente que en los casos de aborto voluntario en que el consentimiento para cometer el aborto no se otorgó libremente o adolezca de vicio, Politoff, Grisolía y Bustos señalan que concurre la figura del artículo 342 N°2 del CP cuando se ha procedido con engaño, la mujer se encuentra privada de sentido o no comprende el tipo de maniobras a las que ha sido sometida⁷².

Por el contrario, si el vicio que afecta la voluntad de la mujer es la amenaza o coacciones, como ya se trató en el punto anterior, lo que corresponde aplicar será la figura del aborto violento contenido en el número uno del mismo artículo.

4.3. El aborto sin el propósito de causarlo art. 343

Conforme lo expresado, en la figura del artículo 343 del CP la conducta típica también se desarrolla mediante violencia en la mujer embarazada, al igual que la descrita en el art. 342 N°1, pero difiere de ella en cuanto a la subjetividad

⁶⁹ MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., págs. 108-109. POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS, ob. cit., págs. 222-223. ETCHEBERRY, ALFREDO. ob. cit., p. 98.

⁷⁰ MATUS y RAMIREZ. Ibid.

⁷¹ POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS. ob. cit., p. 228.

⁷² POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS. Ibid., p. 228.

del autor⁷³. Así, en este caso se produce el aborto sin la intención de causarlo, siendo sancionado cuando el embarazo es notorio o le consta al hechor.

Así, en el fallo del **Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, RUC 0310004115- 3, de 30 de noviembre de 2005**, se acreditó que al acusado le constó el estado de embarazo y pese a ello violó a la mujer embarazada y causó la muerte del feto por hipoxia por la alteración sufrida por la madre, que en este caso fue aguda, súbita y no crónica, estimando procedente condenar por este delito, como lo señala en el considerando octavo:

"Que el hecho descrito en la letra b) del considerando Sexto, configuran el delito de aborto, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 343 del Código Penal, toda vez que se acreditó que la violencia ejercida por el encartado ocasionó el aborto o muerte del feto que esperaba ..., siendo su embarazo notorio –de seis meses y medio–, y más aún, constándole al hechor".

4.4. Problemas concursales en el aborto violento

Producto de la violencia ejercida sobre la mujer embarazada puede ocurrir que resulte el aborto y la muerte de ésta e incluso lesiones de aquellas que exceden lo necesario para lograr el resultado abortivo. Lo anterior genera la discusión sobre los regímenes concursales aplicables.

Parte de la doctrina señala que se considera que el germen de vida del que está por nacer se encuentra dentro de la protección de la vida de la mujer, por lo tanto no habría homicidio doloso en concurso con aborto doloso. Entienden que concurre un solo delito, produciéndose un concurso aparente, donde el homicidio absorbe al aborto, el que podrá ser sancionado más intensamente por aplicación del art. 69 del CP⁷⁴.

En sentido diverso se pronuncia Garrido Montt al plantear que se trata de un concurso ideal heterogéneo, regulado en el artículo 75 del CP, donde lo esencial es distinguir el dolo en el empleo de la violencia. Esto es, si la conducta se desarrolló con dolo de matar, o lesionar gravemente, se tratará de un delito de homicidio o lesiones gravísimas en concurso con aborto culposo, en razón de que "hay dos bienes jurídicos independientes en juego" (la vida o salud de la mujer y la vida del que está por nacer), y que se presentan "dos

⁷³ Ver POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS. Se requiere dolo eventual o culpa respecto del aborto, y en cuanto a la violencia siempre debe ser dolosa. Otros autores, entre ellos Novoa, señalan que el resultado del aborto es preterintencional. Ob. cit., p. 233.

⁷⁴ POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS. ob. cit., p. 223; MATUS Y RAMÍREZ, ob. cit., p. 110.

comportamientos humanos relevantes y jurídicamente separables (la acción dirigida a matar o lesionar a la mujer y la falta de cuidado en su realización con el resultado muerte del feto, imputable a esa falta de diligencia)"⁷⁵.

A su vez, este autor plantea la existencia del concurso ideal heterogéneo en el caso de que el dolo sea de aborto, pero se cause además la muerte de la mujer. Aquí explica que se produce un concurso entre delito doloso de aborto y homicidio culposo (cuasidelito), e incluso podría encontrarse en la hipótesis de aborto doloso en concurso con homicidio o lesiones gravísimas con dolo eventual, cuya resolución debe realizarse según lo dispuesto en el artículo 75 del CP⁷⁶.

Politoff, Bustos y Grisolía ejemplifican una situación en que las acciones se desarrollan en momentos y espacios diferidos dando lugar a una hipótesis de un concurso real del art. 74 del CP. Plantean el caso en que el sujeto activo logró el aborto, la mujer lo encara por el hecho y luego éste realiza acciones posteriores para causar la muerte de la mujer⁷⁷.

Por otra parte, en el aborto doloso violento aquellas lesiones que resulten excesivas a las que necesariamente se causan en él, a saber, castración, mutilaciones, y las lesiones del artículo 397 del CP, la doctrina se ha pronunciado en el sentido que no pueden quedar absorbidas en el delito de aborto, siendo procedente en este caso el concurso conforme a lo dispuesto en el art. 75 del CP⁷⁸.

En cuanto a la jurisprudencia que ha resuelto sobre la muerte violenta de la mujer embarazada y el aborto, cabe señalar que en ellas se concentra un mayor número de sentencias que absuelven el delito de aborto y condenan por el delito de homicidio, que aquellas que condenan por ambos delitos.

Dentro de las sentencias que desestiman el aborto y condenan sólo por homicidio se pueden distinguir aquellas que absuelven el aborto porque no se logra acreditar el tipo subjetivo y aquellas que adoptan la postura doctrinaria sobre la absorción del delito de aborto en el homicidio.

Así, dentro del primer grupo, esto es, falta de prueba rendida en juicio referida al tipo subjetivo, se encuentran las siguientes sentencias:

⁷⁵ GARRIDO MONTT ob. cit., p. 110.

⁷⁶ GARRIDO MONTT. Ibid., p. 111.

⁷⁷ POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS. ob. cit., p. 225.

⁷⁸ POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS Ibid., p. 225; MATUS y RAMÍREZ. ob. cit., p. 110. GARRIDO MONTT. ob. cit., p. 110.

a) Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Curicó en causa RUC N°1400092475-0, de 11 de febrero de 2015⁷⁹, la Fiscalía acusó por homicidio calificado, aborto, robo con intimidación, daños simples, amenazas y tráfico ilícito de drogas. La figura de aborto utilizada en la acusación fue el no voluntario violento contenida en el artículo 342 N°1 del Código Penal.

Los jueces absolvieron a los acusados del delito de aborto considerando que era exigible haber probado el dolo de abortar distinto al de matar. Los argumentos los resume en el siguiente considerando:

"SEPTIMO: Que, se ha desestimado la acusación que se formuló contra los tres acusados y que los sindicaba como autores del delito de Aborto, por cuanto la víctima del homicidio se encontraba cursando un embarazo de, a lo menos 28 semanas de gestación, según indicó el médico legista, período que, según los conocimientos científicamente afianzados, hacían posible la sobrevivencia del feto, sin embargo, a pesar de que el embarazo pudo ser notorio, no fue, suficientemente, acreditado, superando toda duda razonable, que, los hechores al atacar a la víctima hubieren buscado o tenido por finalidad, específica, y separada del homicidio, lograr, también, la interrupción del embarazo, frustrando la vida de quien estaba por nacer, de no haber mediado la muerte de la madre, puesto que se ha concluido por estas falladoras que, aquella interrupción del embarazo en gestación fue consecuencia directa de las acciones que quitaron la vida a ...; es más, no obstante el decir de los médicos que declararon en juicio específicamente el Dr... que, al parecer, desde el abdomen de la víctima y cuando se efectuaba una cesárea, se habría extraído un proyectil, esto no fue debidamente corroborado, en el sentido de que efectivamente allí se alojaba sino que también hubo de acreditarse por dónde ingresó aquel proyectil, por ende, al no saberse si estaba dirigido, específicamente hacia el abdomen de la mujer, o si éste estaba en ese lugar –no debidamente especificado y determinado en juicio– era por la trayectoria de los impactos que ingresaron a la extremidad superior -hombro- o, al tórax; por consiguiente respecto de este ilícito solo cabe dictar una decisión de absolución para los tres sentenciados".

b) Sentencia del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC N°1000356692-2, de 18 de noviembre de 2012, la Fiscalía acusó por el delito de aborto del artículo 342 N°1 y homicidio simple. El tribunal no dio por acreditado el conocimiento del embarazo por parte del autor, por cuanto aún no era notorio, de manera que tampoco podía establecer el dolo requerido por la figura penal invocada:

⁷⁹ Los hechos consistieron en que los acusados ingresaron a un domicilio a buscar a la víctima quien había concurrido allí para ocultarse de éstos, al encontrarla en uno de los dormitorios le dispararon causándole la muerte. La víctima presentaba un embarazo evidente de 8 meses de gestación que resultó abortado como consecuencia del accionar de los acusados que dieron muerte a la madre.

"DÉCIMO OCTAVO: Que, por todo lo razonado en los considerandos Duodécimo a Décimo Quinto, se encuentra establecido que el embarazo de ... no era notorio u ostensible y que, además, el acusado no tenía conocimiento del mismo, lo que lleva a estimar por no configurada la tipicidad subjetiva que requiere la norma del artículo 342 N° 1 del Código Penal, y que los mismos acusadores plantean como dolo directo, razones por las cuales en este caso no se configura el delito de aborto por el que se acusó y corresponde absolver al acusado de este cargo que se le imputó".

Entre el segundo grupo, encontramos aquellos fallos que consideran que el problema debe ser resuelto entendiendo que se produce un concurso aparente, aplicando, en definitiva, la solución de absorción del aborto en el delito de homicidio, entre estos se encuentran:

c) Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, RUC N° 1000569157-0, 13 de octubre de 2012, que refiere que el aborto violento requiere dolo directo, adhiriendo a la doctrina mayoritaria. En el juicio se acreditó el dolo de matar, y no de causar aborto. En cuanto a la figura del 343, estima que conforme la doctrina, el delito de aborto es absorbido por el delito de homicidio, por la mayor penalidad. Además agrega que la tutela de la vida de la mujer incluye el germen de vida que lleva en su cuerpo. No obstante, posteriormente lo considera para el art. 69 del CP.

Considerando noveno: "b.- Tampoco cabe subsumir los hechos en la figura ilícita del artículo 343 del Código Penal como pudiese pensarse, pues si bien el acusado en su acción pudo plausiblemente actuar con dolo eventual o culpa y en conocimiento del estado de preñez de la ofendida, la violencia dirigida en contra de ésta estuvo encaminada a causar su muerte, circunstancia en la cual el homicidio –sostiene la doctrina⁸⁰ y que adhieren estos sentenciadores— al contar con una mayor penalidad "absorbe el desvalor del aborto y habría un solo delito y no un concurso, porque la tutela de la vida de la mujer incluye la del germen de vida que lleva en su cuerpo", situación que resulta aún más clara en la especie desde que la viabilidad de vida autónoma del feto, de tan solo doce semanas de gestación, es escasa o nula, de modo tal que la muerte de la madre conlleva necesariamente la muerte de éste".

"Lo anterior, sin perjuicio, que la interrupción del embarazo sea atendida a la hora de determinar la mayor extensión del mal causado, conforme al artículo 69 del Código Penal".

⁸⁰ BUSTOS, JUAN; GRISOLÍA, FRANCISCO; POLITOFF, SERGIO. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Santiago, Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1971, p. 206; GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 110; POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN P.; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Santiago, Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 106.

d) Sentencia del Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, RUC N°1001107375-7⁸¹, de 22 diciembre de 2012⁸². El Fiscal acusó por el aborto del 342 N°1 del CP, y homicidio calificado.

El tribunal condenó por homicidio simple considerando, para los efectos del art. 69, el aborto del 343 del CP. En lo medular estimó que no se probó el dolo de abortar, pues el feto murió por hipoxia intrauterina. Pese a ello señala que el caso refleja una problemática que debe ser resuelta por medio de la dogmática.

"Considerando vigésimo: Que duda puede existir que el acusado cuando dio muerte a ..., de igual modo sabía que estaba dando muerte a la criatura que llevaba en su vientre, sería subestimar la inteligencia de cualquier ser humano pensar de un modo distinto, pero nuevamente nos encontramos con el problema de cómo se resuelven estos problemas. Y puede que tenga razón el acusador cuando opta por resolver el problema de los concursos a través de la política criminal, pero lamentablemente en forma contraria a lo que piensa el perseguidor, el asunto no puede ser resuelto en esa sede, y la solución está en la dogmática".

En este fallo el tribunal consideró la postura doctrinaria de Politoff, Bustos y Grisolía, como también la del profesor Matus, en el sentido de señalar que frente al delito de homicidio en concurso con el delito de aborto, ya sea este último cometido con dolo eventual o culpa, el acusado responderá sólo a título de homicidio por la absorción del injusto de la muerte del que está por nacer.

Finalmente, dentro de las sentencias estudiadas que condenaron por homicidio en concurso con aborto, se encuentran las siguientes:

⁸¹ Sentencia cuyo recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público fue rechazado por la ICA de Puerto Montt, en causa ROL N°3-2013, de 18 de febrero de 2013. La Corte estimó que en los considerandos décimo sexto, décimo octavo, décimo noveno y vigésimo se expresa el razonamiento en torno al aborto, lo que permite concluir que el TOP absolvió por dicho delito, pese a que el fallo efectivamente no contiene en la parte resolutiva la absolución del aborto. La ICA rechaza la causal por falta de trascendencia. No hay vulneración al principio de no contradicción en relación a la calificación del homicidio por cuanto al TOP le parece posible lo planteado por el perito de la defensa. Desestima la causal de nulidad, además, por cuanto estima que el TOP no dio por probada las hipótesis que calificaban el homicidio, de manera que sólo estimó procedente un homicidio simple, siendo soberanos los jueces para apreciar la prueba. En cuanto al aborto, en el considerando décimo, se señala que el art. 342 N°1 es claro en cuanto a la necesidad de dolo directo, y que el tribunal analizó elementos probatorios y concluyó que no dan cuenta del dolo requerido.

⁸² El acusado se reunió con la víctima y la llevó por engaños a un lugar despoblado donde la agredió con un elemento contundente en reiteradas ocasiones causándole la muerte a ella y al hijo que esperaba (7 meses). Ella fallece producto de un traumatismo encéfalo craneano, y el feto que llevaba en su vientre, falleció por una hipoxia intrauterina.

a) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Osorno, RUC 0900381559-2⁸³, de 31 de marzo de 2010. El tribunal condenó por el delito de homicidio calificado y aborto no voluntario cometido con violencia contenido en el artículo 342 N°1 del CP.

Para condenar dio por probado que la cesación de los fenómenos físicos tanto de la madre como de la criatura que llevaba en su vientre se produjo a consecuencia de que un tercero propinó una serie de estocadas con un arma afilada y puntiaguda que provocaron la muerte de ésta y de su hija que no nacía aún. Destacando la concurrencia de un dolo más allá del homicida, como se desprende del considerando duodécimo: "habida consideración de la concurrencia en el caso sub lite de la malicia o dolo directo exigido por el legislador punitivo en la reseñada norma sustantiva, ya que de acuerdo a la lógica y a las máximas de la experiencia de haber tenido sólo el fin o la intención positiva de quitarle la vida a ... o siguiendo la teoría del letrado defensor, de haber exclusivamente querido el sujeto activo del ilícito cometer un delito contra la propiedad -un robo con violencia-, éste, de acuerdo a las reglas de valoración invocadas, únicamente le habría propinado a ésta una o a lo más dos estocadas en una zona distinta de las que en definitiva le asestó –un sector del cuerpo humano en el que se ubican una serie de órganos nobles-, y derechamente no la habría lesionado en la forma tan violenta como lo hizo, lo que incluso llamó la atención de los profesionales de la salud S.H. y P.B.M por lo inusual y virulenta de la agresión, lo que necesariamente debió encontrar su motivación en el otro dolo con el que el hechor actuó aquella tarde del 23 de abril de 2009, uno directo de tipo abortivo, esto es, sabiendo y queriendo también acabar con la vida del feto que se encontraba alojado en el útero de la ofendida ..., máxime si quedó claro, que su estado de embarazo era evidente, notorio y fácilmente apreciable a simple vista, como lo dijeron la totalidad de los deponentes que conocían a ..., el que incluso le fue comunicado ex profeso por ella al individuo que ingresó al local comercial donde laboraba, conforme lo indicó el testigo presencial de los acontecimientos ..., quien le escuchó decir "tranquilo, estoy embarazada", estado que por lo demás, como se pasará a abordar en el futuro, desde el mes de noviembre de 2008 era cabalmente conocido por el sujeto activo del ilícito, lo que ratifica que en el caso que nos ocupa se esté ante la presencia de dos delitos diferentes entre sí, sin perjuicio de la forma en que ellos sean eventualmente sancionados, logrando darse

⁸³ En el caso el imputado desde que tomó conocimiento que la mujer víctima se encontraba embarazada le solicitó que se practicara un aborto, finalmente concurrió al lugar de trabajo de ésta, con un elemento similar a un arma de fuego y un arma cortopunzante, intimidó con el primero a la mujer y a las personas que se encontraba en el lugar los conminó a desplazarse a una bodega del local, luego apuñaló en reiteradas ocasiones a la víctima que presentaba un embarazo notorio de 35 semanas, en la zona cervical y toraco-abdominal, provocando la muerte de ésta por un shock hemorrágico y la interrupción del embarazo, se produjo el nacimiento de una niña que vivió 9 horas y murió por encefalopatía hipóxico isquémica por la pérdida de sangre de la madre.

por acreditado en consecuencia que las múltiples lesiones presentadas por la víctima en definitiva le causaron la muerte por un shock hemorrágico y la interrupción de su embarazo".

En cuanto a la pena aplicada, en este caso el tribunal consideró conforme lo dispone el artículo 75 del CP que opera un concurso ideal, aplicando la pena mayor asignada al delito más grave, esto es, al delito de homicidio calificado lo que se tradujo en definitiva en la pena de 20 años de presidio mayor en grado máximo.

En contra de esta sentencia se alzó recurso de nulidad que fue desestimado por la Corte de Apelaciones de Valdivia en fallo de fecha 24 de junio de 2010, donde lo que se impugnó no decía relación con la calificación del aborto y la condena de éste en concurso con el delito homicidio, sino más bien con cuestionamientos referidos a la infracción del derecho a defensa, vulneración a las normas de valoración de la prueba y la calificación del homicidio.

b) Sentencia del Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC N°1201119256-2, de 12 de abril de 2014. El tribunal por aplicación del artículo 74 del CP condenó por los delitos de homicidio simple, manejo en estado de ebriedad y aborto del 343 del CP⁸⁴. En el fallo quedó establecido que la acción violenta que provocó la muerte de ésta y del hijo que estaba por nacer se produjo conociendo su estado de embarazo, sin que se desarrollaran mayores discusiones y razonamientos sobre el régimen concursal aplicable.

Esta sentencia quedó firme luego que fuera rechazada la nulidad deducida en su contra, por sentencia de la **Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°1506-2014, de 11 de julio de 2014**, perdiéndose la oportunidad de poder pronunciarse sobre la manera en que se resolvió el concurso debido a que el recurso de la defensa no indicó los preceptos legales sustantivos que fundaban la errónea aplicación del derecho alegada conforme el artículo 373 letra b) del CPP.

De lo anterior, cabe concluir que pese a la existencia de fallos que aplican la absorción del aborto en el homicidio, no es posible sostener que sea una postura mayoritaria de la jurisprudencia, pues de las restantes sentencias analizadas en este acápite, tanto absolutorias como condenatorias, se desprende que si de los hechos se puede sostener el dolo de provocar el aborto diferenciado del dolo de matar, es posible arribar a condena por cada uno de los delitos

⁸⁴ La Fiscalía acusó por el delito de homicidio del art. 390 N°2, conducción en estado de ebriedad, amenazas en VIF y aborto 343 del CP.

cometidos, sin perjuicio que la solución de la determinación de la pena podrá variar entre la aplicación del concurso ideal del artículo 75 del CP y el concurso real del artículo 74 del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, en esta hipótesis, puede ocurrir que de las acciones violentas que provocaron la muerte de la mujer, y de los hechos concomitantes, no sea posible acreditar el dolo directo de provocar aborto, pero sí las acciones violentas cometidas por el autor en contra de la mujer embarazada y el conocimiento del referido estado de gravidez. En este caso nos encontraremos en la hipótesis contenida en el artículo 343 del CP, referido al aborto violento ocasionado sin el propósito de causarlo.

5. Problemas a nivel de iter criminis

Para determinar si el delito de aborto se encuentra consumado será relevante la muerte del feto o embrión, ya sea dentro o fuera del vientre materno, siendo necesario que este resultado sea producto de las maniobras realizadas para conseguir la interrupción del embarazo⁸⁵.

Constituiría tentativa el inicio de conductas dirigidas a realizar el aborto, ya sea por la propia mujer o un tercero con su consentimiento, cuando se ponga en peligro al feto o embrión⁸⁶.

La jurisprudencia analizada en este estudio, resolvió en su mayoría castigar como consumado el aborto, cuando producto de las maniobras abortivas el feto o embrión nació vivo. En tal sentido:

Sentencia del **Tribunal Oral en lo Penal de Talca, RUC 1101303711-8, de 19 de marzo de 2009**, que indica que se configura un delito de aborto consumado, pese a que haya nacido y sobrevivido un instante, en el considerando octavo señala:

"No obsta a esta calificación, la circunstancia de que se haya producido el alumbramiento y el recién nacido haya sobrevivido algunos momentos, pues, la expulsión del feto fue consecuencia de la aplicación de las pastillas de Misotrol en la vagina de la mujer, las que, como se ha dicho, tiene un efecto abortivo al ocasionar contracciones que, en la especie, interrumpieron el proceso gestacional cuando aún el feto no tenía la madurez necesaria para subsistir, como lo señalara el médico legista, aparte de haberle causado graves daños en el cerebro, como se evidencia de la hemorragia cerebral que constató el referido profesional.

⁸⁵ MATUS y RAMÍREZ. Ob. cit., p. 103 y POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS. p. 213.

⁸⁶ Ibid., págs. 103 y 213.

El delito se consumó, por cuanto se concretó el designio delictivo, cual era, interrumpir el embarazo y causar la muerte del feto".

Sentencia del **Tribunal Oral en lo Penal de Cauquenes, RUC** N°0801075525-6, de 2 de noviembre de 2009, considerando décimo:

"Que en cuanto al momento consumativo del tipo penal, lo primordial es la muerte del feto, sea dentro o fuera del vientre materno, siempre que sea una consecuencia necesaria de la interrupción de la gravidez, como en el caso de marras, que fue expulsado vivo, pero pereció a causa de su inmadurez pulmonar, toda vez que con la prueba vertida, se acreditó que trae problemas respiratorios desde el momento que comenzó la labor de parto, teniendo en consideración que se prestaron auxilios médicos a minutos de producido el parto".

La Sentencia del **Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, RUC 0900381559- 2**, condena en este caso por aborto consumado⁸⁷ en circunstancias que nace una niña que sobrevive unas horas gracias a la asistencia médica, y que luego muere debido a la hipoxia isquémica que sufrió producto de la anemia causada a la madre. Si bien la muerte se produjo fuera del vientre materno y horas posteriores al nacimiento, se condenó por aborto consumado debido a que esta muerte fue consecuencia directa de la violencia desplegada y lesiones causadas a la madre⁸⁸.

6. Usos del Misoprostol

El Misoprostol es un medicamento que inicialmente es recomendado para el tratamiento de ulcera péptica, sin embargo, es capaz de provocar contracciones uterinas⁸⁹ y el reblandecimiento del cuello uterino⁹⁰, razón por la cual es una sustancia usada en la comisión del delito de aborto en nuestro país⁹¹.

⁸⁷ Tribunal de Juicio Oral de Osorno, RUC 0900381559-2, considerando décimo quinto.

⁸⁸ Considerando duodécimo: "la criatura nació sin signos vitales, con apgar 0 -literlamente muerta-, y que solo debido a la aplicación de sofisticadas técnicas médicas se le revivió hasta las 05:00 horas, momento en que dejó de existir".

⁸⁹ FEDERACIÓN LATINOAMERICANA DE SOCIEDADES DE OBSTETRICIA Y GINECOLOGÍA. *Uso del Misoprotol en obstetricia y ginecología.* 3ª edición, Panamá, FLASOG, mayo 2013, p. 13 [en línea]. Disponible en: http://www.flasog.org/wp-content/uploads/2013/12/Uso-de-misoprostol-en-obstetricia-y-ginecolog%C3%ADa-FLASOG-2013.pdf. [fecha de consulta: 22 de enero de 2017].

⁹⁰ FLASOG, ob. cit., p. 35.

⁹¹ La tasa de éxito para obtener un aborto completo por su uso es cercana al 90%. FLA-SOG, ob. cit., p. 75.

En la sentencia del **Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, RUC 1100135061-9, de 1 de noviembre de 2011**, se describen con claridad los efectos del este medicamento y su uso en la medicina actual:

"En ese sentido, las explicaciones entregadas tanto por el médico ... como por la matrona ..., valorados como testigos expertos, fueron informativas para el Tribunal, en cuanto a los efectos del medicamento mencionado. Así, se estableció que las pastillas en medicina tienen un uso en las especialidades de ginecología y en gastroenterología, pero que en la primera de las áreas, se utiliza para provocar contracciones, que derivan en la dilatación del cuello del útero, provocando la expulsión del contenido del mismo. Por ello se utiliza para expulsar fetos pequeños y también al término del embarazo para inducir un parto. Que por lo mismo este medicamento es de uso restringido, interno o intra hospitalario, puesto que es entregado con receta y debe ser administrado por el médico. El medicamento produce un dolor agudo, en la zona del hipo gastrio y después si el dolor se hace más intenso y frecuente, se presenta sangramiento que aumenta en cuantía y culmina con la evacuación de todo el contenido del útero, esto es, produce el aborto o el parto"⁹².

En cuanto a la venta de este medicamento cabe aclarar que está regulada por la Resolución Exenta N°10216/2000, de 26 de diciembre de 2000, que dispone que los productos que contienen Misoprostol se expenderán al público bajo receta médica retenida.

Surge como dificultad investigativa la detección del uso del Misoprostol en la sangre y/o restos de legrado, por cuanto este medicamento contiene prostaglandina, componente que también se encuentra en el cuerpo humano.

La exigencia de una prueba científica como estándar para condenar quedó plasmada en la sentencia del **Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, RUC N° 0800903511-8, de 4 de junio de 2010,** donde en los hechos se rescataron 5 pastillas de la cavidad vaginal de la mujer, las que fueron desechadas en el servicio de salud. El médico y matrona que atendieron a la mujer afirmaron que era Misoprostol por la forma de los comprimidos y el relato entregado por la misma al ser atendida. Además, declaró en juicio un perito químico del SML quien efectuó peritaje a los restos de placenta, concluyendo que era imposible la detección de este medicamento dada la complejidad de la estructura molecular de la prostaglandina.

Pese a la prueba testimonial existente el tribunal absolvió razonando en el considerando décimo primero que "no se ha aportado prueba científica alguna que permita corroborar la naturaleza, composición y entidad de las tabletas halladas,

⁹² Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, RUC 1100135061-9, de 1 de noviembre de 2011, considerando duodécimo.

cuestión que en concepto de este Tribunal resultaba esencial para formar convicción. En efecto, dado que se afirmó que tales pastillas constituían un medicamento, era necesario acreditar tal calidad no sólo por su forma, sino que principalmente por su composición química, lo que en la especie no ha ocurrido".

En el mismo sentido resolvió la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en causa Rol N°43-2010, de 27 de julio de 2010, que rechazó el recurso de nulidad presentado por la Fiscalía en contra de la referida sentencia absolutoria. Al respecto, estima que la prueba idónea era el análisis químico de las pastillas, teniendo en cuenta que: "se encuentran proscritas en Chile y existen otras de similares características, que son un sedante y una antidepresivo (declaración del Médico Ginecólogo ...). A lo menos debió aportar el Ministerio Público prueba de haberse verificado la presencia del citado medicamento en restos de la placenta o en la orina de la imputada, lo que no ocurrió, ajustándose, en consecuencia, la conclusión de los Jueces Orales precisamente a respetar los conocimientos científicamente afianzados"⁹³.

En esta sentencia, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas creemos se equivoca al señalar que el medicamento está prohibido en Chile, pues su venta, como se dijo anteriormente, está permitida bajo receta médica, y se usa para el tratamiento de ulceras y para inducir el parto⁹⁴. Además, eleva la necesidad de prueba a un punto imposible, atendido que los comprimidos fueron destruidos antes de haberse iniciado la investigación y las muestras orgánicas no permitían su detección con la tecnología disponible en nuestro sistema médico legal.

Pese a las exigencias precedentes, el uso de este medicamento como medio comisivo del delito de aborto, se ha probado en juicios posteriores, por medio de testigos e informe químico en que se explica el efecto abortivo del referido medicamento, mas en ninguno ha podido ser establecida la presencia de dicha droga en la sangre u orina.

Así, en la sentencia dictada por el **Tribunal Oral en lo Penal de Arica, RUC 1200284229-5, de 28 de octubre de 2013**, en cuyo considerando octavo, valora el Informe de los Efectos Farmacológicos de Medicamentos, elaborado por el químico farmacéutico del Servicio de Salud de Arica, para acreditar el poder abortivo de la sustancia. En este caso en particular se pudo determinar que la sustancia utilizada fue Misoprostol, porque en el sitio del suceso se encontraron los contenedores vacíos de esta sustancia.

⁹³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, P.J. Rol N 43-2010, de 27 de julio de 2010, considerando noveno.

⁹⁴ FLASOG, ob. cit., p. 13.

Por su parte, en la sentencia condenatoria dictada por el **Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, RUC N°0801078882-0, de 18 de julio de 2009**, en causa por aborto voluntario donde se investigó a tres imputados. La mujer no tuvo conocimiento de la sustancia que se le suministró para el aborto, y en juicio no se presentó peritaje químico o toxicológico sobre la sustancia usada. Sin embargo, el tribunal igualmente condenó considerando que se acreditó que se efectuaron maniobras para producir la interrupción del embarazo, señalando que es irrelevante para el tipo penal la forma en que se efectúa dicha interrupción⁹⁵. En esta causa, se atendió a la prueba testimonial, sets fotográficos, tráficos de llamadas, y se valoró, especialmente, la confesión de dos de los imputados (el tercer imputado es el matrón al que concurren los dos primeros para efectuar el aborto, éstos son denunciados por un llamado anónimo a la policía).

En el mismo sentido se pronuncia el fallo del **Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, RUC 1100135061-9, de 1 de noviembre de 2011**. Si bien la defensa sostuvo la falta de peritaje químico de los comprimidos que fueron recuperados, el tribunal condenó igualmente por aborto a su vendedora conforme lo dispuesto en el artículo 342 N°3 del CP, sobre la base de prueba contundente testimonial y pericial⁹⁶.

A su vez, en la sentencia del **Tribunal Oral en lo Penal de Cauquenes, RUC** N°0801075525-6, de 2 de noviembre de 2009, se condenó por el delito de aborto, sin que se haya encontrado Misoprostol en las muestras de sangre y orina. Sin embargo, en este caso fue posible analizar los comprimidos, los que sometidos a un análisis químico toxicológico dio como resultado que contenían Misoprostol.

En cuanto a la participación, de los fallos analizados surge la aplicación respecto del sujeto que vende el Misoprostol usado en la comisión del delito de aborto, la figura de autor del referido delito conforme lo dispone el artículo 15 N°3 del CP. Lo anterior, por cuanto quien vende esta sustancia con fines abortivos, usualmente además de la venta entrega instrucciones sobre su uso, los efectos esperados y las acciones a seguir conforme se va desarrollando el aborto. Lo que constituye una conducta típica cuando la utilización de esta sustancia de la forma indicada se traduce en el resultado buscado, esto es la muerte del embrión o feto. En consecuencia, quien vende en estas condiciones facilita los medios para la comisión del ilícito.

⁹⁵ Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, RUC N°0801078882-0, de 18 de julio de 2009, considerando séptimo.

⁹⁶ Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, RUC 1100135061-9, de 1 de noviembre de 2011, considerando décimo.

Así lo estimó la sentencia ya citada del Tribunal Oral en lo Penal de Cauquenes al indicar que el sujeto activo cooperó, facilitando los medios en la ejecución del delito de aborto del artículo 342 N°3, al vender la sustancia que causó el aborto y posterior muerte del feto⁹⁷. Agrega que la conducta "ha creado un peligro para el bien jurídico protegido no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro se ha realizado en el resultado concretado, afectando el bien jurídico tutelado". Precisa, además, que su accionar "dio inicio al curso causal con lo cual tenía parte del dominio del hecho"98.

En similar sentido razonó el Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, RUC 1100135061-9, en la sentencia de 1 de noviembre de 2011, al estimar que los actos desarrollados por la vendedora del Misoprostol fueron aptos para causar el resultado deseado y obtenido, "puesto que las pastillas de Misoprostol que le fueron enviadas a la joven ... y en la cantidad indicadas fueron las suficientes para generar el proceso de contracciones que derivó en la expulsión del feto que gestaba"99. Además, este mismo fallo para los efectos de la calificación jurídica estimó que existió un concierto previo entre la gestante y la imputada que se evidenció tanto en el acuerdo de venta de las sustancias abortivas, como en la asistencia mediante las diversas llamadas y comunicaciones que la acusada entregó y que fueron seguidas por la adolescente.

Finalmente concluye que la acusada participó en los hechos en calidad de autora mediata al "haber proporcionado y suministrado los medios necesarios para la comisión del ilícito, siendo subsumible dicha descripción en la norma del número 3 del artículo 15 del Código Penal"¹⁰⁰.

7. Conclusiones

Del análisis de la doctrina y jurisprudencia, se puede concluir que sobre el concepto de aborto y bien jurídico protegido existe una concordancia entre la jurisprudencia y la doctrina, recogiendo la primera la postura mayoritaria doctrinal en el sentido que el bien jurídico protegido es la vida del que está por nacer, la vida humana dependiente. No encontrándose mención en los fallos

⁹⁷ Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Cauquenes, Rol N°0801075525-6, de 2 de noviembre de 2009, considerando décimo primero.

⁹⁸ Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Cauquenes, Rol N°0801075525-6, de 2 de noviembre de 2009, considerando décimo.

⁹⁹ Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, RUC 1100135061-9, de 1 de noviembre de 2011, considerando duodécimo.

¹⁰⁰ Ibid., considerando décimo tercero.

analizados sobre los derechos reproductivos de la mujer como sí se encuentran en los fallos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Destaca dentro de los fallos analizados el de la Excma. Corte Suprema, Rol N°1882-2009, de 16 de abril de 2009, que establece límites entre el homicidio y el aborto, distinguiendo el alcance de los momentos de protección de las normas. Se aparta de la postura doctrinaria civilista, señalando que el estadio de feto y, por tanto, de protección de la figura de aborto, termina con el inicio del parto, determinado por los signos físicos de las contracciones, dilatación, entre otros. Incorpora, además, el criterio distintivo consistente en que si las acciones homicidas pueden realizarse directamente sobre el producto de la concepción, sin actuar sobre la madre o por medio de ésta, ya nos encontramos frente a un sujeto pasivo de homicidio.

El referido fallo de la Excma. Corte Suprema resuelve los problemas que se generan por la improcedencia de los cuasidelitos de aborto en nuestro sistema penal, y de ello se deriva que si los actos que produjeron la muerte del producto de la concepción ocurrieron una vez iniciado el parto, ya nos encontramos ante una persona y, por ende, operan las normas del homicidio, en este caso la figura especial del infanticidio.

Por otra parte, respecto de la agravante del artículo 345 del CP, en general la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la calidad de facultativo del referido artículo lo ha hecho respecto de médicos cirujanos, médico gineco-obstetra, anestesista, matronas y químico farmacéutico.

Resultó de relevancia la jurisprudencia que ha resuelto sobre el concurso entre la muerte violenta de la mujer embarazada y el aborto, ya que pese a que se registraron algunas absoluciones del delito de aborto que fueron acusados en concurso con el homicidio, de los fallos revisados sobre la materia se desprende que en la medida que sea identificable el dolo de abortar distinto del dolo homicida, se podrá sostener acusación y condena por ambos delitos. Sin perjuicio que la solución penológica podrá ser el concurso ideal heterogéneo, como lo plantea Garrido Montt, o un concurso real.

Finalmente, el proyecto de ley que actualmente se tramita en el Congreso Nacional que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales, introduce las principales modificaciones en el Código Sanitario, disponiendo requisitos respecto de la manifestación de voluntad, el deber de información y acompañamiento de la mujer, la necesidad de un diagnóstico médico para las dos primeras causales y su ratificación para la segunda. Respecto de la causal de violación, dispone una evaluación e informe previo de un equipo de salud y cierto límite de tiempo de gestación.

A su vez, en el Código Penal sólo propone un inciso final idéntico en los artículos 344 y 345 que hace referencia a que no constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario, y agrega un artículo 345 bis nuevo referido al que facilita o proporciona a otro cualquier órgano, tejido o fluido humano proveniente de aborto o interrupción del embarazo.

CONTENIDOS

Artículos

Los tipos penales creados por la Ley N° 20.900 para el fortalecimiento de la democracia. Ofrecimiento, otorgamiento, solicitud y obtención indebida de aportes electorales; destinación indebida de aportes electorales estatales; entrega de antecedentes o certificación de hechos falsos al Servicio Electoral *Angélica Torres Figueroa*

La doctrina de la ignorancia deliberada en el delito de desvío de sustancias químicas controladas Lorena Rebolledo Latorre

Tres nudos críticos en los procesos de extradición activa: visión jurisprudencial *Maria Luisa Montenegro Torres*

La Violencia de Género y el Delito de Estupro *Catalina Duque González*

La calificante de alevosía y otras consideraciones a partir del juicio por homicidio en contexto de violencia intrafamiliar del niño Á.M.Z. *Enzo Osorio Salvo*

Abogados y lavado de dinero *Marcelo Contreras Rojas*

El delito de colusión. Comentarios críticos (sustantivos y procesales) relacionados con la nueva figura penal *Andrés Salazar Cádiz*

Consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el delito de aborto en Chile *Eva Curia Castro*

Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Denuncia anónima - Denuncia policial. Actuaciones autónomas de la Policía. Control de identidad *Corte Suprema*