

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº49 - DICIEMBRE 2011

REVISTA JURÍDICA
DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°49 - Diciembre 2011

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz
Coordinador

Sandra Luco Castro

Ricardo Mestre Araneda

María Cecilia Ramírez Guzmán

Antonio Segovia Arancibia

Colaboradores:

Andrea González Leiva

Soledad Poblete Moya

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

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

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

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: 965 9693

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

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

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

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Sentencias Comentadas

Recurso de nulidad rechazado. Prueba del delito de homicidio sin contar con el cadáver 11

Pablo Campos Muñoz

Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Víctima en el delito de maltrato animal 29
Corte Suprema

Recurso de queja rechazado. Recurso de nulidad es de derecho estricto 35
Corte Suprema

II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y A LOS TESTIGOS

Artículos

Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU) 41

Francisco Rojas Advis y Ángela Chávez Torrico

III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

El rol del reintegro y del requerimiento en el delito de malversación 67

Hernán Fernández Aracena y José Luis Cortés Zepeda

Sentencias Comentadas

Sentencia de Tribunal Oral en lo Penal de Linares que condena por cohecho pasivo propio agravado Art. 248 bis Código Penal a jefe de cobranzas de la Tesorería Provincial de Linares 104

Roberto Morales Peña

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículos

Uso de Software i2 para el análisis y prueba de la asociación ilícita 137

Tomás Ramírez Hermosilla

La prueba indiciaria en el delito de desvío de precursores químicos	152
<i>Lorena Rebolledo Latorre</i>	

Sentencias Comentadas

Recurso de nulidad acogido por la Corte de Apelaciones de Iquique, interpuesto por la Fiscalía de Tarapacá, en contra de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, el cual recalificó a la figura del artículo 4° de la Ley N°20.000, el transporte de una considerable cantidad de droga	162
<i>Juan Castro Bekios</i>	

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

Artículos

Inexistencia de las relaciones normativas de preordenación y ejecutivas en el tipo de almacenamiento y difusión de material pornográfico de menores en la legislación penal chilena	185
<i>Edison Carrasco Jiménez</i>	
Aproximaciones a los bienes jurídicos protegidos y a las cuestiones concursales en el ámbito de los delitos vinculados a la pornografía infantil	194
<i>Alejandra Vera Azócar e Ivonne Sepúlveda Sánchez</i>	

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

Artículos

La regulación del secreto en la Ley 19.913	223
<i>Marcelo Contreras Rojas</i>	
Algunas consideraciones relativas a la constitucionalidad del delito de contrabando (propio). Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional rol 1973-11	235
<i>Andrés Salazar Cádiz</i>	

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Sentencias Comentadas

Comentario a sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechaza recurso de amparo fundado en la aplicación de la Ley Penal más favorable	251
<i>Eva Curia Castro</i>	
Recurso de amparo rechazado. Adulto condenado por hechos ocurridos cuando era adolescente	261
<i>Guillermo Felipe Merino</i>	

Recurso de amparo rechazado. Aplicación a adolescentes de medidas cautelares de la ley N°20.066, por delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar 267

María José Morón Urzúa

Comentario al fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que ordenó incluir en auto de apertura –entre otros elementos– una declaración policial de la víctima de un delito de lesiones y posterior parricidio 276

M. Angélica San Martín Ponce y Ernesto Vásquez Barriga

PRÓLOGO

En este último número del año 2011 de nuestra Revista Jurídica, presentamos una serie de artículos y sentencias comentadas que profundizan respecto de figuras jurídicas que todavía pueden resultar nuevas en el quehacer de nuestra justicia penal, pese a estar reguladas legalmente desde ya algunos o varios años.

También se hace referencia a normas que siguen presentando dificultades en su aplicación, especialmente al momento de armonizarlas con otros cuerpos legales. Es por ejemplo, lo que sucede con la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que pese a regir desde el año 2007, sigue dando lugar a arduas discusiones al momento de aplicar concretamente sus disposiciones.

Al respecto, la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, trabajó sobre la base de tres sentencias que abordan la temática de la aplicación de las penas y las medidas cautelares a adolescentes, sea porque ya perdieron su calidad de tales, por la delimitación de las penas más favorables o por la procedencia de medidas cautelares en un contexto de violencia intrafamiliar en que el agresor es un menor de edad.

Por su parte, la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado presenta un estudio en torno al secreto que cabe decretar en investigaciones relativas al lavado de dinero.

Asimismo, la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, analiza y expone en torno a la pornografía infantil, concretamente respecto de los bienes jurídicos protegidos, problemas concursales y la inexistencia de relaciones normativas de preordenación y ejecutivas en los ilícitos de los artículos 374 bis del Código Penal.

Pero este número también aborda otros tópicos procesales y penales de interés, como lo son el uso del Software i2 para el análisis y prueba de la asociación ilícita, y el rol de la prueba indiciaria en el delito de desvío de precursores químicos, ambos en el trabajo de persecución de delitos de tráfico ilícito de drogas; o como el papel que juega el reintegro en la consumación del delito de malversación, y la constitucionalidad del delito de contrabando.

En cuanto a jurisprudencia de interés, en este número presentamos fallos que tratan diversas cuestiones procesales, como la declaración en la fase investigativa de una víctima que no podrá declarar posteriormente en el juicio; o la comprobación de un delito de homicidio en que falta el cadáver. Y en cuanto a cuestiones penales de fondo, sentencias que abordan el tema de la víctima en el delito de maltrato animal y el cohecho pasivo propio agravado.

Finalmente, la División de Atención a Víctimas y Testigos, da a conocer a los lectores el Sistema de Información y Atención de los Usuarios, actualmente vigente en la Fiscalía.

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. PRUEBA DEL DELITO DE HOMICIDIO SIN CONTAR CON EL CADÁVER

Pablo Campos Muñoz¹

Comentario:

El día 23 de noviembre de 2011, la Sala Penal de la Corte Suprema rechazó un recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública, sustentada para ello en siete causales, en una causa por delito de homicidio, en la que el acusado fue condenado por dicho delito a pesar de no haberse podido ubicar el cadáver de la víctima, todo ello por haber sido lanzado al mar amarrado a unos sacos rellenos con piedras.

Del hecho –ocurrido en la zona austral del país– hubo un solo testigo presencial, ya que ocurrió a bordo de una lancha pesquera, en la que sólo se encontraban tres tripulantes: el occiso, el hechor y un tercero que fue el único testigo de lo acaecido.

Del fallo en comento cabe destacar:

1. Cita de textos científicos e imparcialidad del tribunal

Se cuestionó por la defensa que para descartar diversos reproches que plantearon sobre la validez de los análisis de ADN extraídos de muestras de sangre encontradas en la embarcación, los jueces hubieren citado algunos textos científicos que se pronunciaban sobre la exactitud de los resultados de la comparación de perfiles genéticos a través del examen de ADN.

Sobre el particular se expresa en este fallo que los jueces pueden efectuar citas de textos científicos para fundar o apoyar sus decisiones, sin que ello importe una actividad oficiosa que vulnere su imparcialidad, ya que de acuerdo al artículo 297 del Código Procesal Penal deben valorar la prueba entre otros, según los conocimientos científicamente afianzados (considerando 13°).

2. Declaración del imputado ante la policía

En el considerando 15° se señala que el imputado adulto, que conoce sus derechos, está facultado para renunciar a ellos y no aparece que los funcionarios de la policía que le tomaron detenido hayan actuado al margen de la ley, desde que iban facultados para tomar declaración al imputado en caso que aquél se

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

allanare a eso. No era preciso, entonces, que los funcionarios comenzaran a llamar a otros fiscales, como tampoco a defensores que no habían sido solicitados por el acusado².

3. Prueba del homicidio sin contar con el cadáver

Frente a los cuestionamientos de la defensa a que se hubiere dado por acreditado el delito de homicidio sin prueba fehaciente de las causas de muerte, por no haberse podido encontrar el cadáver de la víctima, la Sala Penal declaró que si bien los artículos 199 y 201 del Código Procesal Penal, contienen reglas especiales sobre las indagaciones acerca del hallazgo de cadáveres y de las autopsias, ellas no son excluyentes de las disposiciones generales contempladas en el artículo 295 del Código Procesal Penal, el cual establece la libertad de prueba, lo que significa que en los homicidios, la muerte de la víctima puede acreditarse por cualquiera de los medios producidos e incorporados con arreglo a la ley (considerando 17°).

Se agrega luego en el mismo considerando, que la ley admite la posibilidad de que exista una condena por homicidio sin que se haya contado con un cadáver, y para ello se hace referencia a lo señalado en los artículos 473 letra b) y 475 inciso segundo, ambos del Código Procesal Penal, los cuales contemplan expresamente la hipótesis de una sentencia condenatoria por “*homicidio de una persona cuya existencia se comprobare después de la condena*”, lo que revelaría la aceptación de un juicio sin contar con el cadáver, siempre que el fallecimiento se haya demostrado mediante otras pruebas.

Insistiendo en reclamos similares a través de la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, la parte recurrente alegó que la muerte no había podido ser probada por la falta del cadáver, y que por ello incluso en la relación de los hechos que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dio por fijados, no se mencionaba específicamente que se había dado muerte a alguien. Sobre el particular la Sala Penal señaló que la muerte se probó, tal como se refiere en la misma relación de hechos y agrega que la suficiencia o insuficiencia de los medios de cargo empleados al efecto, no pueden ser revisados mediante dicha causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, de manera tal que hay que estarse al hecho fijado por el tribunal y que ha sido correctamente calificado (considerando 17°).

4. Oportunidad para efectuar críticas a la investigación

La defensa formuló una serie de críticas a la investigación, específicamente sobre el posterior resguardo de la embarcación, la cadena de custodia, el empa-

2 Sobre este punto, ver también los fallos dictados por la Corte Suprema y publicados en esta misma Revista, ingresos N°9377-2010, publicado en el N°46, p. 17 y N°2921-2011, publicado en el N°47, p. 12.

dronamiento de testigos y las supuestas contradicciones existentes en relación al número de trozos de madera con restos de sangre recogidas y fotografiadas por los funcionarios policiales.

La Corte Suprema señala que se trata de quejas que debieron formularse en la etapa respectiva, cual fue la de investigación, siendo inoportuno pretender vincular ese reclamo a la redacción del fallo y sin que se haya dicho que la prueba producida fuera ilegal. En definitiva, se expresa que sólo ha existido una impugnación tardía de lo que dejó de hacerse y el resto se refiere a cómo se valoró la prueba, lo que constituye una facultad propia de los jueces del fondo (considerando 16°).

Sentencia:

Santiago, veintitrés de noviembre de dos mil once.

Vistos:

El Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, por sentencia de trece de agosto de dos mil once, condenó a SIXTO PABLO AYANCÁN AYANCÁN como autor del delito de homicidio simple de Fernando Antonio Ojeda Navarro, cometido la madrugada del veinte de febrero de dos mil nueve en Puerto Natales, a cumplir la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Fue absuelto del cargo formulado de ser autor del delito de porte ilegal de arma de fuego, disponiéndose el comiso de una escopeta calibre 16.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad el que está agregado a fs. 52 de este legajo, ordenándose audiencia para su conocimiento a fs. 145, la que debió prorrogarse atendida la larga duración de la prueba

de audio recibida, lo que consta de las actas de fs. 148 y 149.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la **causal principal esgrimida por la defensa ha sido la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal**, denunciándose como normas infringidas el artículo 19 N°3 inciso sexto y N°7 letra f) de la Constitución Política, en relación al derecho a un proceso previo legalmente tramitado y al derecho a guardar silencio; también el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal.

Aduce el recurrente, que en el considerando 22 N°14 de la sentencia impugnada, los jueces del Tribunal Oral valoran contra el imputado el silencio que mantuvo durante la audiencia de juicio oral, al que asignan consecuencias negativas, con influencia en la decisión.

Entre otras conclusiones, dicho tribunal sostiene: *“Al negarse a declarar en el juicio oral, no puede desconocerse que Ayancán Ayancán asumió libre-*

mente los efectos adversos que ello implicaba, ya que no pudo efectuar las intervenciones verbales que hubiera estimado pertinentes, en especial, para desvirtuar el testimonio del testigo presencial Marco Barría, el que sí depuso en estrados sometién dose, tanto al interrogatorio del fiscal y defensor, como a las preguntas aclaratorias del Tribunal, superando con éxito tales testeos, proporcionando un relato que se advirtió sólido y veraz...". "En este escenario, el silencio del acusado lejos de favorecerlo, ha producido el efecto contrario, ya que ha realizado no sólo la credibilidad del relato, en especial del testigo presencial Marco Barría Ruíz, sino que también los dichos de los funcionarios que los entrevistaron con su anuencia... ante los cuales reconoció haber disparado causando la muerte de la víctima...".

La defensa cita el informe en derecho de Orlando Poblete Iturrate acerca de la facultad de los funcionarios policiales de declarar en el juicio oral sobre lo que los imputados habían declarado ante ellos al momento de su detención y diversas disposiciones legales para concluir que el imputado no está obligado a declarar contra sí mismo, lo que constituye parte del derecho a defensa y tiene también derecho a guardar silencio, el que de ser ejercido, no puede ser interpretado por el tribunal, asignándole valor negativo.

Lo verificado tiene trascendencia y perjudica al acusado, porque el tribunal usó su silencio en el juicio para validar lo que declaró ante los funcionarios policiales previamente, en circunstancias que con ello se viola

el mismo derecho a guardar silencio para no autoincriminarse.

Sostiene que el defecto se produce en la sentencia por lo que no requiere preparación.

SEGUNDO: Que, en forma subsidiaria, la defensa esgrimió nuevamente la **causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal**, esta vez en relación al artículo 19 N°3 inciso 2° de la Constitución Política y al derecho de toda persona a defensa jurídica en la forma que señala la ley: como lo expresan también los artículos 14 N°3 letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8 N°2 letra f) del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 295 del Código Procesal Penal, en relación, además, a la libertad de prueba y al derecho a obtener la comparecencia como testigo o perito de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

Explica que la causa estuvo con archivo provisional desde el 4 de febrero de 2010 al 8 de julio de ese mismo año, puesto que el Ministerio Público consideraba que no disponía de antecedentes suficientes para sostener una acusación. Sin embargo, en julio reabrió la investigación y presentó acusación con sólo un antecedente más, cual fue la supuesta confesión extrajudicial de Ayancán.

Ese hecho –la falta de antecedentes probatorios– trató de demostrarlo con la declaración de la fiscal adjunto a cargo de la investigación hasta entonces, doña Wendolin Acuña Aliaga y de la fiscal regional

subrogante, Srta. Alejandra Guevara Mendoza, a quienes ofreció como testigos en la audiencia preparatoria, lo que le fue impedido por el Juez de Garantía, que acogió el incidente de exclusión formulado por el fiscal, porque lo consideró impertinente y falto de relevancia.

Alega, entonces el recurrente, que sería trascendente y que causaría perjuicio porque el mismo persecutor reconoció la orfandad probatoria, que luego mejoró sólo con una supuesta confesión del acusado. Haber conocido tal hecho habría significado la absolución. También sostiene que preparó suficientemente este reclamo porque lo objetó en la audiencia preparatoria.

Pide se declare la nulidad de la sentencia y del juicio e incorporación de prueba preterida en nueva audiencia preparatoria.

TERCERO: Que, en subsidio, la defensa dedujo también **la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal**, que se formalizó en relación al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, al artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al artículo 14.2 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos en cuanto a la presunción de inocencia, como asimismo, al artículo 4° del Código Procesal Penal, que señala que ninguna persona podrá ser considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por sentencia firme.

Aduce la defensa que la prueba incorporada por el Ministerio

Público resulta ser insuficiente para derribar la presunción de inocencia que ampara al acusado, de modo que las inferencias del tribunal no fueron el resultado de “un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano”, ya que los hechos probados “permiten diversas conclusiones o interpretaciones” siendo por tanto “inaptas para lograr la convicción necesaria para hacer desaparecer la presunción de inocencia del imputado y, en definitiva, establecer su culpabilidad” (Citas del recurrente de un fallo de nulidad de esta CS rol 740-05).

Alega que el único testigo –Nicolás Barría Ruiz– al volver del zarpe en que supuestamente desapareció Ojeda, dio al menos cuatro versiones distintas sobre lo ocurrido, antes de la quinta que fue la aceptada en la sentencia e incluso, colaboró en la búsqueda del referido en diferentes hostales y locales nocturnos que frecuentaba, todo lo cual resta credibilidad al señalado testigo, sin que sea aceptable su alegato de sentir temor, porque él mismo declaró que después del hecho no vio más a Ayancán, en los cinco meses que siguieron antes del juicio.

Todos los demás testigos, son de oídas de la última versión de Barría.

La prueba biológica encontrada en la embarcación no es apropiada, porque se levantó una primera muestra en septiembre de 2009 –que no dio resultado positivo– y la segunda en octubre de ese año, después de haber sido remodelada la embarcación, de modo que la escena se encontraba contaminada porque cualquier per-

sona pudo acceder a ella. Además, se declaró haberse levantado un total de cuatro muestras y, sin embargo, al laboratorio llegan cinco, las que –por otra parte– se trasladan a Santiago sin generar la cadena de custodia respectiva con designación de un número único de evidencia. Finalmente, al trozo de madera N°5, que presentaba una mancha de sangre, se le hizo prueba de maternidad, arrojando resultando positivo con coincidencia de 99,9973%, pero ello sólo permite concluir que esa sangre pertenece a uno de los hijos de la madre del desaparecido, que tiene 4 hijos hombres.

En cuanto a la escopeta, que sería el arma homicida, presentaba óxido y mal estado de conservación, al punto que se desarmó mientras la perito que la examinaba afirmaba que era apta para el disparo, por lo que no se contó con una prueba científica de ser apta para el disparo.

La pericia balística se hizo sin perdigones ni cartuchos, porque no se disponía en la ciudad de la tecnología adecuada para hacer la prueba sin peligro para la perito; y, tampoco se encontraron residuos nitrados en la escopeta de acuerdo a la pericia química, lo que si bien no permite descartar a priori que no haya sido disparada, tampoco puede afirmarse que lo haya sido.

La investigación fue deficiente: 1°) porque no se resguardó el sitio del suceso, ya que la lancha fue varada en un lugar donde pudo acceder a ella cualquier persona; 2°) la evidencia biológica no se levantó con el correspondiente número único

de resguardo en cadena de custodia; 3°) porque no se empadronó ni se consignó siquiera que se hubiere intentado ubicar algún testigo que escuchara el disparo de la escopeta, en circunstancias que se habría producido cuando la nave estaba en el muelle de Puerto Natales, junto al menos, a otras 50 embarcaciones más donde incluso hay personas durmiendo y guardia de punto fijo y sin que sea efectivo, como aseveró el tribunal, que el oleaje pudo cubrir el disparo, porque es una zona de fiordo, donde la calma del mar se asemeja a la de una laguna; 4°) porque no hay prueba sobre la muerte efectiva de Ojeda, ni la causa de muerte, ni menos que aquélla fuera atribuible al imputado.

Los jueces se refirieron incluso a la teoría alternativa de la defensa en el motivo 22° y dijeron que aquélla debía ser probada, en circunstancias que la única “teoría” de la defensa fue que la prueba no era apta y suficiente para condenar.

Aduce que la infracción es trascendente porque se destruyó la presunción de inocencia con prueba débil e insuficiente que no sólo no permitían disipar la duda razonable, sino acrecentarla.

Termina este capítulo pidiendo se declare la nulidad de la sentencia y del juicio oral.

CUARTO: Que, en subsidio de las causales ya reseñadas, la defensa invocó **la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal**, señalando como normas infringidas el artículo 19 N°3 inciso 6° de

la Constitución Política, en relación al debido proceso en su aspecto de proceso previo legalmente tramitado, en cuanto a la igualdad de partes, el principio de inmediatez, de contradictorio e imparcialidad del tribunal, además del artículo 1° del Código Procesal Penal.

Cita el motivo sexto de la sentencia impugnada, donde se hace una larga referencia a los principios que inspiran el nuevo proceso y luego al fallo de esta CS rol N°3513-2007, recaído en recurso de queja, que enfatiza la inmediatez, para luego reclamar porque en el considerando noveno del fallo en estudio, los jueces del tribunal oral, a propósito de la prueba biológica encontrada en la embarcación, se refieren a la publicación “Bases de Datos Genéticos de Identificación Criminal del Instituto Genoma, Derecho y Salud” (GEDESA) de los autores Fernando García Díaz, Hugo Jorquera González y José Antonio Lorente Acosta, en sus páginas 46 y siguientes, con una cita textual sobre una pericia científica a muestras biológicas que contengan moléculas de ADN con perfiles exclusivos de una persona y que constituye lo que se ha llamado “la huella genética”, idea que desarrollan a base del texto referido para concluir finalmente que esa prueba permite al tribunal tener por establecido que Ojeda Navarro sí estuvo a bordo de la lancha Adonay I la madrugada del 20 de febrero de 2009 (según corrobora el documento de zarpe y el testigo de cargo) y que sufrió un disparo en el tórax, con una escopeta calibre 16, a manos de Sixto Pablo Ayancán, aproximadamente a un metro de distancia.

Sostiene que, sin embargo, con este razonamiento, el tribunal contraría los mismos principios que consignó en el motivo sexto del fallo, porque valora medios de prueba no incorporados por las partes, “citando extensamente opiniones técnicas de médicos forenses que se refieren a la huella genética –que jamás comparecieron al juicio ni que fueron citados por deponente alguno-, yendo mucho más allá de lo que le está permitido al juez al momento de valorar la prueba y emitir su veredicto.” Considera que por no tratarse de citas de jurisprudencia o doctrina penal o procesal, que claramente sería válida para reforzar una interpretación jurídica, el tribunal actúa de oficio en forma privada, fuera de la etapa probatoria, consultando textos sobre opiniones científicas y no de derecho, para despejar dudas sobre la prueba rendida en el juicio oral, lo que les está prohibido. Cita fallo CS rol N°4164-2009 que se refiere al derecho al juez independiente, imparcial y natural y a la forma como debe éste de posicionarse frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes, por lo tanto “queda de relieve la restricción de cualquier iniciativa consistente en incorporar pruebas de cargo o descargo de forma oficiosa por el tribunal...” a lo que más adelante se agrega que la facultad que tiene es la de preguntar a las mismas partes, peritos y testigos a quienes debe plantear sus dudas y pedir aclaraciones.

La infracción es trascendente porque se ha violado el principio del contradictorio, incorporándose prueba que la defensa no pudo controlar; y, ade-

más, se infringe la igualdad de partes y la imparcialidad del tribunal porque claramente el tribunal procuró salvar sus dudas sobre la prueba de cargo y con ello subsidia la labor del persecutor, reflejando una clara disposición a condenar al imputado. También se infringió el principio de la intermediación, porque el tribunal no tomó conocimiento directo de esa prueba.

La omisión de esa prueba habría permitido sostener la duda razonable que conducía a la absolución del acusado, de modo que solicita se declare la nulidad del juicio y de la sentencia.

QUINTO: Que, en forma también subsidiaria, la defensa esgrimió **la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal**, señalando como disposiciones legales conculcadas, el artículo 19 N°3 inciso sexto y N°7 letra f) de la Constitución Política de la República, esto es, el debido proceso en cuanto al derecho a un proceso previo legalmente tramitado y el derecho a guardar silencio; el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 91 del Código Procesal Penal.

Tales infracciones se habrían cometido en su opinión, porque tanto para el establecimiento del hecho como de la participación del acusado, el tribunal consideró relevante la declaración de los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile Eduardo Haro Galetovic y Fernando Vergara Flores, que narraron la supuesta con-

fesión prestada por Sixto Ayancán el 8 de julio de 2010. Ello consta en el motivo 16° de la sentencia.

Sin embargo, cuando los funcionarios policiales toman la declaración al imputado Ayancán, no se encontraba presente su abogado defensor; ni se tomó contacto con el que estaba de turno para que concurriera. Los funcionarios tenían una instrucción verbal de la fiscal de la época para ubicar a Ayancán, que les había sido impartida el 7 de julio de 2010, o sea, un día antes al de la supuesta confesión. Además, fue interrogado autónomamente por los policías quienes no sólo se limitaron a constatar su identidad. La única comunicación que los funcionarios tuvieron con la fiscal el día 8 de julio de 2010, fue para informarle el resultado de la diligencia y para que ella gestionara la orden judicial de detención contra Ayancán. Los funcionarios no se comunicaron con el fiscal de Puerto Natales mientras tomaban declaración al imputado, ni tampoco con el de Porvenir, de modo que ningún fiscal de la zona manifestó estar impedido para tomar la declaración del referido por sí mismo.

Estima la defensa que por la forma que se procedió, se violó el debido proceso del acusado al valorar positivamente el tribunal esa declaración, asignándole pleno mérito probatorio, porque la actuación de la policía se desarrolló fuera del marco legal -que está regulado en el artículo 91 del Código Procesal Penal-, ya que Ayancán manifestó su deseo de declarar antes de las 19:00 horas y los funcionarios no adoptaron nin-

guna medida para que ello se cumpliera ante un fiscal. Además, de acuerdo al artículo 8 inciso primero del mismo código, el imputado tenía derecho a la presencia de un abogado y ello tampoco fue procurado por los funcionarios, con lo cual se vulneró su derecho a ser asistido por aquél desde los primeros actos del procedimiento.

Son infracciones trascendentes porque se valoró y legitimó con ello las declaraciones de ambos policías que se refirieron a la supuesta confesión de Ayancán, omitiendo el tribunal cumplir con su rol de garantizar el orden institucional. De no mediar este actuar ilegal, no se habría revivido el proceso archivado ni se habría llegado a pronunciar condena.

Finalmente, dijo haber preparado esta sección del recurso porque reclamó en la audiencia de preparación de juicio oral donde pidió la exclusión de los testimonios de los funcionarios y, además, lo objetó en la audiencia de juicio oral.

Pide finalmente, se declare la nulidad del juicio oral y de la sentencia y se retrotraiga el procedimiento a nueva audiencia de preparación donde se excluyan los testimonios de los policías.

SEXTO: Que también en forma subsidiaria, la defensa de Ayancán invocó la causal absoluta que señala el **artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal**, en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del mismo cuerpo legal, la que fundamentó en el hecho que a pesar que en la sentencia aparece que los jueces se hicieron

cargo de toda la prueba rendida, en realidad no se hizo de modo completo como ordena la ley, porque se mencionan los elementos de cargo, “pero omite las circunstancias fácticas que se dieron por acreditadas a partir de los contraexámenes practicados por la defensa que arrojaron circunstancias de altísima relevancia para demostrar la insuficiencia de la prueba”.

En el motivo 9° los jueces valoran la declaración del único testigo presencial Marco Barría Ruiz, pero en ninguna parte se hacen cargo del hecho que, con anterioridad, dio al menos cuatro versiones diferentes del hecho y señaló sentir temor del acusado, el que también resultaba inexplicable.

También advirtió ese defecto en relación a su reclamo por las deficiencias en la investigación de la Policía, sobre la falta de resguardo de la embarcación, sobre la falta de cadena de custodia, falta de empadronamiento de testigos, contradicción entre número de trozos de madera recogidas y fotografiadas. En el motivo 9°, los jueces escasamente vierten tres líneas sobre estos hechos.

En ese mismo motivo, a pesar que la prueba de ADN sólo permite establecer que la sangre encontrada en la embarcación corresponde a un hijo de la madre del desaparecido, el tribunal simplemente concluye que era de Fernando Ojeda, sin hacerse cargo de las protestas de la defensa sobre falta de pruebas científicas para establecer fehacientemente que fuera suya.

En ese mismo motivo 9°, se tratan las pericias al arma encontrada, pero sin asumir las protestas de la defensa sobre la falta de pruebas científicas idóneas para verificar el funcionamiento del arma misma y que efectivamente hubiera sido disparada fuera de toda duda. Menos se hicieron cargo los jueces sobre las contradicciones existentes en los dichos del testigo Barría y otro –Vargas Catelican– sobre el origen de la escopeta.

Finalmente, tampoco asumieron las contradicciones evidenciadas por la defensa al testigo Magdiel Guerrero Hernández, médico legista, en relación a la posibilidad de encontrar restos humanos en el canal Kirke.

SÉPTIMO: Que, finalmente, como causal subsidiaria, se esgrimió la del **artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal**, por la violación del artículo 1 inciso 1° del Código Penal, en relación al 391 N°2 de ese mismo cuerpo legal.

Como fundamento de este último motivo de nulidad, la defensa describe el hecho que se tuvo por establecido y que fue calificado de homicidio simple y sostiene que la infracción se comete porque se cerró la investigación y se formuló acusación sin contar con el cuerpo del fallecido y, por ende, sin haber establecido una causa de muerte atribuible a un tercero, lo que constituye elementos del tipo. Sólo existe la certeza de la desaparición de una persona, mas no de su muerte.

Alega que en el hecho no se con-signa la existencia de la muerte ni la causa de ésta atribuible a un ter-

cer. Estima que los jueces calificaron como delito un hecho que la ley no califica como tal y que ni siquiera podría calificarse de lesiones.

El perjuicio que se produce con estas infracciones de derecho, es que se aplica una sanción cuando se debió absolver al acusado. Por lo tanto, pide invalidar el fallo y dictar sentencia de reemplazo absolutoria.

OCTAVO: Que para probar la primera causal subsidiaria y su preparación, la defensa rindió la siguiente prueba: 1) Audio juicio de preparación de juicio Pista 110526-00-12 minuto 00:01 a 02:15; 2) Audio juicio de preparación de juicio Pista 110526-00-12 minuto 04:17 a 05:06; 3) Copia decisión archivo provisorio; y 4) Copia resolución de 4 de febrero de 2010 que aprueba archivo provisorio firmada por fiscal regional.

Para probar la tercera causal subsidiaria, la defensa reprodujo en la audiencia la siguiente prueba: 1) Audio de juicio oral Pista 110804-02-02 desde 01:23:13 a 01:25:10; 2) Audio de juicio oral Pista 110804-02-09 desde 31:12 a 32:00; 3) Audio de juicio oral Pista 110804-02-08 desde 11:06 a 12:39; 4) Audio de juicio oral Pista 110804-02-08 desde 13:05 a 13:45; 5) Audio de juicio oral Pista 110804-02-09 desde 16:38 a 17:34; 6) Audio de juicio oral Pista 110804-02-08 desde 11:06 a 12:39; 7) Audio de juicio oral Pista 110808-04-05 desde 02:24 a 03:08; 8) Audio de juicio oral Pista 110808-03-06 desde 33:10 a 33:45; 9) Audio de juicio oral Pista 110808-04-05 desde 02:24 a 06:15; 10) Audio de juicio oral Pista 110808-04-04

desde 27:26 a 28:22; 11) Audio de juicio oral Pista 110808-04-04 desde 36:26 a 37:15; 12) Audio de juicio oral Pista 110808-04-04 desde 34:26 a 36:14; 13) Audio de juicio oral Pista 110808-04-04 desde 44:04 a 49:03; 14) Audio de juicio oral Pista 110804-01-09 desde 10:46 a 11:24; 15) Audio de juicio oral Pista 110804-01-09 desde 19:30 a 19:58; 16) Audio de juicio oral Pista 110804-01-09 desde 20:04 a 21:15; 17) Audio de juicio oral Pista 110804-01-09 desde 24:40 a 25:21; 18) Audio de juicio oral Pista 110808-03-10 desde 01:59:06 a 02:03:56; 19) Audio de juicio oral Pista 110808-03-10 desde 01:46:21 a 01:48:15.

Para probar la quinta causal subsidiaria y su preparación, se produjo la siguiente prueba: 1) Audio de juicio oral Pista 110808-03-06 desde 30:58 a 31:10; 2) Audio de juicio oral Pista 110808-03-06 desde 31:41 a 32:00; 3) Audio de juicio oral Pista 110808-03-06 desde 30:26 a 30:57; 4) Audio de juicio oral Pista 110808-03-06 desde 29:05 a 29:19; 5) Audio de juicio oral Pista 110808-03-06 desde 31:09 a 31:17; 6) Audio de juicio oral Pista 110808-03-06 desde 31:17 a 31:29; 7) Audio de juicio oral Pista 110808-03-06 desde 32:26 a 32:33; 8) Audio de audiencia de preparación de juicio oral Pista 257-5225-10 pendrive primera parte, desde 23:18 a 34:15.

Para probar la existencia de la sexta causal subsidiaria: 1) Audio de juicio oral Pista 110804-01-16 desde 41:31 a 42:39; 2) Audio de juicio oral Pista 110808-03-09 desde 28:15 a 29:25;

3) Audio de juicio oral Pista 110808-03-09 desde 32:13 a 35:01; 4) Audio de juicio oral Pista 110808-04-04 desde 49:53 a 50:39; 5) Audio de juicio oral Pista 110804-02-03 desde 05:09 a 05:50; 6) Audio de juicio oral Pista 110804-02-10 desde 19:31 a 22:45; 7) Certificado de nacimiento de José Ricardo Ojeda Navarro; 8) Certificado de nacimiento de Floridor Patricio Ojeda Navarro; 9) Certificado de nacimiento de Ramón Inael Ojeda Navarro; 10) Certificado de nacimiento de Juan Florentino Ojeda Navarro.

NOVENO: Que, en lo que dice relación con las causales de competencia natural de esta Corte y que inciden en el procedimiento, con las secciones de audio que fueron reproducidas en la audiencia y que no fueron objeto de reparo alguno por el representante del Ministerio Público, se tiene por suficientemente preparado el recurso en lo que dice relación con cada una de las causales atingentes.

DÉCIMO: Que **en relación con la primera causal deducida**, de la lectura de la sentencia se advierte, en el motivo vigésimo segundo, número 14, que los jueces del Tribunal Oral de Punta Arenas, hicieron largas reflexiones sobre el significado del silencio del acusado, lo que además apoyaron en cierta doctrina que mencionan. Sin embargo, de la misma lectura es posible concluir que tal elaboración carece de toda trascendencia, puesto que no aparece que se haya reafirmado otro elemento de cargo a través de tales elucubraciones, sino que se hace una especie de reproche moral al inculpado, tarea

que es del todo improcedente y poco recomendable, además, pero que no tiene la naturaleza ni entidad que la causal de invalidación exige para provocar su efecto propio.

En efecto, los jueces vierten expresiones tales como “Ayancán asumió libremente los efectos adversos que ellos implicaba...”, “En este escenario, el silencio del acusado, lejos de favorecerlo, ha producido el efecto contrario, ya que ha realizado no sólo la credibilidad del relato... del testigo presencial Marcos Barría Ruiz, sino que también los dichos de los funcionarios...” y “la práctica ha demostrado... que el silencio del imputado en el juicio oral, en especial si prestó declaración en la etapa de investigación, no produce el efecto esperado de él, pues si bien, en estrados no aporta información que lo pudiera perjudicar, no es menos cierto que termina por favorecer al ente acusador, si éste cuenta con uno o más testigos presenciales que se han sometido con éxito al testeo de las partes...”, que no resultan idóneas para concluir que los jueces han estimado que el silencio se ha alzado en un elemento de cargo, sino que sólo han querido hacer una especie de reproche, quizá mal impresionados por una particular doctrina sobre el tema.

Sin lugar a dudas, corresponde a expresiones inoportunas en la sentencia, que deben ser suprimidas, como se explicará en lo resolutivo, pero que carecen de la relevancia que ha querido asignarles la defensa.

UNDÉCIMO: Que, **en relación a la primera causal subsidiaria**, sobre el derecho a defensa jurídica en la

forma que señala la ley, se ha hecho consistir en haberse impedido a la defensa producir prueba consistente en la declaración de dos testigos que se habrían referido a la circunstancia de haberse archivado provisionalmente la causa por un determinado periodo de tiempo y luego, haberse reabierto y formulado la acusación con la sola declaración del imputado –ilegal por lo demás, en opinión de la defensa– como único antecedente nuevo y adicional.

La defensa no ha explicado la trascendencia de esta supuesta infracción, desde que lo cierto es que bien puede quedar reducida a la impugnación de la decisión del persecutor adoptada en determinado momento para disponer el archivo de los antecedentes, sin que hubiese mérito que lo justificara o, de otro lado, la impugnación que se ha hecho de la valoración de la prueba rendida en el proceso, cuestión que no corresponde a las partes, como tampoco es posible su revisión por este tribunal, que es de derecho y no de revisión de hechos del proceso mismo.

A lo anterior es posible agregar que, como se informó en estrados por el representante del Ministerio Público, no es efectivo que luego del desarchivo sólo se incorporase la declaración del imputado ante la policía y las diligencias propias de su detención, sino que se enumeraron varias otras diligencias, que no fueron rechazadas por la defensa, sin que se haya probado tampoco que sólo se incorporó la detención del acusado.

DUODÉCIMO: Que, **en cuanto a la segunda causal subsidiaria**, tam-

bién de competencia propia de esta Corte, referida a la infracción a la presunción de inocencia, claramente ella está orientada a impugnar la valoración que se hizo de la prueba producida en el juicio oral, desde que se ha fundado en la supuesta imposibilidad de arribar al grado de certeza necesaria para condenar. La defensora que presentó sus alegatos en estrados, aceptó que es posible condenar por homicidio a un sujeto sin que se haya encontrado el cuerpo del occiso, pero puntualizó que en este caso era necesaria prueba contundente.

Al respecto, el representante del Ministerio Público, tal como se puede leer también de la sentencia, señaló que se probó la existencia de una pelea previa entre el imputado y el fallecido; que el disparo se hizo a menos de un metro de distancia y con una escopeta, el que –en la opinión médica– necesariamente a esa distancia resulta mortal; que el imputado amarró a la víctima a unos sacos con piedras y lo arrojó al mar, de donde no sería posible que emergiera vivo; que la sangre hallada en la embarcación era de un hijo de su madre; y, que el arma de fuego usada era apta y había sido usada.

Tales antecedentes, en opinión del Ministerio Público, son suficientes e idóneos para tener por establecido no sólo el delito, sino que también la participación penal.

La defensa opina precisamente lo contrario.

A su turno, los jueces del tribunal oral consideraron que tales hechos probados son suficientes y determinantes

para tener por establecidos ambos extremos, cuestión en cuyo veredicto son soberanos, puesto que se trata de una facultad exclusiva de estos últimos y cuya revisión está vedada a estos jueces, desde que la prueba está regida en este sistema por los principios de oralidad e inmediatez, por lo que de suyo no es posible su revisión por el tribunal de alzada.

DÉCIMO TERCERO: Que, en cuanto a la **tercera causal subsidiaria**, relativa al proceso previo legalmente tramitado, que se estima vulnerado por haberse referido los jueces a una publicación sobre la huella genética.

No se trata de prueba que haya sido incorporada por los jueces de propia iniciativa, puesto que no corresponde a un elemento de cargo, sino que a una explicación o precisión científica de un hecho ya demostrado en el proceso. La aplicación del ADN o uso del mismo en la ciencia forense no es reciente, a pesar que el concepto de “huella genética” pueda serlo, pero se trata de avances científicos que son conocidos también por los jueces, a veces no con la necesaria precisión o profundidad. En este sentido, el alcance hecho por el representante del Ministerio Público en estrados, resulta muy ilustrativo, en cuanto el artículo 297 del Código Procesal Penal ordena a los jueces valorar la prueba, entre otros aspectos, conforme a los conocimientos científicamente afianzados y aunque pueda esperarse mucho de un juez, no es preciso que se maneje en profundidad con determinados conocimientos físicos, químicos ni aún

científicos, de modo que a pesar que la mayor parte de todos esos elementos son generalmente explicados por los expertos que puedan prestar su testimonio en la causa, nada impide a un juez ilustrarse en algunos conocimientos científicos, cuyos elementos bases de acreditación o presupuestos básicos, naturalmente deberán estar en la causa.

Es así como se lee del mismo fallo, que la prueba científica había permitido establecer que la sangre encontrada en la embarcación donde se cometió el crimen correspondía a un hijo de la madre del occiso. La única protesta que al efecto levantó la defensa, fue que aquella mujer tenía otros cinco hijos, cuestión también probada ante esta Corte con copia simple de los certificados de nacimiento de los hermanos del occiso. Al examen de ADN, el tribunal agregó el elemento lógico, puesto que ninguno de los restantes hijos de la Sra. Maudelina (madre del occiso) había estado siquiera en Puerto Natales en esa fecha. (Págs. 24, 40 y 41 del fallo)

Sin embargo, más adelante, “para despejar toda duda sobre el tema”, los jueces citaron a los autores Fernando García Díaz, Hugo Jorquera González y José Antonio Lorente Acosta, que se refieren a la llamada “huella genética” y a la posibilidad de identificar a un sujeto en un 100%, para más adelante concluir –al inicio de la página 43- que la sangre recogida de la embarcación pertenece a Fernando Ojeda Navarro “...porque sus cinco hermanos varones no estuvieron ni en Puerto Natales, otros no conocían dicha ciudad a esa fecha, ni se les tomó mues-

tra de sangre alguna y éste era el único que trabajaba en dicha lancha, máxime si era el patrón de la misma (Adonay I), embarcación que no podía zarpar sin su presencia. Así entonces, la lógica y los conocimientos científicamente afianzados nos llevan a concluir infaliblemente que el occiso Fernando Ojeda Navarro sí estuvo a bordo de la lancha Adonay I la madrugada del día 20 de febrero del año 2009...”.

Como se advierte de lo transcrito, los jueces no valoraron la publicación a que se ha hecho referencia como un nuevo medio de prueba, sino que sólo como una explicación de algo ya dicho, casi como una consideración superflua, que no tuvo trascendencia alguna en la resolución del asunto, porque según se lee del fallo, la conclusión de los jueces es la misma antes y después del análisis de aquella publicación.

DÉCIMO CUARTO: Que, en cuanto a la **cuarta causal subsidiaria**, también de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, referida fundamentalmente al proceso previo legalmente tramitado y al derecho a guardar silencio, la defensa arguye que la policía interrogó autónomamente al acusado cuando lo fueron a buscar, sin presencia de abogado defensor y sin autorización previa del fiscal y más tarde, la supuesta confesión del acusado fue relatada por los policías en el juicio oral.

La defensa reconoce que los funcionarios policiales iban autorizados por el mismo fiscal que les ordenó ir a buscar al acusado, a tomarle declaración voluntaria, pero luego protesta porque estima que si había varios

fiscales en la zona, igual los policías debieron haber llamado a cualquiera para avisarle lo que estaban haciendo por si alguno de ellos podía presenciar la diligencia. Asimismo, reclama por la falta de intervención del abogado defensor y que ni siquiera se llamó al de turno que estaba disponible en el sector donde se detuvo al imputado.

DÉCIMO QUINTO: Que, sin embargo, consta de las declaraciones policiales en la sentencia, de los mismos audios que reprodujo la defensa y de las explicaciones dadas por el Ministerio Público, que los funcionarios ubican a Sixto Ayancán y éste de inmediato declara saber que ese día llegaría, que le comunican sus derechos y lo trasladan a un recinto policial en la frontera porque el detenido manifestó su deseo de declarar. En esa oportunidad sabía que tenía el derecho a ser asistido por un abogado, pero no lo exigió, por el contrario, renunció al mismo. También sabía que podía quedarse callado, pero prefirió no hacerlo.

Como ya se ha resuelto con anterioridad por este tribunal, el imputado adulto, que conoce sus derechos, está facultado para renunciar a ellos y no aparece que los funcionarios de la policía que le tomaron detenido hayan actuado al margen de la ley, desde que iban facultados para tomar declaración al imputado en caso que aquél se allanare a eso. No era preciso, entonces, que los funcionarios comenzaran a llamar a otros fiscales, como tampoco a defensores que no habían sido solicitados por el acusado.

Por último, la conclusión de la defensa en el sentido que de no mediar este supuesto actuar ilegal de la policía, no se habría revivido un proceso archivado, ni se habría llegado a condena, no pasa de ser una mera especulación y que, por tanto, no puede ser invocada como perjuicio sufrido.

DÉCIMO SEXTO: Que, en lo que atañe a la **quinta causal deducida en subsidio por la defensa y que corresponde a la del artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal**, en relación al artículo 297 del mismo código, la defensa reclama que los jueces omitieron las circunstancias fácticas que se dieron por probadas a partir de los contra exámenes practicados por la defensa y que, en su opinión, arrojaron circunstancias de altísima relevancia para demostrar la insuficiencia de la prueba.

La revisión de estas gestiones, en lo que ha sido probado, sólo permite tener por cierto que el tribunal no accedió o no compartió las pretensiones de la defensa.

En efecto, en el motivo noveno, cuando valoran la declaración del testigo presencial Marco Barría Ruiz, critica la defensa que no se hacen cargo de las cuatro versiones que dio antes de la considerada en el fallo. Sin embargo, tal como se lee de la sentencia, los jueces lo tuvieron por satisfactoriamente explicado en el hecho que el testigo dijo sentir miedo, lo que se consignó en la sentencia. Valga tener presente aquí que el acusado después de dar muerte a Ojeda volvió a cargar el arma antes de pedir el auxilio del testigo.

Luego, la defensa formula una serie de críticas a la investigación, sobre el resguardo de la embarcación, la cadena de custodia, el empadronamiento de testigos y la contradicción existente entre el número de trozos de madera recogidas y fotografiadas. Sin embargo, se trata de quejas que debieron formularse en la etapa respectiva, cual fue, la de investigación, siendo inoportuno pretender vincularlo a la redacción del fallo y sin que se haya dicho de la prueba producida en definitiva, que fuera ilegal. Sólo existe una impugnación tardía de lo que dejó de hacerse y el resto, se refiere a cómo se valoró la prueba, que es –como ya se dijo– una facultad propia de los jueces del fondo.

En relación a la falta de prueba científica para probar que la sangre encontrada pertenecía al desaparecido y no a cualquiera de los hermanos de aquél, se trata también de una impugnación de valor probatorio, a la que cabe agregar que el tribunal razonó de manera lógica, por lo que, para arribar a una conclusión diferente, era necesario probar que alguno de los hermanos había estado en el lugar del hecho.

Sobre las protestas relacionadas con el arma de fuego, lo cierto es que el tribunal se hizo cargo de los reclamos de la defensa, incluso sobre el hecho que la escopeta se desarmó en manos de la armera cuando se informaba sobre su estado. El hecho del disparo y su consecuente aptitud de fuego, se avaló incluso con los dichos de testigos. Lo que toca al origen del arma, no aparece realmente relevante.

Finalmente, en lo que corresponde a las supuestas contradicciones evi-

denciadas en las declaraciones del testigo Magdiel Guerrero Hernández, sobre la posibilidad de encontrar restos humanos en el canal Kirke, de lo escuchado en la prueba de audio, se apreció que el defensor contrarió al testigo con otros casos concretos en los que se encontraron cadáveres, uno de un avión que cayó al mar, en una zona más al sur y los cadáveres fueron encontrados atados a sus cinturones de seguridad y el otro, de unos pescadores que fueron arrojados por el mar a la ribera.

Sin perjuicio que no parecen corresponder a situaciones análogas, no se advierte la relevancia del asunto, si tanto es posible que el cadáver apareciera, como que no lo fuera y el caso concreto, en este juicio, según los demás antecedentes que se leen en la sentencia, es que por la profundidad irregular y lo correntoso del canal, no fue posible ubicar el cuerpo y se estimó poco probable lograrlo.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que en relación a la última causal interpuesta, también en subsidio de todas las anteriores y que es la de infracción de derecho que contempla el **artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal**, se reclamó por la defensa que se cerró la investigación y se acusó por homicidio sin que se hubiese ubicado el cuerpo del supuesto fallecido y, por lo tanto, sin haberse establecido la causa de su muerte, al punto que en el hecho que se tuvo por probado, ni siquiera se consigna la muerte ni que sea por causa atribuible a un tercero, de modo que se trata de un hecho que no constituye delito.

Al respecto, en nuestro ordenamiento jurídico, si bien los artículos 199 y 201 del Código Procesal Penal, contienen reglas especiales sobre las indagaciones acerca del hallazgo de cadáveres y de las autopsias, ellas no son excluyentes de las disposiciones generales del artículo 295, que establece la libertad de prueba, lo cual significa que en los homicidios la muerte de la víctima puede acreditarse por cualquiera de los medios producidos e incorporados con arreglo a la ley, como aconteció en la especie.

Y tan es así que los artículos 473, letra b), y 475, inciso segundo, del referido compendio adjetivo, contemplan expresamente la hipótesis de una sentencia condenatoria por “homicidio de una persona cuya existencia se comprobare después de la condena”, lo que revela palmariamente la aceptación de un juicio sin contar con el cadáver, siempre que el fallecimiento se halla demostrado por otras probanzas.

Por otra parte, la defensora precisó el tema en su alegato, en el sentido que no estaba comprobada la muerte, algo distinto a lo afirmado en el libelo.

Sobre este punto, resulta conveniente precisar cuál fue el hecho que se tuvo por probado en el motivo décimo primero (sic) de la sentencia que se revisa y que dice: “*Que la madrugada del día 20 de febrero de 2009, en circunstancias que los tripulantes Sixto Pablo Ayancán Ayancán, Marco Antonio Barría Ruíz y Fernando Antonio Ojeda Navarro se encontraban a bordo de la Lancha Pesquera “Adonay I” número de matrícula 1897, que en ese momento estaba atracada en el muelle*

de Puerto Natales esperando zarpar rumbo al sector de Isla Cóndor a capturar Luga, se produjo una discusión entre Sixto Pablo Ayancán Ayancán y Fernando Antonio Ojeda Navarro manifestándole el primero a Ojeda: ¿y qué pasaría si te pego un tiro?, toda vez que llevaba una escopeta calibre 16 sin marca, sin número de serie, procediendo a dispararle en el pecho a Fernando Ojeda Navarro, cayendo éste sobre una caja de víveres inconsciente y sangrando por la boca, ante lo cual le exigió al tripulante Marco Barría Ruíz que guardara silencio de lo ocurrido ordenándole gobernar la nave en dirección al rumbo inicial, manifestándole que si obedecía nada le ocurriría. Durante la navegación, el imputado Ayancán Ayancán le pidió a Marco Barría que se detuviera en el sector de Punta Guesalaga, en donde descendió a cargar unas piedras que luego subió a la lancha exigiéndole a Barría que continuara navegando y que él le avisaría donde se detuvieran. Ayancán comenzó a echar las piedras recogidas adentro de unos sacos que después amarró y luego se dirigió al cuerpo de Fernando Ojeda que todavía se encontraba sobre la caja de víveres dentro de la cabina de la nave, para luego proceder a amarrarlo con una cuerda, envolviendo completamente su cuerpo desde los hombros hasta los pies, atando un extremo de la cuerda a los sacos con piedras, solicitándole entonces a Barría Ruíz que detuviera la embarcación, para luego Ayancán Ayancán arrastrar el cuerpo de la víctima hasta la baranda de la lancha y lanzarlo al agua, ordenándole a Barría Ruíz que siguiera navegando, mientras que él limpiaba los restos de sangre con un trapo y un balde que también lanzó al agua, para decirle finalmente a Barría Ruíz que no

se preocupara porque ya había limpiado todo, no dejando ninguna huella.”

Como se lee, se consigna claramente *“procediendo a dispararle en el pecho... cayendo éste sobre una caja de víveres inconsciente y sangrando por la boca... para luego proceder a amarrarlo con una cuerda envolviendo completamente su cuerpo... atando un extremo de la cuerda a los sacos con piedras... para luego... lanzarlo al agua...”*. ¿Cabe alguna duda sobre la descripción de la muerte del sujeto, aunque no se la haya denominado como tal?, y ¿cabe, asimismo, alguna duda sobre la imputación a un tercero de ese resultado lesivo?

La muerte se probó, tal como se refiere en el mismo hecho y la suficiencia o insuficiencia de los medios de cargo empleados al efecto, no pueden ser revisados por esta causal, que sólo puede estarse al hecho fijado por el tribunal y que ha sido correctamente calificado.

Tanto ha sido así, que los jueces se han hecho cargo en el razonamiento vigésimo segundo, N°13, de las alegaciones de la defensa sobre la inexistencia del cadáver, que no tienen que ver con una infracción de derecho, que es lo que se reclama ahora y que se evidenció en estrados: la prueba satisfactoria de la muerte. Tal extremo no se compadece con esta causal en estudio que sólo permite a estos jueces verificar que el hecho que se ha tenido por demostrado se ajuste a la prescripción del artículo 391 del Código Penal, en la parte que dice: *“el que mate a otro”*, tipificación que se condice con lo probado, de modo que esta última causal tampoco puede prosperar.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 374, 375 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por doña María Fernanda Benavides Henry, defensora penal pública, en representación del condenado Sixto Pablo Ayancán Ayancán contra la sentencia de trece de agosto de dos mil once, cuya copia corre agregada a fs. 1 y siguientes de este legajo y contra el juicio oral que le sirvió de antecedente en el proceso Rit 35-2011 y RUC 0900836679-6, los que en consecuencia, **no son nulos**.

En uso de la facultad que le confiere el artículo 375 del Código Procesal Penal a esta Corte, se suprime el numeral 14.- del razonamiento vigésimo segundo de la sentencia, por las razones expresadas en el considerando décimo de este fallo.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Ricardo Peralta V..

Rol N°8178-11

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., y los abogados integrantes Sres. Alberto Chaigneau del C. y Ricardo Peralta V. No firma el abogado integrante Sr. Chaigneau, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. VÍCTIMA EN EL DELITO DE MALTRATO ANIMAL

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Al contrario de lo señalado por la defensa, en el delito de maltrato animal sí existen víctimas en los términos del artículo 108 del Código Procesal Penal, las que son los ofendidos por el delito.

Si bien es cierto que puede considerarse que se ha avanzado mucho en la protección legal de los animales y, fundamentalmente, en el amparo de aquéllos, no se ha llegado a considerar que tengan la calidad de víctimas propiamente tales de un hecho delictivo por no ser personas, y siguen siendo objeto de dominio de un ser humano que, en calidad de propietario de aquéllos, es quien puede ser considerado la víctima.

El derecho de la víctima a ser oída por el tribunal antes de pronunciar una resolución que ponga término al juicio, está consagrado en el artículo 109, letra e), del mismo compendio procedimental, lo que hicieron en el caso de marras los propietarios de los animales muertos, a través de un abogado, con arreglo a las normas sobre comparecencia en juicio¹.

Texto Completo

Santiago, diecinueve de octubre de dos mil once.

VISTOS:

El Tribunal de Garantía de Los Ángeles condenó en juicio oral simplificado al imputado Ruperto Héctor Villamán Cáceres, por su responsabilidad de autor del delito de maltrato o crueldad con los animales, descrito en el artículo 291 bis del Código Penal, cometido en fecha no determinada entre el cinco y siete de agosto de dos mil diez, a sufrir la pena de veintidós días de prisión en su grado medio, accesorias de sus-

pensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena y a enterar una multa de dos unidades tributarias mensuales. Se le otorgó el beneficio de la remisión condicional de la sanción corporal.

Contra esta decisión, la defensa del convicto Villamán Cáceres dedujo recurso de nulidad, asilado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, el que se ordenó conocer y fijar audiencia para tal efecto, por resolución de fojas 48.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el recurso de nulidad instaurado, la asesoría legal

¹ La defensa cuestionó que el Juez de Garantía hubiera autorizado al abogado representante de los propietarios de los animales para intervenir en los alegatos de clausura, a pesar de que no habían interpuesto una querrela.

del enjuiciado esgrimió como única causal, la del artículo 373 letra a) del Código Procedimental del ramo, denuncia violentado el artículo 19, N°3°, de la Constitución Política de la República, en torno al debido proceso atinente al derecho a un proceso previo legalmente tramitado.

Sostiene que al inicio de la audiencia, compareció el letrado Javier Mellado Gutiérrez, en representación de las víctimas, los dueños de los perros maltratados, lo que fue objetado por el compareciente, sustentado que en ese delito no existen víctimas en los términos del artículo 108 del mencionado estatuto de instrucción criminal y porque para intervenir como apoderado de los dueños de los perros, debió de hacerlo ajustado al artículo 12 de ese cuerpo legal, lo que tampoco se cumplió.

Sin embargo, el juez de garantía autorizó la comparecencia de ese abogado y también su alegato de clausura, apoyado en el derecho de las víctimas a ser oídas. Con ello no sólo se vulneró el procedimiento establecido por ley, sino que además, suplió las insuficiencias de información que no logró transmitir el Ministerio Público en la litis, puesto que fue ese profesional quien señaló que los perros “no tenían bolo alimenticio en su estómago” antes de morir, que fue precisamente el argumento empleado por el juez para descartar la justificación del acusado en el sentido que les disparó porque habían atacado a una vaquilla de su vecino. Ese mandatarario explicó al tribunal que los perros no tenían en su estómago evidencias de pelos, sangre o carne que hubie-

ran arrancado a la vaquilla defendida por el inculpado, de modo que fue la intervención activa de un abogado no facultado por ley para actuar en el pleito, el que aportó los argumentos recogidos por el juez para favorecer a una de los litigantes, y conculcó así el debido proceso al establecer una posición de desigualdad entre los contendientes.

De esta manera se quebrantó el debido proceso previo, legalmente tramitado, en armonía con el principio de legalidad que consagran los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental porque se autorizó la intervención de una persona que carecía de la calidad de interviniente y que no podía actuar en el juicio.

Sobre el perjuicio, aduce que no obstante el artículo 160 del ordenamiento procesal contiene una regla general, aquél se produjo cuando se favoreció indebidamente a una de las partes al acogerse las alegaciones de un abogado que no tenía la calidad de interviniente.

SEGUNDO: Que para acreditar los fundamentos del ordinal planteado y sus circunstancias, se ofreció como prueba que fue recibida en la audiencia de la vista, algunas secciones del audio del juicio oral, a saber:

- 1.- Pista 1083-01-08-2011-01 “individualización-peticiones” del 00:01 al 00:52.
- 2.- Pista 1083-01-08-2011-01 “individualización-peticiones” del 01:25 al 04:15.

3.- Pista 1083-01-08-2011-02 “Petic. Defensa-resolución” del 00:00 al 02:22.

4.- Pista 1083-02-08-2011-04 “Alegato clausura” del 17:16 al 18:13.

5.- Pista 1083-02-08-2011-05 “Víctima Abog. Pat.” del 00:01 al 02:45.

TERCERO: Que de acuerdo a lo prevenido en el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, procede la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia, cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

No basta con la constatación de la transgresión de garantías, sino que es preciso, además, que aquella sea sustancial.

CUARTO: Que, al efecto, el oponente asevera en su libelo, por lo pronto, que el legislador estableció una presunción de perjuicio en el artículo 160 del Código Procesal Penal y a la vez, expresó que ese daño se irrogó a la defensa al permitirse a un letrado intervenir en un litigio, sin estar habilitado por la ley para hacerlo, amén que le proporcionó un argumento que sirvió al juez de la causa para condenar al imputado.

QUINTO: Que sin entrar al análisis de la pertinencia o no del consentimiento de comparecencia y de formular alegatos, que se permitió por el tribunal al abogado cuestionado, lo cierto es que no se verifica en la

especie, el perjuicio que pretende el recurrente.

En efecto, como tópico preliminar es preciso destacar que quien promovió el tema relativo al hecho que los perros no habían comido y que eso se comprobaba con el testimonio del médico veterinario fue el propio asesor jurídico del encartado, como se lee de la síntesis del alegato de apertura que consta en el razonamiento cuarto del veredicto, donde se consigna: “*Se escuchará la declaración del perito o del médico veterinario que dirá que cuando encuentran a los animales, éstos no habían ingerido alimentos*”

El recurrente expone en su recurso que el abogado que intervino en representación de los propietarios de los perros muertos, habló al término de la recepción de la prueba, lo que aparece corroborado en el fallo en análisis, donde se dice que el profesional Javier Mellado Gutiérrez solicitó hacer uso de la palabra, “*siendo escuchado por el tribunal al término del debate*” (fundamento undécimo), de donde se sigue que la idea sobre la inexistencia de alimentos en el estómago de los perros no la sembró ese letrado, sino que la misma defensa.

Además, se advierte del motivo séptimo del laudo reprobado, que el tribunal tuvo en cuenta para comprobar los cargos, tanto prueba testimonial, como documental entre la que se contó el informe de necropsia de los perros muertos, con sus respectivas fotografías, antecedentes que aparecen analizados en el razonamiento décimo cuarto del edicto, en cuyo literal c) se describen las heridas que presentaban los animales y el

número de disparos que de acuerdo a ellas, habría recibido cada uno; y, asimismo, cuando el juez se hizo cargo de la defensa, nuevamente analizó los dichos del médico veterinario que realizó el examen, en el inciso final del basamento décimo octavo, en que se dice efectivamente que los animales no tenían bolo alimenticio en sus estómagos ni rastros de pelaje del vacuno, ni siquiera sangre, lo que se constató por el tribunal según se advierte de la misma reflexión, de los informes respectivos y de la declaración del testigo Gabriel Urrutia, ante lo cual el juez concluye que no comieron siquiera una porción mínima de la vaquilla.

SEXTO: Que de lo relatado aparece que la intervención del abogado que se reclama no tuvo la injerencia que le atribuye el impugnante, toda vez que el argumento que molesta a la defensa y que el tribunal usó para desechar la excepción del encausado, no fue introducido al debate por ese letrado, sino que por el mismo defensor, sin perjuicio que con sus expresiones el recurrente reduce al juez a un mero árbitro, sin capacidad de raciocinio propio, desde que ese mismo discurso pudo ser elucubrado por el mismo magistrado.

SÉPTIMO: Que es posible agregar aún, que el inculcado en la causa admitió haber disparado contra los perros pastores alemanes Donnkan y Káiser, pero quiso justificar su conducta, bajo el pretexto de haber obrado en defensa de la propiedad ajena, por cuanto ambos mastines estaban atacando a una vaquilla de

su vecino, la que en definitiva resultó también muerta.

Sin desconocer que al Ministerio Público corresponde investigar, tanto aquello que constituye prueba de cargo contra el hechor, como aquello que lo favorece, ello no obsta a la prueba que los interesados pueden rendir para demostrar las circunstancias que les interesan.

De la sola lectura del dictamen fluye que el fiscal a cargo indagó sobre el hecho de haber sido atacada una vaquilla, que según su propietario, fue enterrada en un lugar que señaló, pero donde no se encontró siquiera que la tierra estuviera removida, al ser escarbada y sin que la defensa incorporase más antecedentes al respecto.

Lo expresado pone también en evidencia la falta de detrimento en la supuesta contravención de garantías que reclama la defensa, ya que el delito mismo fue reconocido por el agente, y la frase deslizada por el abogado cuya intervención controvierte el recurrente apunta a la antinomia que devela en la prueba en relación a la excepción invocada por el acusado, respecto de la cual ninguna probanza se rindió, por lo que mal pudo dañarlo si la acreditación de ella recaía en aquél.

OCTAVO: Que, finalmente, en lo que concierne al menoscabo, éste no se produce por la simple intervención de un apoderado, que ningún daño puede provocar, sino que sólo por la frase que considera tan aguda el reclamante y que según él, le per-

judicó, lo que como ya se dijo, no se divisa.

NOVENO: Que, por lo demás, aunque fuera el asunto inicial propuesto, el defensor asegura que en el delito investigado no existen víctimas en los términos del artículo 108 del Código Procesal Penal. Sin embargo, dicho predicamento descansa en una errónea lectura del precepto, porque aquél, en su inciso primero enuncia el concepto de *víctima, el que para los efectos de ese cuerpo legal, es el ofendido por el delito.*

A continuación, en el inciso segundo, se refiere a los ilícitos en que la consecuencia fuera la muerte del ofendido y enumera a quiénes se considera víctima en su lugar.

Si bien es cierto, puede considerarse que se ha avanzado mucho en la protección legal de los animales y fundamentalmente, en el amparo de aquéllos, no se ha llegado a considerar que tengan la calidad de *víctimas propiamente tales* de un hecho delictivo por no ser personas y siguen siendo objeto de dominio de un ser humano que, en calidad de propietario de aquéllos, es quien puede ser considerado la víctima.

Tanto es así, que el delito de maltrato animal se encuentra contenido en el párrafo 9 del Título VI del Libro II del Código Penal, denominado "*Delitos relativos a la salud animal y vegetal*", y no habrá discusión acerca del hecho que una planta no podría ser considerada víctima, por mucho que es un ser vivo tanto como el perro. Asimismo, el título VI referido, se denomina "*De los crímenes y simples*

delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares".

Por último, el derecho de la víctima a ser oída por el tribunal antes de pronunciar una resolución que ponga término al juicio, está consagrado en el artículo 109, letra e), del mismo compendio procedimental, lo que hicieron en el caso de marras los propietarios de los animales muertos, a través de un abogado, con arreglo a las normas sobre comparecencia en juicio.

DÉCIMO: Que, sin perjuicio de lo que se ha dicho sobre la pertinencia de la autorización dada por el juez a la intervención del letrado que representaba a las víctimas, como ya se advirtió el supuesto vicio que se reclama a través del presente recurso de nulidad, carece totalmente de trascendencia, lo que conduce a su denegación.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto en lo principal de fojas 30 a 39, por la defensa del acusado Ruperto Villamán Cáceres, contra la sentencia de seis de agosto de dos mil once, cuya copia corre agregada de fojas 13 a 29 de este legajo, extendida en el Rit 5893-2010 y RUC 1000721119-3, la que, por consiguiente, **no es nula.**

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez.

Rol N°7880-11

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excm. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Nelson Pozo S. y Jorge Medina C. No firman el Ministro

Sr. Segura y el abogado integrante Sr. Pozo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica y ausente, respectivamente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

RECURSO DE QUEJA RECHAZADO. RECURSO DE NULIDAD ES DE DERECHO ESTRICTO

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Si bien en el Mensaje del Código Procesal Penal se indica que el recurso de nulidad se establece como un recurso desformalizado, las cosas son lo que son en la realidad, más allá de cómo se las ha querido denominar, por tanto, y de acuerdo a lo establecido en el Título IV del Libro III del cuerpo legal señalado, el recurso de nulidad es un recurso de derecho estricto, con causales previamente establecidas y exclusivas y con exigencias específicas de fundamentación.

Por otra parte y en cuanto a la causal de nulidad contenida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, cuando lo que se denuncia es una errónea aplicación del derecho que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, no basta con decir que una disposición cualquiera ha sido infringida, sino que es indispensable explicar cómo lo ha sido y por qué tal vulneración legal ha tenido influencia sustancial en lo resolutivo del fallo.

Texto completo:

Santiago, nueve de diciembre de dos mil once.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

1° Que a fs. 3 comparece don Ricardo Schomburgk Ugarte, en representación de Juan David Clavijo Villarroel, quien deduce recurso de queja contra los Ministros de la Corte de Apelaciones de San Miguel Sr. Ricardo Blanco Herrera, Sra. María Carolina Catepillán Lobos y el abogado integrante Sr. Francisco Hurtado Morales, por las graves faltas o abusos que habrían cometido en el pronunciamiento de la resolución de catorce de octubre del año en curso, por la cual declararon inadmisibile el recurso de nulidad que interpuso contra la sentencia del 15° Juzgado

de Garantía de Santiago, por la cual su representado fue condenado como autor del delito de maltrato habitual que contempla la Ley N°20.066 en su artículo 14.

Sostiene que formalizó el recurso por la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal y denunció como disposiciones legales infringidas los artículos 297 y 340 de ese mismo código, puesto que fue condenado sólo con el mérito de la declaración de la víctima.

La grave falta o abuso se hace consistir en el hecho que los jueces de la Corte de Apelaciones exigieron un requisito que, sin perjuicio de estar cumplido en el libelo, no existe en la ley, cual es, "...precisar o particularizar en forma clara, de qué forma han sido infringidas las normas que invoca...".

Agrega que de acuerdo a la doctrina, la revisión es externa, sólo del cumplimiento de ciertas formalidades; y que la exactitud de los motivos invocados, corresponde a la revisión de fondo.

Además de la forma en que se procedió por los recurridos, se habría vulnerado su derecho al recurso, reconocido no sólo en la Constitución Política de la República, sino que en una serie de instrumentos internacionales reconocidos en nuestro país.

2° Que, informando los recurridos a fs.24, se limitaron a sostener que a su juicio no habrían incurrido en falta o abuso alguno y adjuntaron copia de la resolución pronunciada por ellos, con el objeto de ilustrar a esta Corte sobre sus motivos, haciendo presente, además, que el quejoso no habría presentado reposición contra la decisión adoptada, en su oportunidad.

3° Que como medida para mejor resolver, estos jueces ordenaron incorporar copia del libelo del recurso de nulidad deducido por la defensa de Clavijo Villarroel y que, en opinión de los recurridos, no satisfacía las exigencias legales para su admisibilidad, el que se agregó a fs. 37 y siguientes.

4° Que de la revisión del mencionado libelo se advierte que la defensa invocó la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal y que luego añadió un párrafo que tituló “Antecedentes de hecho que ameritan la causal invocada”, bajo el cual consignó los fundamentos fácticos de su recurso, para más

adelante establecer un título denominado “Infracción de ley como causal del recurso” (fs.40) y otro subtítulo llamado “Forma en que se produce la infracción” (fs. 41), que contiene los fundamentos de derecho y donde partió copiando los artículos 340 y 297 del Código Procesal Penal y 14 de la Ley 20.066, para luego repetir, como ya se dijo, que la única prueba rendida sería la declaración de la víctima y su reiteración por terceros para concluir que “...no habiéndose producido prueba imparcial que objetivamente acredite el maltrato que se imputa...no se cumple en la especie la disposición del art. 340 del Código Procesal Penal, esto es, que ‘más allá de toda duda razonable’ el tribunal que juzgue al suscrito adquiriera la convicción de que realmente hubiere cometido el delito requerido”.

Acto seguido explica que: “La infracción de las normas citadas, particularmente el art. 297 inc. 3° y 340 inc. 1° y 2° del Código Procesal Penal, se produce precisamente, al bastar la sola declaración de la víctima por sí o por interpósita persona, para condenar al suscrito.” Más adelante menciona los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, pero sólo para aseverar que se impugna la circunstancia que la prueba no es imparcial, sino sólo reproducción de lo dicho por la víctima, abandonándose los principios referidos.

5° Que, por su parte, el artículo 383 del Código Procesal Penal establece como motivos para declarar inadmisibles un recurso de nulidad, entre otras: si “*el escrito de interposición*

careciere de fundamentos de hecho y de derecho...

En el caso concreto, el mismo recurrente decidió separar en su libelo la fundamentación de hecho de la de derecho e incluso, en los motivos de derecho, contempló un título especial sobre la forma en que se había cometido la infracción, que es lo mismo que luego reclama no ser exigible, a pesar que aquel requerimiento no es más que la concreción de la fundamentación de derecho.

En la especie, el problema se produce porque una de las normas que el recurrente esgrime como infringidas, contempla una facultad propia de los jueces: adquirir convicción más allá de toda duda razonable. Y la segunda, el artículo 297 en su inciso 3°, señala requisitos propios de una infracción de forma, en el caso, de una causal absoluta: señalar los medios de prueba por los que se tienen por establecidos los hechos y que la fundamentación permita la reproducción del razonamiento.

En consecuencia, más allá de la dificultad propia que representa, en el caso concreto, la denuncia de infracción legal de los dos preceptos en estudio, precisamente por las características mencionadas es propio de la denuncia de una infracción de derecho que debe tener influencia sustancial en la decisión, por lo cual se hace necesario que se indique la forma en que se comete o se incurre en la infracción, porque no basta con decir que una disposición cualquiera ha sido infringida, sino que es indispensable explicar cómo lo ha sido y por qué tal vulneración

legal ha tenido influencia sustancial en lo resolutivo del fallo, requisitos que si bien no aparecen así explicitados por el legislador en el artículo 383 del Código Procesal Penal, son exigibles porque ello forma parte de la fundamentación de derecho de un recurso, ya que es preciso vincular esa disposición con aquella que establece la causal legal del recurso, en este caso, el artículo 373 letra b) del código del ramo, que autoriza la invalidación del juicio oral y la sentencia (o sólo esta última) cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una ***errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.***

6° Que es efectivo que en el mensaje del Código Procesal Penal se ha indicado que el recurso de nulidad se establece como un recurso desformalizado, pero las cosas son lo que son en la realidad, más allá de cómo se las ha querido denominar, puesto que como se lee del Título IV del Libro III de ese cuerpo legal, se reguló por el legislador como un recurso de derecho estricto, con causales previamente establecidas y exclusivas y con exigencias específicas de fundamentación.

7° Que en la forma concluida, resulta necesario explicar cómo se ha cometido la infracción de derecho, lo que en la especie no aparece cumplido, habiéndose limitado el recurrente a esgrimir sólo impugnaciones a la valoración probatoria o ponderación realizada por los jueces del Tribunal Oral, lo que no constituye la causal esgrimida y que, en consecuencia,

deja al recurso desprovisto de fundamentos de derecho, de modo que los ministros y abogado integrante de la Corte de Apelaciones de San Miguel no han incurrido en las faltas o abusos graves que se les atribuye, motivo por el cual la decisión de inadmisibilidad del presente recurso de queja se ajusta a la normativa vigente sobre la materia.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, **SE RECHAZA** el recurso de queja deducido en lo

principal de fs. 3 por el abogado Sr. Ricardo Alberto Schomburgk Ugarte, quien actuó en representación del acusado Juan Clavijo Villarroel.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch.

Rol N°10.073-11

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y Juan Escobar Z.

DIVISIÓN DE ATENCIÓN
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

SISTEMA DE INFORMACIÓN Y ATENCIÓN A USUARIOS (SIAU)

*Francisco Rojas Advis¹
Ángela Chávez Torrico²*

I. Introducción

Desde el advenimiento de la democracia en nuestro país en el año 1990, ha adquirido especial relevancia para el Estado el avanzar hacia un óptimo reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las acciones de los órganos públicos. En el caso de la atención de los usuarios por tales órganos, adquieren especial relevancia determinados derechos que asegura nuestra Carta Fundamental, como son, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, el respeto y protección de la vida privada y la honra, el derecho de presentar peticiones a la autoridad, y otros contenidos implícitamente en otras disposiciones, como es la dignidad de la personas. En este contexto, ha sido necesario que tal reconocimiento se plasme en políticas públicas eficaces y eficientes, tendientes a simplificar y estandarizar los procesos de tramitación y ampliar el acceso a las prestaciones de los bienes y servicios que entrega el Estado que permitan asegurar su efectividad.

Una de las iniciativas gubernamentales para avanzar en este ámbito ha sido el desarrollo de un Sistema Integral de Información y Atención Ciudadana al interior de la administración del Estado, que se constituye en un relevante vínculo con las personas, centrado en satisfacer sus necesidades y expectativas entregando una atención oportuna y de calidad, acorde con sus requerimientos.

El Ministerio Público no se encuentra ajeno a este esfuerzo por brindar una óptima atención a sus usuarios, en quienes reconoce a un sujeto de derechos que merece su especial preocupación, que en su gran mayoría tiene la calidad de víctima o testigo, y respecto de los cuales la Constitución le ha asignado una particular función de protección. Por ello, ha centrado sus esfuerzos en desarrollar un Modelo de Atención a Usuarios que asegure una atención eficiente y eficaz, fundada en la estandarización y transversalidad de los procesos.

Paralelo a ello, el Ministerio Público adquiere dentro de los compromisos del Programa Marco del Convenio de Desempeño Institucional, la obligación de ejecutar un Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU) que permita entregar un servicio de calidad orientado a estos usuarios.

1 Asistente Social de la División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Abogada de la División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

A continuación, se realiza en este trabajo una exposición sobre los aspectos más relevantes del Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU).

II. Antecedentes generales

La Reforma Procesal Penal en Chile, significó un cambio estructural en el sistema de justicia penal de nuestro país, demandando la creación de nuevas instituciones para su funcionamiento, como es el caso del Ministerio Público, el cual a través de sus fiscalías, se transforma en uno de los ejes fundamentales de esta nueva forma de administrar justicia en el ámbito penal.

Asimismo, la reforma trae consigo un cambio respecto de los intervinientes en el sistema, adquiriendo especial relevancia la víctima por los derechos que se le reconocen en dicha calidad y rol que se le asigna, sin perjuicio del reconocimiento de derechos respecto de otros intervinientes.

Al materializarse este proyecto, mediante un proceso gradual de implementación en todas las regiones del país entre los años 2000 y 2005, se hizo evidente la diversidad que a nivel de estilos de dirección, modelos locales de organización y operación, procesos de atención a víctimas, testigos y público en general, y formas de coordinación con otras instituciones, adoptó cada fiscalía regional y local.

Ante esta diversidad, el Ministerio Público advierte la necesidad de incorporar ciertos estándares a la operatoria institucional, teniendo como eje central la entrega de un servicio de calidad a los usuarios. Esto genera la necesidad de iniciar la elaboración de un Modelo de Atención a Usuarios. Paralelo a ello, y tal como señaláramos, se asume dentro de los compromisos del Programa Marco del Convenio de Desempeño Institucional, la obligación de ejecutar un Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU) que permita entregar un servicio de calidad orientado a éstos, y que contemple: a) Modelos de atención según segmentos de usuarios con sus respectivos estándares y procesos de trabajo; b) Plataformas de atención y sistemas de información y c) Mecanismos de evaluación de procesos y de resultados. De esta forma este Sistema forma parte complementaria del indicado Modelo de Atención.

El desarrollo del SIAU, tiene como supuesto la estandarización de los procesos de trabajo para la atención de los usuarios, por lo que el desarrollo de un sistema desde una mirada institucional integradora y participativa requiere del compromiso de las fiscalías regionales, ya que serán las encargadas de poner en marcha este proceso de atención, especialmente a través de sus fiscalías locales. La naturaleza de órgano público de nuestra institución, la obliga en un área tan sensible como lo es la justicia penal, a desarrollar respuestas eficaces y de calidad para hacer frente a la demanda de sus usuarios. Este desafío supone construir un sistema de atención de carácter nacional que responda oportunamente a los distintos requerimientos de nuestros usuarios, y que simultánea-

mente sea un complemento que genere valor organizacional en la función de persecución penal que le compete.

Por otra parte, el Modelo de Atención a Usuarios que integra el SIAU se encuentra enmarcado dentro del denominado Plan Estratégico del Ministerio Público para el período 2009-2015, el cual es producto del exhaustivo análisis del avance logrado a fin de detectar aquellas áreas que constituían un potencial de desarrollo y mejora, y que se constituye en una guía para orientar el desarrollo futuro de la Institución, específicamente, las decisiones referidas a las metas que se deben lograr.

En este Plan Estratégico se definen aquellas prioridades que se ha trazado la institución, lo que en materia de atención de usuarios se traduce en su segundo objetivo estratégico, que indica que la institución debe *“Mejorar la percepción y satisfacción de los usuarios, a través de la implementación y consolidación de un modelo orientado a una atención oportuna y que genere canales de comunicación recíproca entre la institución y sus usuarios, especialmente a las víctimas y testigos”*. Ello sitúa la atención de usuarios en un sitio de especial importancia, que se incluye como uno de los lineamientos estratégicos, en particular, el de *“Potenciar la Atención y Protección a Víctimas y Testigos”*, en el cual está contenido el Sistema de Información y Atención a Usuarios.

El sentido principal de este sistema es entregar a los usuarios de la Fiscalía de Chile una atención homogénea y de calidad, apuntando a la equidad y eficacia en la entrega de los servicios que estos requieren. Esta tarea implica el necesario involucramiento de todos los actores institucionales, así directivos, fiscales y funcionarios tienen un rol preponderante en esta tarea, toda vez que la atención a usuarios debe ser asumida por la institución como un todo.

III. Sistema de Información y Atención de Usuarios del Ministerio Público

El Sistema de Información y Atención a Usuarios del Ministerio Público es un sistema transversal que coordina los espacios de atención existentes (presencial, telefónico y virtual), a fin de facilitar a los usuarios el acceso a los servicios que presta la institución a través de la entrega de información, recepción de sus requerimientos y su correspondiente respuesta. Lo anterior, mediante una gestión que cuente con una metodología estandarizada, procedimientos de derivación establecidos previa y racionalmente y que garanticen una respuesta oportuna y eficaz, sistemas de registro, plan de difusión y sistematización de la información para retroalimentar la gestión, todo ello basado en una perspectiva comunicacional participativa y no discriminatoria entre la institución y los usuarios.

Conforme a lo establecido en la Ley N°20.240, que perfecciona el sistema de incentivos al desempeño de los fiscales y de los funcionarios del Ministerio

Público, cada año la institución suscribe un Convenio Anual de Desempeño Institucional con el Ministerio de Hacienda, en el cual se establece un Programa Marco, con Áreas Prioritarias, una de las cuales en el año 2011 corresponde al Área Usuarios y Comunidad que incluye dos sistemas a) Sistema de Información y Atención a Usuarios y, b) Sistema de Información para la Comunidad utilizando TIC.

Específicamente, en el Sistema de Información y Atención a Usuarios, año 2011, el Ministerio Público asume el siguiente Compromiso de Gestión Institucional: *contar con un Sistema de Información y Atención a Usuarios que coordine los espacios de atención del Ministerio Público a fin de permitir el acceso a la información relativa a la función institucional y que contemple: a) Procesos de trabajo definidos con sus respectivos estándares y protocolos; b) Sistemas de registro y gestión de requerimientos; c) Mecanismos de evaluación de procesos y de resultados.*

La ejecución de este Sistema se realiza en cuatro etapas: diagnóstico, diseño, implementación y evaluación, las cuales no necesariamente deben ejecutarse en un año calendario, sino que pueden comprenderse más de una en un año o extenderse una de ellas a años posteriores, según la complejidad que presente cada una de ellas y los recursos existentes la institución.

1. Principios orientadores del Sistema de Información y Atención de Usuarios del Ministerio Público

Para el desarrollo de este Sistema de Información y Atención a Usuarios fue necesario definir aquellos principios aplicables específicamente a esta materia, a fin de orientar las acciones y de constituir un mandato de optimización de determinadas conductas para los operadores del Sistema. Cabe señalar que estos principios no son excluyentes de aquellos de aplicación general que siempre deben tenerse presente.

a) Excelencia en la atención. Este principio rector de la actuación de la Fiscalía de Chile, requiere para su cumplimiento que la atención a los usuarios sea:

- **De calidad.** La atención de calidad debe tomar en cuenta los requerimientos específicos del usuario y estar organizada para satisfacer los mismos en el contexto propio de la misión institucional y del marco normativo, considerando sus derechos y deberes, tanto en el trato como en las actividades propias de su quehacer cotidiano³. Para lo anterior, la institución definirá estándares de calidad posibles de entregar en la

³ Parte de los servicios que el Ministerio Público entrega a sus usuarios están establecidos por ley. Ello determina un tipo particular de relación con los usuarios que debe estar siempre presente en las definiciones en este ámbito.

atención al usuario, y sus fiscales y funcionarios garantizarán el cumplimiento de tales compromisos.

- **Oportuna.** Los servicios de información y atención entregados por fiscales y funcionarios deben ejecutarse dentro de plazos razonables, establecidos previamente, conocidos por el usuario y definidos según el tipo de requerimiento.
 - **Efcaz.** La atención o servicio entregado por fiscales y funcionarios debe estar orientado a satisfacer, dentro del marco regulatorio institucional, el requerimiento del usuario.
 - **Trato digno.** Los fiscales y funcionarios deben brindar una atención amable y respetuosa a los usuarios teniendo siempre presente su calidad de persona.
- b) Estandarización.** En virtud de este principio, la atención que se brinde a usuarios de similares características, para los mismos servicios (productos), independientemente de la fiscalía de que se trate, deberá considerar procesos homogéneos con el mismo estándar de calidad en todo el país.
- c) Transversalidad.** La atención de usuarios debe ser responsabilidad de la fiscalía en su conjunto y asumida así por cada uno de los fiscales y funcionarios de acuerdo al tipo de servicio entregado y el proceso definido para el mismo, con lo cual cada área actúa en el marco de su responsabilidad, pero siempre de forma coordinada, con el fin de que estas acciones tengan resultados óptimos.
- d) Atención no discriminatoria.** Los fiscales y funcionarios deben dar a todas las personas un trato igualitario, indistintamente de su condición sexual, raza, etnia, creencia o religión, nacionalidad, profesión, actividad, condición socioeconómica u otro factor distinto de su calidad de usuario de la Fiscalía de Chile.
- e) Transparencia.** De acuerdo a este principio cualquier ciudadano que lo requiera, dentro de la normativa legal vigente, puede tener acceso a los actos de la institución, excluyéndose aquellos que tengan el carácter de reservados, según la misma normativa.

2. Objetivos del Sistema de Información y Atención a Usuarios del Ministerio Público

El **objetivo general** del SIAU se ha definido en los siguientes términos:

- Contar con un Sistema de Información y Atención a Usuarios que coordine los espacios de atención del Ministerio Público a fin de permitir el acceso a la información relativa a la función institucional, y que contemple: a) Procesos de Trabajo definidos con sus respectivos estándares y

protocolos; b) Sistemas de registro y gestión de requerimientos; c) Mecanismos de evaluación de procesos y de resultados.

En función de este objetivo el Ministerio Público en la etapa de diseño de este Sistema, ha orientado su trabajo a generar un Sistema de Información y Atención a Usuarios que entregue información oportuna y de calidad para facilitar el acceso a los servicios que presta la institución, garantizando una respuesta oportuna y eficaz, todo ello a fin de generar canales de comunicación recíproca entre la institución y sus usuarios.

Por su parte, los **objetivos específicos** formulados son:

- Informar a los usuarios/as sobre las funciones del Ministerio Público; los servicios que contempla con sus respectivos estándares y procesos de trabajo, formalidades, plazos, procedimientos para su tramitación, y las demás indicaciones necesarias para acceder a ellos, en forma oportuna y de calidad.
- Recibir y resolver los reclamos que se presenten en relación con la institución o sus funcionarios, que tengan por objeto representar disconformidades, faltas, omisiones o cualquier otra irregularidad que afecte al interés legítimo del reclamante.
- Recibir y estudiar las sugerencias y felicitaciones que los usuarios/as presenten y que tengan por objeto mejorar el funcionamiento de la institución.
- Recibir y resolver oportunamente las solicitudes de información asociada a la Ley de Transparencia que se presenten.
- Realizar mediciones sobre el nivel de satisfacción de los usuarios/as respecto de la atención recibida, a fin de incorporar su percepción en el desarrollo y mejoramiento continuo del Sistema.
- Monitorear el comportamiento de las distintas actividades involucradas en los servicios entregados, incorporando esa información en el desarrollo y mejoramiento continuo del sistema.

3. Alcance del Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU) del Ministerio Público

Los procesos de trabajo que contempla el SIAU del Ministerio Público comprenden todos los servicios entregados a usuarios a través de los diferentes espacios de atención, considerando la entrega de información al usuario y la recepción y respuesta a sus requerimientos, según corresponda.

3.1 Espacios de atención a implementar en el SIAU del Ministerio Público

Los espacios de atención del SIAU a implementar por el Ministerio Público son los siguientes:

- **Atención presencial:** Es aquella que otorgan las fiscalías locales, regionales y nacional que se inicia con la atención de los recepcionistas a los usuarios en el mesón de recepción, con el objeto de entregarles los servicios que brinda el SIAU (en el caso de las fiscalías regionales y nacional sólo se limitarán a la entrega de información general).
- **Atención telefónica:** Es aquella que se otorga a los usuarios a través del *call center* de la Fiscalía y tiene por objeto entregarles los servicios que brinda el SIAU, conforme a la naturaleza y características de este espacio de atención.
- **Atención Virtual:** Es aquella que se otorga a los usuarios a través de la página *web* institucional como a través de correo electrónico y tiene por objeto entregarles los servicios que brinda el SIAU definidos para este espacio de atención, conforme a la naturaleza y características de éste.

3.2 Usuarios del SIAU del Ministerio Público

Los servicios que se prestan a través del Sistema de Información y Atención a Usuarios del Ministerio Público están dirigidos a los siguientes usuarios:

- **Víctima:** El inciso primero del artículo 108 del Código Procesal Penal define a la víctima como “*el ofendido por el delito*”, esto implica que es la persona en quien se radican los efectos dañosos del acto delictual, por lo cual se le conoce como la víctima directa.

Cuando la Víctima directa ha fallecido⁴ o está impedida de ejercer sus derechos⁵, ocupan su lugar las siguientes personas, en calidad de víctimas indirectas (de acuerdo al artículo 108 del CPP):⁶

- Cónyuge e hijos.
- Ascendientes.
- Conviviente.
- Hermanos.
- Adoptado o adoptante.

4 Acreditado con certificado de defunción.

5 Acreditado por un certificado médico u otro documento que acredite tal imposibilidad.

6 Acreditarán su condición con libreta de matrimonio, certificados de nacimientos u otros según corresponda.

Este listado se presenta en orden de prelación, por lo que la intervención de una o más personas pertenecientes a la categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.

- **Testigo:** Es todo tercero que cuenta con antecedentes útiles para el esclarecimiento de los hechos. Está obligado a colaborar tanto con los fiscales del Ministerio Público como con los tribunales, declarando sobre los hechos que conoce.
- **Denunciante:** Es toda persona que comunica a los órganos competentes⁷ el conocimiento que tuviere de un hecho que revistiere caracteres de delito conforme a la normativa legal vigente. Para efectos del espacio de atención presencial, se considera denunciante a aquel que no reúne, además, la calidad de víctima, es decir, denunciante no víctima.
- **Abogado:** Refiere al profesional que asume la calidad de representante de un interviniente en el proceso penal y, dependiendo del servicio al cual accede, cumple con el procedimiento de acreditación definido por la fiscalía.
- **Imputado:** Persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia (Art. 7 del CPP).
- **Público General:** Es toda persona que acude a la Fiscalía a presentar un requerimiento, y que no tiene alguna de las calidades señaladas precedentemente.

4. Los procesos y servicios que se otorgan a través de los espacios de atención del SIAU

Los procesos son uno de las componentes centrales del SIAU; se definen e implementan para sostener la entrega de bienes y/o servicios, orientados a los clientes externos. Desde la perspectiva de la gestión, los procesos están conformados por actividades generalmente secuenciales que al interactuar entre sí van construyendo valor, permitiendo satisfacer las necesidades de los usuarios. Estos resultados deben estar alineados a los objetivos y metas organizacionales. En el caso del SIAU los procesos representan el conjunto de actividades que se han diseñado para la elaboración y entrega de los distintos servicios que se proveen a sus usuarios, de acuerdo a ciertas condiciones de satisfacción, principios y estrategias definidas por la institución. Por su parte los servicios son los productos (intangibles) que ofrece la institución –en el marco

⁷ Son órganos competentes: el Ministerio Público, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Gendarmería en el caso de los delitos cometidos en recintos penitenciarios y cualquier tribunal con competencia criminal.

de sus funciones normativas y objetivos organizacionales–, para satisfacer la demanda de los usuarios.

Actualmente es posible identificar seis procesos, compuestos de una serie de servicios que se entregan a los distintos usuarios que son atendidos por el Ministerio Público, a saber:

PROCESO: SOLICITUD DE INFORMACIÓN Y/O REQUERIMIENTOS DE USUARIOS

Este proceso tiene dos elementos distintivos: i) en primer término, las actividades asociadas a él tienen como propósito fundamental la entrega de información. No obstante, también incluye la provisión de servicios que los usuarios demandan a la Fiscalía, y ii) en segundo lugar el primer contacto lo genera habitualmente el usuario, a partir de una necesidad específica que gatilla la interacción con la Fiscalía.

Es posible distinguir dos procesos que conforman este proceso; aquellos que se establecen para proveer el servicio demandado de entrega inmediata, y los que requieren de una evaluación interna previa, antes de la entrega del servicio. En el primer grupo se encuentran la entrega de información general, mientras que en el segundo la información específica sobre la tramitación de una causa.

Servicios:

- Servicios de entrega inmediata:
 - Información general no asociada a una causa.
 - Información sobre procedimiento para realizar presentaciones de reclamos, sugerencias, felicitaciones.
 - Información sobre procedimiento para realizar solicitudes sobre Ley Transparencia.
 - Información general asociada a una causa.
 - Información sobre estado de requerimiento previo (relacionado con una causa, consultas por ley de transparencia o reclamo).
 - Información sobre medidas de protección.
 - Información general sobre términos de una causa: (causa agrupada, archivo provisional, incompetencia, principio de oportunidad, facultad de no iniciar la investigación, decisión de no perseverar, sentencias, acuerdo reparatorio, sobreseimiento definitivo).
 - Información sobre diligencias de investigación y/o emisión de instrucción particular.

- Entrega de licencia de conducir que no constituye evidencia en una causa.
 - Entrega de certificados de asistencia.
 - Entrega de copia del parte extraíble de SAF para presentar ante Compañías de Seguros.
 - Copia de medida cautelar decretada por Tribunal.
 - Copia de comprobante de aporte de antecedentes.
 - Copia de Medidas de Protección autónoma.
 - Aporte de antecedentes asociados a una causa.
 - Acreditación de abogados.
- Servicios que requieren consulta o evaluación interna:

Recepción y respuesta de solicitudes de diligencias:

- Solicitud de reapertura de una causa con nuevos antecedentes.
- Presentación de retractación.
- Solicitud de diligencias de investigación.

Recepción y respuesta solicitudes de información específica:

- Información sobre término de una causa (refiere a información que debe ser consultada al fiscal para dar respuesta al usuario).
- Información sobre diligencias de investigación (refiere a información específica que debe ser consultada al fiscal para dar respuesta al usuario).
- Información sobre medidas de protección (refiere a información que debe ser consultada al fiscal para dar respuesta al usuario).

Recepción y respuesta de otros requerimientos:

- Solicitud de documentos/copias asociados a una causa.
- Solicitud de audiencia o entrevista.
- Solicitud de cambio de fecha/hora de citación o entrevista.
- Solicitud de devolución de especies/dinero (licencias de conducir).
- Solicitud de autorización para retiro de difunto.
- Solicitud de revisión de la carpeta de investigación.
- Solicitud de revisión de evidencia.

PROCESO: ATENCIÓN DE USUARIOS CRÍTICOS

En este ámbito, dada la naturaleza y complejidad de los servicios que se entregan, se requiere establecer procesos más específicos, *ad-hoc* a las necesidades de los usuarios. En este proceso, se contemplan principalmente los servicios de toma de declaración y reclamos no formalizados.

Servicios:

- Recepción de denuncia.
- Atención inmediata reclamos no formalizados.

PROCESO: ATENCIÓN DE PERSONAS CITADAS

Está conformado por dos procesos; el agendamiento y la atención propiamente tal, que contempla la toma de declaración. En el caso del primer proceso, el contacto puede ser gatillado tanto por la Fiscalía como por el usuario.

Servicios:

- Agendamiento de usuarios.
- Atención de citados.
- Toma de declaración.

PROCESO: GESTIÓN DE PRESENTACIONES

Al igual que en el caso de las solicitudes de información y requerimientos de los usuarios, en este proceso es posible distinguir dos procesos; aquellos en donde la entrega del servicio es de resolución inmediata (por ejemplo: la recepción de felicitaciones), y los que requieren una evaluación interna (por ejemplo: reclamos).

Servicios:

- Recepción, registro de presentaciones, elaboración y comunicación de respuesta.
 - Recepción de presentaciones en Fiscalía Local.
 - Respuesta a presentaciones en Fiscalía Local.
 - Recepción de presentaciones en Fiscalía Regional.
 - Respuesta a presentaciones en Fiscalía Regional.
 - Recepción de presentaciones en Fiscalía Nacional.
 - Respuesta a presentaciones en Fiscalía Nacional.

PROCESO: GESTIÓN SOLICITUDES POR LEY DE TRANSPARENCIA

En este proceso implica la entrega de respuesta a los usuarios a partir de la evaluación que haga la fiscalía, ya que se refieren a transparencia pasiva.

Servicios:

- Servicios que requieren evaluación interna.
 - Solicitudes de información por Ley de Transparencia.
 - Respuesta a las solicitudes de información Ley de Transparencia.

5. Relación del SIAU con el Plan Estratégico Institucional

Basándonos en el Plan Estratégico del Ministerio Público 2009-2015 y la caracterización del Sistema de Información de Atención a Usuarios, se presenta a continuación un análisis de la vinculación de las definiciones estratégicas institucionales, en donde se identifican la visión, la misión, los lineamientos estratégicos y objetivos estratégicos ligados con la atención de usuarios.

El Plan Estratégico de la Fiscalía de Chile aborda desde distintas perspectivas la atención de usuarios, por ejemplo, como valor, como objetivo y como servicio estratégico para la institución.

En este marco de ideas el Plan Estratégico considera entre los valores institucionales la “excelencia en la atención”, en virtud del cual “todas las acciones deben orientarse a brindar una atención oportuna y con altos estándares de calidad que aseguren la satisfacción por el servicio entregado”.

La atención de usuarios se aborda también como un objetivo institucional: “Mejorar la percepción y satisfacción de los usuarios, a través de la implementación y consolidación de un modelo orientado a una atención oportuna y que genere canales de comunicación recíproca entre la institución y sus usuarios, específicamente, las víctimas y testigos”.

Desde este objetivo se desprenden servicios y productos estratégicos por medio de los cuales la institución busca entregar a todas las víctimas y testigos que participan en el proceso penal orientación sobre su causa, protección si la requieren, y apoyo durante dicho proceso.

El Plan Estratégico releva la utilización de sistemas tecnológicos que faciliten los objetivos planteados. La implementación de una plataforma de comunicación a nivel nacional (*call center*) apunta en esa dirección, logrando una mayor cobertura y un acceso más oportuno a la información por parte de los usuarios. Este espacio de atención cumple una función de importancia en el modelo de atención desarrollado.

Por otra parte en la visión planteada por la Fiscalía de Chile⁸, se observa el rol trascendente que cumple la atención de usuarios. Sin embargo, un requisito fundamental para avanzar hacia este ideal institucional es contar con un modelo general a través del cual se materialice el propósito de lograr una atención oportuna y de calidad, incorporando para ello el desarrollo de procesos estandarizados, que incorporen la orientación al usuario como eje central en el trabajo de nuestra organización.

La misión institucional⁹, se encuentra asociada al artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, norma que determina el objeto con el cual se crea el servicio y que debe guiar todo su quehacer. Dentro de este marco, la atención a los usuarios más relevantes de la Fiscalía de Chile, como son las víctimas y los testigos, resulta trascendente. La misión, dada la definición que plantea en materia de atención de usuarios, se encuentra en directa relación con el objetivo del modelo general de atención a usuarios: brindar una atención oportuna y de calidad, organizándola por tipo de servicio, a fin de dar respuesta a los requerimientos de los usuarios y de generar canales de comunicación recíproca entre éstos y la institución.

5.1. Los lineamientos estratégicos y los objetivos estratégicos

Los lineamientos definidos en el Plan Estratégico, nos indican las orientaciones generales que la organización define para alcanzar la visión y misión. Dichos lineamientos se vinculan con determinados objetivos estratégicos, que definen logros que la institución quiere alcanzar en un determinado plazo y cuya relación se encuentra graficada en la tabla que se expone a continuación:

Dos de estos lineamientos están directamente vinculados con el desarrollo de la atención de usuarios dado que tienden a su optimización, éstos son:

- a. “Mejorar continuamente la gestión administrativa”.
- b. “Potenciar la Atención y Protección a Víctimas y Testigos”, que dé origen a una política que promueva y facilite la participación de víctimas y testigos en el proceso penal.

El primer lineamiento, **Mejorar continuamente la gestión administrativa**, es considerado como el soporte de las acciones que se dirigen hacia la persecu-

8 “Ser una institución de excelencia, confiable, reconocida por la eficacia y eficiencia con que ejerce la persecución penal pública y la atención a víctimas y testigos, respetuosa de los derechos de todas las personas y formada por un equipo humano comprometido con el quehacer institucional”.

9 “Dirigir en forma exclusiva las investigaciones criminales, ejercer cuando resulte procedente la acción penal pública instando por resolver adecuada y oportunamente los diversos casos penales, adoptando las medidas necesarias para la atención y protección de las víctimas y testigos; todo ello a fin de contribuir a la consolidación de un Estado de Derecho, con altos estándares de calidad”.

ción penal y la protección de víctimas y testigos. A través de este lineamiento se expresa el compromiso de la institución por desarrollar mejoras en dicha área, a través del CGI, para lo cual se deberá avanzar en la estandarización de los procesos de trabajo en este ámbito.

Concretamente, para el logro de este lineamiento la institución se encuentra implementando un Sistema de Información y Atención a Usuarios orientado a entregar servicios de calidad orientados a los usuarios del Ministerio Público, que contemple: a) procesos de trabajo definidos con sus respectivos estándares y protocolos, b) sistemas de registro y gestión de requerimientos y, c) mecanismos de evaluación de procesos y de resultados.

El segundo lineamiento estratégico, **Potenciar la Atención y Protección a Víctimas y Testigos**, se centra en dar origen a una política que promueva y facilite la participación de víctimas y testigos en el proceso penal. Éste es de relevancia debido a que gran parte de su materialización tiene relación directa con la instauración de un Modelo de Atención a Usuarios, puesto que deben existir “procesos de trabajo que permitan identificar desde el inicio de la intervención, cuáles son las necesidades individuales de víctimas y testigos con el objetivo de orientarlas, protegerlas y apoyarlas eficientemente”.

Ambos lineamientos estratégicos conducen naturalmente a uno de los objetivos estratégicos hacia el cual se orientan los recursos y los esfuerzos del Ministerio Público para el cumplimiento de su misión, cual es:

“Mejorar la percepción y satisfacción de los usuarios, a través de la implementación y consolidación de un modelo orientado a una atención oportuna y que genere canales de comunicación recíproca entre la institución y sus usuarios, específicamente a las víctimas y testigos”.

Para el cumplimiento de este objetivo, el desarrollo e instalación del SIAU cumple un rol esencial, dado que precisamente la mejora de la percepción y satisfacción de los usuarios se encuentra directamente relacionada con la forma en que perciben los servicios que el Ministerio Público provee, de acuerdo al marco legal vigente. El resultado de su adecuada implementación debe ser la generación, implementación y consolidación de procesos estandarizados de atención a los usuarios que asegure la entrega de servicios de calidad a costos razonables. Para ello, es necesario instaurar herramientas de gestión que permitan la coordinación entre los diversos espacios de atención y la entrega de servicios de manera eficiente y de calidad.

6. Normativa sobre atención de usuarios y espacios de atención

El desarrollo de un sistema de esta naturaleza hizo necesario determinar el marco normativo que regula las funciones y atribuciones de la institución en materia de atención de usuarios, a fin de tenerla presente al momento de la realización de su diseño, para lo cual, se tuvo que realizar un proceso de revisión de estas normas a las cuales se encuentra sujeto el Ministerio Público,

como asimismo, de aquellas de carácter referencial que regulan la atención de usuarios y los espacios de atención y que no le son aplicables, dada su calidad de órgano constitucionalmente autónomo. Sobre esto último resulta relevante realizar un breve análisis respecto al rol que juega la autonomía institucional del Ministerio Público en el marco de este estudio sobre sus funciones y atribuciones en materia de atención de usuarios.

El Ministerio Público como órgano autónomo

El Ministerio Público goza de este *status* jurídico, de ente autónomo, por disposición del artículo 83 de la Carta Fundamental, lo que se expresa concretamente en los siguientes componentes de su diseño organizacional:

- La Constitución Política le asigna un rol exclusivo que consiste en la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado¹⁰.
- El Fiscal Nacional tiene la superintendencia directiva, correccional y económica del Ministerio Público, en conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva.
- Una ley orgánica constitucional determina la organización y atribuciones del Ministerio Público.

El modelo chileno del Ministerio Público desechó las alternativas que ofrecía el derecho comparado en el sentido de insertar a este organismo en el poder judicial o el poder ejecutivo y, en cambio, sigue el modelo de independencia institucional extendido en el contexto latinoamericano en diversos países de la región (Bolivia, Guatemala, Perú, Venezuela).

No obstante su autonomía, la Constitución se encarga de reforzar los límites del nuevo órgano estatal pues, como ha dicho el Tribunal Constitucional, los órganos autónomos no quedan exentos de controles¹¹:

A pesar de la autonomía del Ministerio Público es de hacer notar que los equilibrios con los otros poderes del Estado se reflejan, por ejemplo, en la selección del Fiscal Nacional y los fiscales regionales. Por otra parte, existe un procedimiento de remoción de Fiscal Nacional y fiscales regionales por decisión de la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados, o de diez de sus miembros (artículo 89 CPE).

10 Para ello, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos y podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación.

11 Sentencia de Tribunal Constitucional, de fecha 18 de diciembre de 2007, cuando se pronuncia acerca de la constitucionalidad de la Ley N°20.240 sobre sistema de incentivos al desempeño de los fiscales y los funcionarios del Ministerio Público.

Por el contrario, reforzando la autonomía, se ha concluido que la fiscalización de la Cámara de Diputados de los actos de gobierno de acuerdo al artículo 52 de la Constitución Política no es aplicable a las actuaciones del Ministerio Público por cuanto, para los efectos legales, el Ministerio Público no forma parte del Gobierno ni de la Administración del Estado¹².

En cuanto al poder judicial, debe descartarse la superintendencia correccional de la Corte Suprema sobre los fiscales pues la Constitución Política entrega al Fiscal Nacional en plenitud, y no parcial o relativizadamente, el ejercicio de la superintendencia correccional de los fiscales y funcionarios del Ministerio Público, en conformidad a la Ley Orgánica Constitucional respectiva. Por consiguiente, la potestad disciplinaria quedó conferida, directa y cabalmente en el jefe de la institución.

En relación con la ciudadanía, se impone la obligación de las autoridades superiores del Ministerio Público de rendir cuenta, en audiencias públicas, de las actividades del organismo a nivel nacional o regional (artículos 21 y 36 de la Ley Orgánica del Ministerio Público).

Aplicabilidad de la normativa administrativa al Ministerio Público

Como ya señaláramos, el Ministerio Público no ha sido creado por decisión de la Administración Pública ni tampoco por una ley común, sino que ha sido creado por el mismo poder constituyente en tanto órgano autónomo y regulado a través de una Ley Orgánica Constitucional. En el contexto de nuestro país, el servicio público funciona bajo un régimen jurídico especial constituido por una ley que lo crea¹³ y lo hace depender sistemáticamente en última instancia en el Presidente de la República, lo que no se verifica en el caso del Ministerio Público.

El Ministerio Público tiene una función propia, no forma parte de la Administración del Estado porque el poder constituyente quiso hacerlo ajeno para no comprometer su necesaria imparcialidad¹⁴.

El artículo 83 de la Constitución Política de la República se encarga de fijar la función del Ministerio Público cuando señala que *“dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la*

12 Francisco Cumplido: Informe en derecho. Texto preparado a requerimiento de Guillermo Piedrabuena. 2006; Miguel Ángel Fernández: “La nueva justicia penal frente a la Constitución”, LexisNexis, Santiago, 2006.

13 En Chile, la necesidad de ley para crear un servicio público está expresamente consagrada en el artículo 65 N°2 en relación con el N°14 del artículo 63 de la Constitución Política de la República.

14 María Inés Horvitz y Julián López: Derecho procesal penal chileno. Tomo 1 (Principios, sujetos procesales, medidas cautelares y etapa de investigación). Editorial Jurídica, Santiago, 2002.

acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos”.

El Fiscal Nacional como jefe superior del Ministerio Público

El Ministerio Público se organiza en una estructura jerárquica en forma piramidal. En la cúspide está el Fiscal Nacional y en la base los fiscales adjuntos. El Fiscal Nacional es el jefe superior del Ministerio Público y responsable de su buen funcionamiento. Ejercerá sus atribuciones personalmente o a través de los distintos órganos de la institución, en conformidad a la Ley Orgánica del Ministerio Público (artículo 13).

De acuerdo al artículo 17 de la misma Ley Orgánica, corresponderán al Fiscal Nacional, entre otras, las siguientes atribuciones atinentes a esta materia: b) Fijar, oyendo al Consejo General, los criterios que se aplicarán en materia de recursos humanos, de remuneraciones, de inversiones, de gastos de los fondos respectivos, de planificación del desarrollo y de administración y finanzas; d) Dictar los reglamentos que correspondan en virtud de la superintendencia directiva, correccional y económica que le confiere la Constitución Política. En ejercicio de esta facultad, determinará la forma de funcionamiento de las fiscalías y demás unidades del Ministerio Público y el ejercicio de la potestad disciplinaria correspondiente; f) Resolver las dificultades que se susciten entre fiscales regionales acerca de la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública o la protección de las víctimas o testigos. En ejercicio de esta facultad, determinará la Fiscalía Regional que realizará tales actividades o dispondrá las medidas de coordinación que fueren necesarias; g) Controlar el funcionamiento administrativo de las Fiscalías Regionales; h) Administrar, en conformidad a la ley, los recursos que sean asignados al Ministerio Público.

Normas vinculantes y normas referenciales para el Ministerio Público relativas a la definición de funciones en materia de atención a usuarios

La normativa aplicable en materia de atención de usuarios y espacios de atención, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, es diversa. Existen normas vinculantes para la institución y otras que por estar dirigidas a la administración del Estado, dada la autonomía ya señalada, no son vinculantes, pero en su texto y espíritu establecen directrices y principios que tienen un carácter referencial para el diseño del SIAU.

A) NIVEL INTERNACIONAL:

A nivel internacional, las diversas convenciones y tratados tienen un carácter vinculante para el Estado de Chile, ya que ha suscrito estos documentos. De los instrumentos identificados pueden extrapolarse derechos, requerimientos, principios orientadores y líneas directrices relacionadas con la atención de usuarios y espacios de atención y que deberán observarse en el diseño del

SIAU, aunque no se establezcan en ellos regulaciones específicas, así por ejemplo deberá tenerse presente la no discriminación, la protección de la honra y dignidad de las personas, etc. Todos estos cuerpos normativos tienen como eje el respeto de los derechos fundamentales de las personas, y en todos ellos se persigue que los Estados adopten medidas para avanzar en su reconocimiento y respeto.

Los principales documentos son:

- **Declaración Universal de Derechos Humanos:** Adoptada en París el 10 de diciembre de 1948, esta declaración es proclamada “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin que tanto los individuos como las naciones, inspirándose constantemente en ellas, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos”.
- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:** Su data de origen es el año 1966 y es ratificado por nuestro país en el año 1972. El Pacto cuenta con una reglamentación amplia que abarca diversas materias relativas a los derechos de las personas.
- **Convención Americana de DD.HH.:** Es trascendente el aporte que se efectúa en esta convención en cuanto a los principios que se encuentran contenidos en los derechos que se reconocen y que deben ser considerados en esta materia. Sobre el particular, el artículo 1° efectúa una mención genérica del derecho a la **no discriminación**.
- **Convención Internacional sobre los Derechos del Niño:** En general, esta Convención establece el deber de protección a este sujeto especial. Destaca en este ámbito la definición conceptual de niño y ciertos principios que inspiran la protección especializada.
- **Declaración de la ONU sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder** de 1985 (resolución 40/34). Por su naturaleza es un instrumento declarativo, y a diferencia de los Tratados y Convenciones con valor y jerarquía de ley, esta declaración de la ONU prescribe ciertas recomendaciones para la atención de víctimas de delitos y abuso de poder. En esta declaración, **el foco de atención es el usuario víctima**.
- **Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o “Convención de Belem do Para”,** de 9 de junio de 1994. Esta Convención fue promulgada por Chile el año 1998. Principalmente está orientada a proteger los derechos de la mujer para evitar y erradicar la violencia de que puedan ser objeto.

B) A NIVEL NACIONAL

Nuestro ordenamiento jurídico contiene disposiciones de diversa jerarquía que establecen, en armonía con las disposiciones internacionales, los parámetros generales y principios que deben regular el tratamiento de los usuarios por parte de las instituciones del Estado, en el caso específico de los usuarios del Ministerio Público, algunas con carácter vinculante y otras con carácter referencial.

A nivel nacional, la jerarquía legal permite que la ley regule materias más específicas y los reglamentos, decretos e instrucciones ahonden sobre los detalles de esta normativa.

Estas normas son:

- **Constitución Política de la República.** Algunas de sus normas que nos interesa destacar se encuentran en su Capítulo I BASES DE LA INSTITUCIONALIDAD, donde se establecen una serie de principios inherentes al Estado de Derecho. Parte en su artículo primero declarando la igualdad de todas las personas en dignidad y derechos, que el Estado se encuentra al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común. El artículo 19° del Capítulo III DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES, asegura a todas las personas un conjunto de derechos fundamentales relacionados directamente con esta materia, como son: la igualdad ante la ley (N°2); la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, en cuyo párrafo cuarto se reconoce el derecho a defensa jurídica tanto de las víctimas como de los imputados (N°3); el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes (N°14); etc.

De esta manera, resulta trascendental este mandato constitucional en materia de atención de usuarios, que impone un deber de actuación teniendo presente que el fin del Estado es precisamente el pleno desarrollo de la persona humana, lo cual, en este caso debe reflejarse en los procedimientos que se generen en los espacios de atención de usuarios, dado que, sirven de fundamento para sostener que los diversos órganos del Estado deben planificar y establecer mecanismos y procedimientos adecuados y expeditos para recibir y canalizar sus requerimientos, así como el debido tratamiento en el ejercicio de sus funciones.

- **El Código Procesal Penal.** El sistema de justicia penal se encuentra regulado por este cuerpo normativo, que contiene los principios inspiradores del sistema y la normativa atingente al procedimiento mismo. Dentro del texto de este código son numerosas las normas que reconocen la importancia y participación de la víctima del delito, como también de los testigos, denunciantes, imputados, abogados y otros. Así por ejemplo, el artículo 6°

regula lo relativo a la *protección de la víctima*; el art. 8° se refiere al imputado y sus derechos; el art. 78 sobre *Información y protección a las víctimas*; art. 109 sobre *Derechos de la víctimas*; art. 111 regula al *Querellante*; art. 137 sobre *Difusión de derechos*; art. 178 sobre *Responsabilidad y derechos del denunciante*; art. 312 sobre *Derechos del testigo*; etc.

- **Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N°19.640.** Este texto legal se encarga de regular la estructura, funcionamiento y atribuciones del MP, definiéndolo y señalando sus funciones. A partir de sus disposiciones es posible identificar sustento normativo en lo referido a la atención de las personas que acuden al MP como usuarios. Algunas de estas disposiciones son: el art. 1° que establece su obligación de brindar protección a víctimas y testigos; el art. 6° que establece que los fiscales y funcionarios del Ministerio Público deberán velar por la eficiente e idónea administración de los recursos y bienes públicos y por el debido cumplimiento de sus funciones. Asimismo dispone que los procedimientos deben ser ágiles y expeditos; el art. 8° sobre probidad administrativa; el art. 20° que dispone que la Fiscalía Nacional contará con las siguientes unidades administrativas: f) División de Atención a las Víctimas y Testigos, que tendrá por objeto velar por el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal penal; art. 32° letra b) que dispone que corresponderá al Fiscal Nacional *Conocer y resolver, en los casos previstos por la ley procesal penal, las reclamaciones que cualquier interviniente en un procedimiento formule respecto de la actuación de un fiscal adjunto que se desempeñe en la Fiscalía Regional a su cargo*; etc.
- **Ley N°19.718 Crea la Defensoría Penal Pública.** Este texto legal se encarga de regular la estructura, funcionamiento y atribuciones de la Defensoría Penal Pública, definiéndola y señalando sus funciones. Sus disposiciones adquieren relevancia en este ámbito, al regular la defensa penal de los imputados o acusados de un delito cuya competencia corresponda a un juzgado de garantías o a un tribunal de juicio oral en lo penal y las respectivas cortes, cuando carezcan de abogado. Esta normativa es referencial para el Ministerio Público.
- **Ley N°20.240, que perfecciona el sistema de incentivos al desempeño de los Fiscales y de los funcionarios del Ministerio Público.** Esta Ley establece un sistema de incentivos que otorga contenido al sistema de remuneraciones y bonos contemplados en la LOC del Ministerio Público (Art. 77), señalando la forma como se regulará el bono de gestión institucional. Prescribe que se entregará un bono en relación con el cumplimiento de un Compromiso de Gestión Institucional (CGI) que será propuesto anualmente al Ministerio de Hacienda por el Fiscal Nacional, que generará un Convenio de Desempeño Institucional en el que se establecerán metas por cumplir clasificadas según prioridad. Una entidad evaluadora externa será la encargada de verificar el grado de cumplimiento de las

metas. Por su parte el Fiscal Nacional establecerá mecanismos al interior del Ministerio Público para la implementación, seguimiento y control del Compromiso Anual de Gestión Institucional. Esta normativa, al igual que para el caso de los PMG, se relaciona con el sistema de atención de usuarios y espacios de atención a través de las distintas áreas en las cuales debe verificarse la gestión. Una de ellas es, precisamente, la atención de usuarios, siendo el SIAU la concreción de lo anterior.

- **Ley N°20.285 sobre acceso a la información pública.** Publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de agosto del 2008, esta ley se constituye como uno de los pilares fundamentales en materia de atención. En general, establece los mecanismos para que los ciudadanos puedan ejercer una actividad de control sobre los actos de la Administración, regulando el principio de transparencia de la función pública, en virtud del cual, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de base y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos; salvo las excepciones que establece la misma u otras leyes. En esta ley sólo resulta vinculante para el Ministerio Público su **artículo 9°**.
- **Ley N°19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.** No es vinculante para el Ministerio Público. Esta ley regula una serie de derechos de la ciudadanía al establecer las bases del procedimiento administrativo de los actos de la administración del Estado, a la cual no pertenece el Ministerio Público, sin perjuicio del carácter ilustrativo de esta normativa. Entre estos derechos destacan, en el artículo 17°, el derecho a conocer el trámite que se está realizando, identificar la persona quien lo atiende, eximirse de presentar ciertos documentos, tener acceso a información, ser tratado con respeto, formular alegaciones, hacer exigible la responsabilidad y obtener información específica.
- **Ley N°19.628 sobre Protección de la Vida Privada.** Esta ley establece que el tratamiento de datos de carácter personal, en registros o bancos de datos, por organismos públicos o particulares, se debe sujetar a las disposiciones que ella establece. En este sentido se pronuncia el artículo 20° al señalar que “el tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular”.
- **DFL 1-19.653 fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.** No es vinculante para el Ministerio Público, sin perjuicio de ello dentro de sus disposiciones se contemplan importantes principios (Art. 3) como los de eficiencia, eficacia y transparencia que deben regir la actividad de la Administración, y que constituyen una valiosa referen-

cia. Dentro de sus disposiciones se prevé asimismo que las autoridades deben controlar la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como la legalidad y oportunidad de sus actuaciones (Art. 10). Sin perjuicio de ello, en general, las directrices que consagra este cuerpo normativo, se han desarrollado en forma más específica por leyes posteriores, como la Ley N°19.880 y N°20.285.

- **Ley N°19.553, Concede asignación de modernización y otros beneficios que indica (PMG).** No es vinculante para el Ministerio Público. Esta Ley implementó en Chile el sistema de Planes de Mejoramiento de la Gestión (PMG), en virtud de los cuales, una repartición pública se compromete a cumplir con determinados requisitos de un Programa Marco, los que en el caso de ser efectivamente cumplidos, dan derecho al personal del Servicio a una bonificación porcentual sobre la base de su remuneración.
- **Ley N°19.284, que establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad.** Esta ley es vinculante para el Ministerio Público. Esta ley se encuentra en gran parte derogada por la Ley N°20.422, pero los artículos vigentes dicen relación con las condiciones que deben observar los servicios públicos respecto de los discapacitados y por lo tanto son actualmente aplicables al Ministerio Público. Esta ley establece las formas y condiciones que permitan una plena integración de las personas con discapacidad en la sociedad, permitiéndoles el pleno ejercicio de sus derechos. Importa para el tema de atención de usuarios y espacios de atención, el hecho que establece la obligatoriedad de dotar a los edificios a los que concurra público, de una infraestructura que permita el uso y acceso para personas con discapacidad (sillas de rueda). Deberán asimismo reservarse estacionamientos, en el caso de contar con ellos, destinados al uso de personas con discapacidad (Art. 21, 25).
- **Ley N°20.422, establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.** Es vinculante para el Ministerio Público. El objeto de esta ley es asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades a las personas con alguna discapacidad a fin de lograr su plena inclusión social. Establece una serie de principios que deben ser considerados por los servicios públicos, por ejemplo: derecho a la igualdad de oportunidades o ausencia de discriminación por razones de su discapacidad (arts. 7° y 8°).
- **Reglamentos del Ministerio Público.** Todos ellos resultan vinculantes y aquellos que dicen relación con esta materia son: a) Reglamento de Personal para los Fiscales del MP, arts. 37 N°s. 1, 6, 7 y 8. (Resolución FN/MP N°197/2010 de 23 de febrero del 2010); b) Reglamento de Personal para los Funcionarios del MP, art. 33 (Resolución FN/MP N°196/2010 de 23 de febrero de 2010); c) Reglamento Orgánico de las Unidades Jurídicas y de Asesoría Comunicacional de la Fiscalía Nacional, arts. 12, 13, 19 letras

a) y b) (Resolución FN/MP N°2125/2008 de 24 de septiembre de 2008);
 d) Reglamento de Funciones de los Fiscales Jefe y Administradores de Fiscalías del MP, art. 2, 12, 14, 30 y 31 (Resolución FN/MP N°195/2010 de 23 de febrero del 2010).

- **Documento Modelo de Atención General a Víctimas y Testigos (elaborado por la División de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional).** Este documento está dirigido a enmarcar el rol y accionar de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos, teniendo como eje central el mandato constitucional que nuestra carta fundamental entrega al Ministerio Público: el deber de protección, consagrado en el artículo 83 inciso primero de la Constitución Política de la República, al señalar *“De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos”*. Existen además otras disposiciones de nuestro ordenamiento, pero de distinto nivel jerárquico, que reafirman este deber de protección de manera explícita. Además, existen normas que se refieren a otras obligaciones que el Ministerio Público tiene respecto de las víctimas y testigos, tales como las de atención e indemnización, según sea el caso en particular, y que a través de este Modelo de Atención se regula su forma de operar.

7. Etapas del SIAU y desafíos

El proceso de elaboración del SIAU está constituido por cuatro etapas, las que corresponden a: diagnóstico, diseño, implementación y evaluación.

En la etapa de diagnóstico se realizó un análisis de las funciones y atribuciones del Ministerio Público en materia de atención de usuarios, concentrándose en la normativa sobre atención de usuarios, espacios de atención, autonomía del Ministerio Público, políticas de atención de usuarios. Por otra parte se identificaron los espacios de atención utilizados por los usuarios, los requerimientos que ellos solicitan, haciendo el cruce entre los requerimientos, los usuarios y los espacios de atención, consecuentemente se analizan los procedimientos de recepción y respuesta a solicitudes y requerimientos de los usuarios y la existencia de sistemas de registro y seguimiento a solicitudes. Para terminar se identificó la dotación y las competencias necesarias para desarrollar los procesos de atención a usuarios, identificando la dotación, perfiles de cargo y competencias involucrados en los procesos de atención de público.

Con la base de la información obtenida en el diagnóstico, se desarrolla la etapa de diseño, que tuvo como objetivo generar las definiciones que permitieran la implementación posterior del SIAU, así se realizó un análisis de la vinculación entre las definiciones estratégicas del servicio y sus funciones en materia de atención a usuarios. Otro de los elementos centrales para la implementación del SIAU es contar con la claridad institucional en relación a la ubicación de este sistema en la estructura organizacional, ya que de esta depende la forma

en que se organiza internamente la institución para el logro de los objetivos del SIAU. Una vez desarrollada la estructura interna, se hizo necesario establecer con qué parámetros y estándares se entregarían los servicios que el SIAU contempla para sus usuarios, para eso se desarrollaron procesos y protocolos en relación a los servicios que el Ministerio Público pone a disposición de sus usuarios. Consecuentemente era necesario definir los perfiles de competencias del personal encargado de aplicar lo indicado por el SIAU. Por otra parte se desarrolló la carta de derechos de usuarios SIAU del Ministerio Público, que establece el compromiso que institucionalmente se hace de cara a los usuarios. Para terminar el diseño contempla la definición de metodologías que permitan medir la calidad de los servicios entregados y la descripción del procedimiento a través del cual se llevan a cabo los procesos de generación de información para retroalimentar la gestión institucional.

Ambas etapas descritas anteriormente se han desarrollado entre los años 2008 a 2011, considerando la amplia participación de diversos estamentos institucionales, entre estos los directores ejecutivos regionales, directivos de fiscalías regionales y funcionarios.

Para abordar la etapa de implementación, se asumió como estrategia, implementar el SIAU por espacio de atención, así esta etapa comienza con la implementación del espacio de atención telefónico (*call center*) durante el año 2011 en seis fiscalías regionales del país, en particular las de Arica y Parinacota, Antofagasta, Coquimbo, O'Higgins, La Araucanía y Los Lagos. Esta acción implicó la elaboración de un protocolo SIAU *ad-hoc* a esta implementación y la realización de capacitación con teleoperadores de la empresa ATENTO S. A. (quien ejecuta el *call center*) y los actores institucionales con responsabilidad en esta implementación.

En los años sucesivos se continuará con la implementación de *call center* en el resto del país y se comenzará con la implementación de los espacios presencial y *web*, los que sin duda implicarán un importante cambio para la atención que nuestra institución presta a sus usuarios.

La cuarta y última etapa es la de evaluación, esta se comienza a implementar a partir de este año 2012 y consiste en la aplicación de metodologías que permitan conocer el funcionamiento general del SIAU, en relación a los espacios que se encuentren implementados y la opinión de los usuarios.

Cabe hacer mención que el proceso metodológico del SIAU es de mejoramiento continuo, por lo que la etapa de evaluación es permanente y permite a través de la información que arroja diseñar planes de mejora de lo implementado con lo que se actualiza y perfecciona permanentemente el diseño inicialmente elaborado, basado en el diagnóstico elaborado y que tiene como consecuencia mejoras en la entrega de los servicios dirigidos a los usuarios.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

EL ROL DEL REINTEGRO Y DEL REQUERIMIENTO EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN

Hernán Fernández Aracena¹
José Luis Cortés Zepeda²

Introducción

Uno de los temas más debatidos en el estudio de los delitos funcionarios, es, sin lugar a dudas, el referido al rol o función que juega el reintegro de las sumas sustraídas en el contexto de los delitos de malversación de caudales públicos.

Discusión que tiene importantes consecuencias prácticas, pues según la teoría que se siga, pudiera considerarse que, o sólo sirve para configurar la atenuante de reparación celosa del mal causado, o bien llegar a alterar la calificación jurídica de los hechos investigados, moviéndose la tipificación entre el peculado (del art. 233 del Código Penal³) a la distracción de caudales o desfalco⁴ (del art. 235 del Código Penal⁵), o incluso, simplemente pudiera sostenerse que

- 1 Abogado, Subdirector de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Abogado de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 3 El artículo 233 del Código Penal castiga a *“El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga, será castigado:*
 - 1° Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la sustracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.
 - 2° Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.
 - 3° Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.*En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos”.*
- 4 LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición, s/d, reimp. Santiago, 2005, p. 81, afirma que esta denominación está reservada para cuando la cosa distraída es dinero, mientras que ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*, Tomo IV, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, reimp. 2010, Santiago, 2010, p. 243, afirma que es aplicable al caso en que no tiene lugar el reintegro. En lo sucesivo se utilizarán indistintamente.
- 5 El artículo 235 del Código Penal castiga a *“El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa del diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere sustraído.*

se trataría de una conducta impune dado que el reintegro oportuno eliminó toda posibilidad de delito. Las diferencias de penalidades entre el art. 233 que puede llegar a penas de presidio mayor en su grado medio, y el art. 235 que contempla sólo penas de inhabilitación de derechos y multa, si es que existe el reintegro, influyen en la discusión respecto de la calificación jurídica de los hechos y de la configuración de los tipos penales.

Eso sí, este problema surge en aquellas investigaciones en que efectivamente existe un reintegro por el total de las sumas malversadas, porque si éste no ha sido efectuado, o sólo hubo una restitución parcial, el legislador solucionó cualquier duda que pudiera surgir al efecto, al disponer que en esos casos se equipararían las penas de la distracción con las del peculado doloso⁶.

Las dudas empiezan, entonces, cuando existe tal restitución íntegra, máxime si, como se verá, se le atribuyen efectos diversos.

El presente trabajo se divide en dos partes, una dedicada al reintegro y sus efectos, y otra en que nos hacemos cargo del requerimiento de los caudales al funcionario público –uno de los casos en que se ha sostenido que el reintegro anterior excluye toda responsabilidad–, que hemos creído conveniente tratar separadamente. En cada uno de estos acápite, expondremos la doctrina y jurisprudencia, criticando los puntos de vista que no se comparten y comentando aquellos aspectos que se consideran más trascendentes, para terminar por esbozar la tesis personal que suscribimos.

El reintegro y sus efectos

I. El reintegro en la doctrina

Dos corrientes son las que dividen la doctrina nacional para explicar el rol y efecto del reintegro, la tesis subjetiva y la objetiva.

a) Formulación de las tesis objetiva y subjetiva en la doctrina

a.1. Quienes sostienen la tesis subjetiva plantean que la diferencia entre el peculado y el desfalco se encuentra precisamente en el elemento subjetivo, en la intención de reintegrar los fondos sustraídos o de usarlos temporalmente, que está presente en la distracción y no en el peculado, cuya sustracción tendría un carácter permanente. En otras palabras, para la tesis subjetiva, en la “distracción” el sujeto sustrae los caudales públicos con el objetivo posterior de

No verificado el reintegro se aplicará las penas señaladas en el artículo 233.

Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán de suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinticinco por ciento de la cantidad sustraída sin perjuicio del reintegro”.

6 El inciso segundo del artículo 235 señala textualmente que “no verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233”.

reintegrarlos, determinándose su penalidad según si este propósito presente al momento de ejecutar la conducta, se verifica o no con posterioridad (si se reintegra o no). Parafraseando a un autor que defiende la opinión contraria⁷, para esta tesis la distracción consistiría en “**sustraer para reintegrar**”.

En este sentido, el ex abogado Consejero del CDE Guillermo Ruiz Pulido afirma que, “tanto en el artículo 233 cuanto en el 235, el funcionario público separa, aparta algo del todo que tiene a su cargo o cuidado, por lo que desde un punto de vista exclusivo de hecho, material, de observación objetiva de su acción, el funcionario público ejecuta un mismo comportamiento en ambos casos, por lo que no es posible, en ese instante [en el de la sustracción], determinar la naturaleza de la figura penal en que está incurriendo, pues en ese momento, sólo se reúnen los elementos propios del delito tipo o delito base; no la figura penal a la cual apunta. En otras palabras, es necesario conocer aún su inteligencia y voluntad para precisar cual de las dos figuras ha cometido o intentado cometer, si su obrar se ha visto frustrado”⁸.

Este autor propone razonar “con sentido común”, concluyendo que “[e]l delito ya está consumado desde el apoderamiento de la cosa con ánimo de devolverla o restituirla”, de modo que “si no obstante existir ánimo de reintegrar en un inicio, este reintegro no ocurre, no podrá cambiar la figura penal pues su consumación se perfeccionó al momento del apoderamiento de la cosa: al apartarla o separarla de su finalidad legal o reglamentaria con ánimo de restituirla”, pues “lo perfecto, desde un punto de vista lógico, no puede dejar de serlo por un hecho posterior a la consumación de la figura”⁹. Si la sustracción no va acompañada del ánimo de reintegrar, en opinión de Ruiz Pulido, se incurrió en la figura del artículo 233 y el reintegro puede ser considerado sólo como una atenuante¹⁰.

Comparte esta teoría subjetiva el profesor Guzmán Dalbora, quien indica que “es la disposición anímica del hechor la que funda el *minus* de injusto de la distracción de fondos, aunque la Administración juegue aquí con una doble ventaja frente al resto de los justiciables, pues, por un lado, producido el reintegro, sanciona lo que hubiera quedado impune en una común apropiación indebida [...] y, por otro, eleva groseramente las penas al desventurado que

7 ETCHEBERRY, *ob. cit.*, t. IV, p. 241.

8 RUIZ PULIDO, Guillermo, *Propuesta Temática y Docente para capacitación Abogados UDEFEP Malversación de Caudales y Distracción de los mismos* (Art. 233 CP Y 235 CP), En: Boletín Unidad Especializada Delitos Funcionarios y Probidad Pública, N°4. 2006, pp. 6-7 (hay una versión posterior: EL MISMO, *Ensayo acerca de la malversación de caudales públicos y distracción de los mismos*, En: Revista del Consejo de Defensa del Estado N°16, diciembre de 2006, p. 80).

9 RUIZ PULIDO, *Ensayo...*, p. 82.

10 RUIZ PULIDO, *Ensayo...*, p. 87.

quiso desde un principio reintegrar y que, más tarde, no pudo hacerlo por la causa que fuere”¹¹.

Esta es la opinión también de Labatut, quien sostiene que la diferencia esencial que separa el delito sancionado en el art. 233 del castigado en el art. 235 es “la *intención de reponer*”. En el primero “la intención del hechor es apropiarse definitivamente, adueñarse de los caudales o efectos puestos a su cargo; en aquél el malversador piensa reponerlos, desde el momento en que los aplica a usos propios o ajenos con ánimo de reintegrarlos oportunamente. La dificultad consiste en establecer con claridad el elemento diferenciador, ya que en el hecho la distracción no viene a descubrirse sino cuando el empleado se encuentra en la imposibilidad de efectuar el reintegro. En la práctica es éste el factor que se toma en consideración para diferenciar ambos delitos...”¹².

Por último, conviene anotar que ésta también es la opinión del autor de la más importante monografía relativa al tema, la del profesor Álvaro Bunster, quien argumenta del siguiente modo: Las figuras del 233 y 235 “[d]ifieren, en cambio, en cuanto al dolo específico, en cuanto a los propósitos dolosos especiales que acompañan a cada una. En el delito del artículo 233, ese dolo específico se traduce en la intención de apropiación definitiva de los caudales. En el delito del artículo 235, el dolo específico se refiere a la voluntad de restituir los caudales transitoriamente extraídos, una vez que hayan sido aplicados a usos propios o ajenos y no es, por lo tanto, una apropiación. El artículo 233 establece una penalidad más alta que el artículo 235, pues la ley considera más grave el dolo específico de aquél que el de éste. El delito del artículo 233 produce una disminución en la integridad patrimonial del Estado, en tanto que el del artículo 235 importa un atentado en contra de la regularidad con que deben administrarse los fondos públicos o de particulares puestos a cargo de los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones”¹³.

Agrega además Bunster, con extraordinaria visión, que “[l]os términos empleados por el legislador han servido infinidad de veces para que el reo condenado por el artículo 233 solicite a la Corte Suprema que se le aplique el artículo 235, diciendo que, si bien sustrajo los caudales fue para aplicarlos a usos propios o ajenos. Es claro que los fondos, en ambos delitos, se sustraen para aplicarlos a usos propios o ajenos, pero no es esa aplicación la que interesa para diferenciarlos, sino la circunstancia de que en un caso exista apropiación y en el otro ánimo de restituir. Con razón ha expresado la Corte Suprema que ‘es obvio que todo dinero sustraído en delito contra la propiedad posteriormente

11 GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Capítulo IX. La malversación de caudales públicos en el Código penal chileno*, En su: Estudios y defensas penales, 3ª edición, 2009, Legal Publishing Chile, 541 páginas, p. 377.

12 LABATUT, *ob. cit.*, t. II, p. 82.

13 BUNSTER BRICEÑO, Álvaro, *La Malversación de Caudales Públicos. Estudio de doctrina y de jurisprudencia*. Memoria para optar al grado de licenciado, Universidad de Chile, 1948, pp. 75-76.

llegue a tener alguna aplicación a usos propios o ajenos y, siendo así, nunca tendría ocurrencia el hecho caracterizado en el artículo 233, conclusión que, a todas luces, es inadmisibles”¹⁴.

a.2. La tesis objetiva, sostenida por otra parte de la doctrina, afirma que el ánimo no es el elemento característico del desfalso, sino que el hecho de existir el reintegro¹⁵. Etcheberry ha sintetizado esta postura mediante una fórmula según la cual aplicar significa “sustraer y luego reintegrar”¹⁶, de modo que lo relevante es que se produzca objetivamente el reintegro, sin que juegue rol alguno la intención original del sujeto.

Así, el profesor Etcheberry plantea que “[s]i la diferencia objetiva entre las figuras del Art. 233 y del Art. 235 radica en que la primera es una ‘sustracción sin reintegro’ y la segunda ‘una sustracción con reintegro’, en principio es necesario admitir que el dolo propio de aquélla es la voluntad de sustraer y no reintegrar, y el dolo de ésta es la intención de sustraer y luego reintegrar”¹⁷, pero, argumentando sobre la base de que cuando “objetivamente hay sustracción sin reintegro, las penas aplicables son las del Art. 233, aunque el dolo haya sido el de sustraer y reintegrar”, colige que “[p]arece claro, en consecuencia, que si esta conclusión es explícitamente admitida por la ley en el caso que perjudica al inculpado, con igual facilidad debe admitirse la conclusión contraria, esto es, que si objetivamente hay reintegro, las penas aplicables son las del Art. 235, sin que influya sobre ello el ánimo inicial del sustractor”¹⁸.

En la misma línea, los profesores Rodríguez Collao y Ossandón Widow rechazan una aproximación subjetiva “[n]o sólo por la dificultad práctica que existe en comprobar si el sujeto actuó con ánimo de sustraer definitiva o temporalmente los fondos, sino porque la norma no establece una exigencia expresa en tal sentido”¹⁹. En apoyo a su opción, agregan que “la interpretación sistemática de las figuras de este párrafo avala una configuración de este delito [el peculado] en un sentido objetivo, de modo que su diferencia con la figura del art. 235 quede restringida al hecho de si existió o no reintegro oportuno”²⁰.

14 BUNSTER BRICEÑO, *ob. cit.*, pp. 76-77.

15 SCHWEITZER S., Miguel, en nota preliminar a BUNSTER BRICEÑO, *ob. cit.*, pp. V-VI “deja[r] constancia expresa de su parecer contrario al del candidato [Bunster] en lo que se refiere a la forma de este delito... descrito en el Art. 235 del Código Penal, en lo que respecta al carácter y elemento caracterizante del delito que asume o inviste el reintegro”.

16 ETCHEBERRY, *ob. cit.*, t. IV, p. 241.

17 ETCHEBERRY, *ob. cit.*, t. IV, p. 242.

18 ETCHEBERRY, *ibid.*

19 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis/ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2008, Santiago, p. 397.

20 RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, pp. 397-398. Se refieren al tema sin tomar posición, LOS MISMOS, *ob. cit.*, pp. 401-402 y p. 407, tomando posición en el ámbito subjetivo.

b) Efecto y oportunidad del reintegro

Según la tesis que se siga variarán las consecuencias que se deriven del reintegro. Cualquiera sea el efecto que le atribuya, conviene destacar que no es objeto de discusión la afirmación según la cual el reintegro debe ser íntegro y oportuno. Ahora bien, cuando se trata de determinar el contenido de una y otra idea, la cuestión se complejiza, al menos en cuanto a la oportunidad del reintegro, que es objeto de una amplia disparidad de opiniones. En efecto, las posibilidades son múltiples: Reintegro antes del sumario administrativo, durante dicho sumario, antes de iniciarse el proceso penal, antes de la formalización, previo a la acusación, o antes que se dicte sentencia condenatoria.

En cambio, la exigencia de integridad del reintegro no parece haber dado lugar a mayores dificultades, sosteniéndose al respecto que “el reintegro deberá ser completo”²¹ o, en otras palabras, “total e incondicionado”²². Hay coincidencia en que el solo reintegro parcial puede dar lugar a configurar la atenuante de responsabilidad de reparación celosa del mal causado del artículo 11 N°7° del Código Penal, aunque se mantenga la divergencia, según la teoría que se siga, que el delito por el cual se sancione pueda ser uno de peculado u otro de desfalco pero de todos modos sancionado con iguales penas que el peculado.

Expondremos a continuación la doctrina relativa a los efectos del reintegro para cada una de las teorías presentadas, dando cuenta de la literatura jurídica referida a la oportunidad.

b.1. Siguiendo la tesis subjetiva, lo relevante debería ser determinar cuál era la intención original del sujeto: si reintegrar o no los caudales para los efectos de considerar aplicable la figura del desfalco o del peculado. De allí que el reintegro y su oportunidad, sería relevante únicamente para determinar la penalidad aplicable (si la del 233 o la del 235)²³, porque en presencia del ánimo de reintegrar el delito debe ser calificado jurídicamente de distracción, sea que se restituyan o no en definitiva los caudales²⁴. Por el contrario, en caso de ausen-

21 ETCHEBERRY, *ob. cit.*, t. IV, p. 243; en el mismo sentido RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 406 (“el reintegro ha de ser *completo*”).

22 GUZMÁN DALBORA, *ob. cit.*, p. 380.

23 Exponiendo como una alternativa de interpretación (que no hacen suya), RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 401; refiriéndose a la opinión de BUNSTER y LABATUT, ETCHEBERRY, *ob. cit.*, t. IV, p. 243.

24 Categórico, BUNSTER BRICEÑO, *ob. cit.*, pp. 78-79. En este sentido, RUIZ PULIDO, *Propuesta...*, pp. 7-8. Al parecer también LABATUT, *ob. cit.*, t. II, p. 82 en tanto entiende la aplicación del 233 y la consideración a la verificación del reintegro constituyen factores según el cual “[e]l Código castiga la distracción de caudales o efectos”. En contra GUZMÁN DALBORA, *ob. cit.*, p. 380, quien, a pesar de ser partidario de la tesis subjetiva, parece aceptar que “el reintegro realizado antes del requerimiento ‘excluye toda posibilidad de perseguir criminalmente al funcionario por este delito’...”. Aunque podría sostenerse lo mismo respecto de una cita similar de LABATUT, *ob. cit.*, p. 82, referida a un momento diferente, eso sí, debe reconocerse que al autor reproduce la doctrina de un fallo.

cia del ánimo de reintegrar al momento de sustraer, el hecho se adecuaría a la descripción típica del peculado, tanto objetivamente, como de manera subjetiva²⁵, de modo que la voluntad de reintegrar, surgida ulteriormente, seguida del reintegro sólo podría ser considerada para efectos de la determinación de la pena (atenuante de reparación celosa)²⁶.

Ello supone que el momento de consumación del delito que sostienen los partidarios de esta tesis, particularmente Bunster, se determina en el momento de la sustracción, pues, una vez que el empleado público “sustraer los caudales, transitoriamente y con miras de reintegrarlos”, el delito de desfalco “queda perfecto”²⁷. Si, en cambio, el ánimo era de sustraer definitivamente el delito que se ha consumado es el peculado²⁸.

Bunster agrega que “una vez fijado el límite de consumación del delito, en uno y otro caso, no interesa, para su caracterización, que el ánimo del agente se modifique después de la sustracción”, y explica que la equiparación de penas del desfalco con el peculado, en el caso de no existir reintegro, tiene lugar “**no porque el delito cambie de naturaleza**, sino porque el legislador considera que **debe entrar a resguardar, en esa hipótesis, la integridad patrimonial del Estado, o sea, el daño material producido**”²⁹. En otras palabras, aunque la intención del sujeto activo hubiera sido sustraer transitoriamente, si no realiza nunca el reintegro de los caudales, no sólo está afectando el bien jurídico protegido en el artículo 235 que es la regularidad formal de la administración estatal, sino que también, está lesionando otro bien jurídico, como es, el patrimonio del Estado, lo que autoriza a imponerle las mismas penas contempladas para el peculado doloso.

Con arreglo a esta doctrina, entonces, el momento de la consumación es teóricamente claro, pero da lugar a problemas de orden probatorio. En este sentido Bunster reconoce las “dificultades casi insuperables a la pesquisa del juzgador”³⁰ que implica acreditar las intencionalidades del sujeto activo del delito, por lo que –propone– si no puede saberse “cual fue el ánimo del agente, si de apropiación o restitución, debe estarse a lo más favorable, a lo más humano:

25 El sentido de las afirmaciones de BUNSTER BRICEÑO, *ob. cit.*, pp. 78-79. Con referencia a la presencia de “ánimo de apropiarse” y manifestando su opinión contraria a “dicha opinión”, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 397.

26 En esta línea, BUNSTER BRICEÑO, *ob. cit.*, pp. 78-79. Dando cuenta de la opinión de “quienes adoptan una interpretación subjetiva”, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 406.

27 BUNSTER BRICEÑO, *op cit.*, pp. 78-79.

28 BUNSTER BRICEÑO, *ob. cit.*, p. 79.

29 BUNSTER BRICEÑO, *op cit.*, p. 79 (el destacado es nuestro).

30 BUNSTER BRICEÑO, *op cit.*, p. 79; la referencia al juzgador deberíamos entenderla efectuada al persecutor, en el contexto institucional actual. Reconoce este escollo, RUIZ PULIDO, *Propuesta...*, p. 7, pero sostiene que “[l]as dificultades procesales de la prueba de los hechos ... jamás deben interferir en la interpretación exclusivamente sustantiva de la figura penal”.

producido el reintegro **tempestivamente**, debe funcionar el artículo 235³¹. El valor indiciario del ánimo también ha sido puesto de relieve por Ruiz Pulido, quien sostiene que “la oportunidad del reintegro permitirá al juez del crimen presumir el ánimo del agente a la época del asimiento de la cosa basándose en los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados”³².

b.2. En cambio, para la tesis objetiva, dado que el reintegro de lo sustraído es un requisito específico de la figura del artículo 235, se plantea verdaderamente el problema acerca de cuando debe producirse el mismo, ya que la relevancia penal del reintegro (oportuno) incide no sólo en la penalidad, sino también en la calificación jurídica de los hechos, factores que dependerán del momento en que el reintegro tenga lugar.

Como ha sostenido uno de sus representantes, ello ocurre pues “la tipicidad de estas formas de delito es común, y consiste esencialmente en la sustracción”, en tanto que “el reintegro es concebido como una verdadera circunstancia atenuante”³³. Se trata, por ende, de una única figura, de modo que la diferencia entre una y otra figura “queda restringida al hecho de si existió o no reintegro en el momento oportuno”³⁴.

En otras palabras, “[s]i objetivamente hay sustracción sin reintegro, aunque exista ánimo de reintegrar, las penas son las del art. 233, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo de este artículo ... si objetivamente hay reintegro, las penas aplicables son las del art. 235, sin que influya sobre ello el ánimo inicial del sustractor”³⁵.

Para comparar los efectos y diferencias prácticas de ambas teorías, ha de ponerse de relieve que, de lo que hemos venido diciendo, es posible identificar los siguientes factores de relevancia penal: hubo intención de reintegrar o no hay intención de reintegrar (hay ánimo de apropiación), por un lado, y, por el otro, si se verificó el reintegro o éste no tuvo lugar. La combinación de estos factores plantea cuatro posibles escenarios:

- Primer escenario: hay ánimo (inicial) de reintegrar y hay reintegro (oportuno);

31 BUNSTER BRICEÑO, *op cit.*, p. 80 (el destacado es nuestro). El criterio no parece ser sino la aplicación del principio procesal penal del *in dubio pro reo*.

32 RUIZ PULIDO, *Ensayo...*, p. 86.

33 ETCHEBERRY, *ob. cit.*, t. IV, p. 242.

34 RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, pp. 397-398.

35 RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 407. En verdad, para esta aproximación, la idea de aplicar las penas del artículo 233 o 235 y las figuras respectivas son sinónimas, pues entre una y otra no hay una diferencia adicional a la penalidad (atenuante) derivada del hecho del reintegro.

- Segundo escenario: hay ánimo (inicial) de reintegrar y no hay reintegro (o no es oportuno);
- Tercero escenario: no hay ánimo (inicial) de reintegrar y no hay reintegro (o no es oportuno); y
- Cuarto escenario: no hay ánimo (inicial) de reintegrar y hay reintegro (oportuno).

El legislador ha prodigado solución expresa a la mayoría de estos escenarios o, al menos, ellos no dan lugar a controversia. En efecto, se entiende que en el primer escenario (ánimo más reintegro) la sanción que le corresponde es aquella prevista en el inciso primero o final del artículo 235 del Código Penal, según si hubo o no daño o entorpecimiento del servicio público. El segundo escenario (ánimo, pero no reintegro) se entiende que es precisamente el que trata el inciso segundo del artículo 235, que impone aplicar (o remite) al artículo 233. El ánimo de aplicación natural del artículo 233 sería precisamente el tercer escenario (sin ánimo inicial y sin reintegro oportuno). Finalmente, la única hipótesis no regulada y que presenta dificultades y que divide a las posturas objetivista y subjetivista es el cuarto escenario, esto es, cuando originalmente no hubo ánimo de reintegrar, mas posteriormente se verificó un reintegro oportuno e íntegro³⁶.

b.3. La oportunidad en que el reintegro ha de verificarse para que produzca su efecto propio, como se adelantó, es una materia poco clara. Pasaremos revista a algunas opiniones doctrinarias.

¿Cuál es el momento de reintegro oportuno en opinión de un autor subjetivista como Bunster? Recordemos que esta oportunidad permitirá distinguir entre el peculado y el desfalco, cuando no se pueda acreditar la verdadera intención del agente, pues, según la opinión del monografista, si ello no es posible “lo más humano” es entender que obró con ánimo de restituir si se reintegró, siempre que éste fuese oportuno. Este autor considera que el reintegro debe acontecer antes de “[d]escubierto el desfalco por la autoridad respectiva”³⁷. Con todo, la afirmación es planteada en forma cuidadosa, sin que parezca proponer una frontera rígida, por cuanto entiende que, cuando es descubierto el hecho, “debe presumirse, a no ser que se pruebe lo contrario, que se extinguió para el reo el lapso para dar expresión a un acto voluntario de arrepentimiento”³⁸.

Ruiz Pulido, por su parte, piensa “que el reintegro debió haber tenido lugar antes de iniciarse por la Administración la investigación sumaria o el sumario administrativo destinados a establecer el hecho constitutivo de falta adminis-

36 En este sentido, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 402.

37 BUNSTER BRICEÑO, *ob. cit.*, p. 85.

38 BUNSTER BRICEÑO, *ob. cit.*, p. 85 (se ha omitido un destacado del original).

trativa, pues no parece razonable un reintegro posterior a dichos momentos, no sólo para estimar inaplicable el castigo del artículo 233 del Código Penal en la próxima órbita en que habrá de examinarse el mismo hecho, sino también, para fijar la sanción disciplinaria administrativa que habrá de padecer el funcionario o agente público. Dicho reintegro, si fuese extemporáneo, posterior a los momentos que acabo de señalar, no haría variar la naturaleza del delito en que incurrió el funcionario público, pues ya había sido consumado y perfeccionado con antelación al reintegro, pero sí será útil para atenuar el castigo que señala el artículo 233, de acuerdo con la norma del N°7 del artículo 11 del Código Penal³⁹.

Guzmán Dalbora, a quien hemos contado entre los partidarios de la tesis subjetiva, entiende que el reintegro es procedente hasta antes de la formulación de la “acusación del Ministerio Público con arreglo al artículo 259 del Código Procesal Penal”, argumentando que se trata sólo de “una semiexcusa absolutoria”⁴⁰.

Entre los autores que ubicamos en la tesis objetiva, Etcheberry estima que bastará con que el reintegro se efectúe en una ocasión que permita acreditarlo en el proceso y tomarlo en consideración al dictarse la sentencia definitiva, para que pueda sostenerse la calificación del desfalco⁴¹. En opinión de este autor, seguido por Rodríguez y Ossandón, el reintegro posterior al inicio de la persecución criminal, pero anterior a la sentencia condenatoria, configuraría la figura del art. 235 del Código Penal en vez del peculado del art. 233⁴².

En resumen, la doctrina ha identificado distintas alternativas como límite para aceptar el efecto del reintegro: antes del descubrimiento, antes del inicio de la investigación sumaria, antes de la presentación de la acusación y antes de la sentencia condenatoria.

b.4. El reintegro y la exclusión de responsabilidad penal. Hasta ahora nos hemos referido al efecto del reintegro oportuno que impide la aplicación de las penas del art. 233, cuya extensión varía según las distintas tesis expuestas. Empero, el análisis se torna aún más complejo, pues gran parte de la doctrina tiende a reconocer (o a citar fallos que reconocen) un momento anterior

39 RUIZ PULIDO, *Propuesta...*, p. 10.

40 GUZMÁN DALBORA, *ob. cit.*, p. 380. No nos queda del todo claro cuál es el efecto que le reconoce al reintegro; como representante del subjetivismo, debería estimar que ello permite escapar del inciso segundo, pero bien estas afirmaciones se encuentran insertas en el mismo párrafo en que ha dado cuenta de la posibilidad de excluir de toda persecución criminal frente a un reintegro anterior al requerimiento, nos plantea la interrogante de si extiende también el efecto eximente hasta el reintegro anterior a la formalización.

41 ETCHEBERRY, *ob. cit.*, t. IV, p. 243.

42 En este sentido ETCHEBERRY, *ob. cit.*, p. 243; y RODRÍGUEZ/OSSANDÓN, *ob. cit.*, pp. 405 y ss.

en que el reintegro excluiría toda posible imputación penal⁴³, atribuyendo al reintegro un segundo efecto. Así, por ejemplo, Rodríguez y Ossandón señalan que el reintegro realizado durante el sumario administrativo, efectuado antes de iniciarse la persecución penal, no configuraría delito alguno de acuerdo a “jurisprudencia mayoritaria”, pero inmediatamente refieren un fallo en contra⁴⁴ y vamos a ver que existen diversos fallos de la Corte Suprema en que se no se casaron sentencias condenatorias no obstante existir reintegro durante el sumario administrativo.

Este pretendido efecto excluyente de responsabilidad penal se encuentra relacionado con la función que recientemente se ha atribuido al requerimiento de los fondos o caudales que efectúe la Contraloría General de la República, que constituye el segundo objeto de este trabajo.

II. El reintegro en la jurisprudencia

A continuación daremos cuenta de algunos fallos de nuestros tribunales, que estimamos representativos para marcar tendencia.

a) Tesis subjetiva y objetiva en la jurisprudencia

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la cuestión que nos ocupa en diversas ocasiones. En 1974 lo hizo en dos oportunidades. En el primero de estos fallos le correspondió conocer de un recurso de casación intentado contra la sentencia de segunda instancia que había, a su turno, confirmado el fallo condenatorio, con declaración por cuyo intermedio sustituyó la calificación de los hechos de peculado por la de desfalco⁴⁵. En esta causa –en que el imputado había usado para usos propios los caudales, los cuales había reintegrado durante el sumario administrativo– la Corte hace suya la tesis subjetiva por cuanto sostiene su principal conclusión: “[c]arece de interés para el desarrollo de esta figura penal [del artículo 233], que el encausado reintegre o no los fondos de que se ha apropiado, sin perjuicio de que si repara con celo el mal causado con el delito, mediante el pago de los

43 Así, POLITOFF L., Sergio/ MATUS A., Jean Pierre/ RAMÍREZ G., María Cecilia, *Leciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*, 2ª edición, reimp. 2007, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 495 (antes del requerimiento); LOS MISMOS, *ob. cit.*, p. 498 (como tendencia jurisprudencial, el inicio de la acción criminal contra el imputado); RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 405 (antes del requerimiento, durante el sumario administrativo y antes de iniciarse la persecución criminal); LABATUT, *ob. cit.*, t. II, p. 82 (inicio de la acción criminal).

44 RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 405. Se trata de las sentencias de la Corte Suprema de 4 de abril de 1969 y de fecha 7 de mayo de 1980 (este último se analiza posteriormente). También presentan como solución de la jurisprudencia la exclusión de responsabilidad penal antes del inicio de la acción penal, LABATUT, *ob. cit.*, t. II, p. 82; y con un matiz POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 497-498.

45 Sentencia de la Corte Suprema (SCS), 14 de mayo de 1974, Revista Derecho y Jurisprudencia (RDJ), Tomo LXXI, Segunda Parte, Sección Cuarta, pp. 210-214.

valores abstraídos pueda influir en la aplicación de la pena”⁴⁶. Esta sentencia –citando al Tribunal Supremo español– consideró que mientras el peculado suponía una apropiación, el desfalco se realizaba sin que tal ánimo estuviera presente, resolviendo el asunto con arreglo a este criterio⁴⁷.

La segunda sentencia pronunciada ese año⁴⁸ recae sobre un proceso muy similar al anterior (rechaza recurso de casación intentado en contra de la sentencia de alzada que confirmaba declarando que el delito cometido era el de desfalco y no peculado), haciendo nuevamente suya la consecuencia principal de la tesis subjetiva según la cual el reintegro no tiene relevancia para la calificación de la malversación propia, sino a lo sumo para la determinación de la penalidad⁴⁹. Este segundo fallo recoge, además, otra consecuencia de la tesis subjetiva: sostiene que, en el caso de la distracción o desfalco, el reintegro no afecta la calificación jurídica del hecho, que ha quedado fijada al momento de la ejecución de la conducta, sino únicamente altera su penalidad⁵⁰.

En ambos casos, el máximo tribunal sostiene que tanto el peculado como el desfalco, suponen la existencia de una sustracción, pero que en el primer caso la expresión ha sido tomada en un sentido similar al de hurtar, mientras que en el segundo al de separar o apartar, por cuanto la exigencia de obrar para aplicar a usos propios o ajenos, se opone a la intención de apropiarse de ellos o de incorporarlos definitivamente a su patrimonio, lo cual justifica la función

46 SCS, 14 de mayo de 1974, RDJ, Tomo LXXI, Segunda Parte, Sección Cuarta, p. 212 (considerando 4°).

47 SCS, 14 de mayo de 1974, RDJ, Tomo LXXI, Segunda Parte, Sección Cuarta, p. 212: “...el Tribunal Supremo de España ha dicho que: ‘La esencial distinción entre el delito de este artículo (se refiere al 394) y el del 396 consiste en que la malversación de que trata el primero se comete apropiándose el funcionario, o consintiendo en que un tercero se las apropie, cantidades o efectos públicos puestos a su cargo, mientras que el segundo se realiza sin ánimo de apropiación’” (considerando 9°); “Que, por consiguiente, los hechos establecidos en la sentencia impugnada ... conducen a determinar que el reo desempeñando un cargo público, usó de los dineros puestos a su cargo, con la intención de comprar medicamentos para su esposa y sin ánimo de apropiárselos ... y que durante la instrucción del sumario administrativo reintegró los fondos, actuación que se encuadra justamente en el artículo 235 del Código Penal, según éste ha sido interpretado en motivos anteriores ...” (considerando 10). En otro lugar (considerando 7°) se sirvió de la idea de pretensión de obtener la tenencia.

48 SCS, 5 de junio de 1974, Rol 18.571, Revista Fallos del Mes (FM), N°186, mayo 1974, pp. 65-69.

49 Siguiendo prácticamente el mismo texto con muy ligeras variaciones, SCS, 5 de junio de 1974, Rol 18.571, FM, N°186, mayo 1974, p. 67 (considerando 4).

50 SCS, 5 de junio de 1974, Rol 18.571, FM, N°186, mayo 1974, p. 68 (considerando 9) lo hace en los siguientes términos: “... según el inciso 2° del artículo 235, el hecho de no reintegrar lo sustraído, hace que al hechor, no obstante haber cometido el delito del inciso primero, se le aplican las penas más severas del artículo 233; y b) que según el inciso tercero del mismo artículo 235, si no se ha producido daño o entorpecimiento al servicio público, se disminuyen las penas impuestas en el inciso primero, pero siempre sin perjuicio del reintegro”.

del reintegro⁵¹. Ambos pronunciamientos caracterizan **al peculado como una sustracción definitiva y al desfalco como una de naturaleza transitoria**⁵². Sin embargo, en la segunda sentencia, no sólo se encuentra una referencia a la ausencia de ánimo de apropiación, como elemento característico de la distracción⁵³, sino que además explicita este elemento en términos positivos, sosteniendo que el artículo 235, en que se tipifica el desfalco, contempla “el caso del empleado público que efectúa igual sustracción ... con intención de devolverlos o reintegrarlos”⁵⁴.

El año 1978 la Corte Suprema volvió a hacer suya la tesis subjetiva, esta vez, formulándola de manera general, al reconocer que “la diferencia sustancial entre uno y otro tipos [se refiere al peculado y la distracción] consiste –entonces– en el ánimo de hacer o no la reposición, vale decir, de apropiarse o no definitivamente de los caudales o efectos de la referencia...”⁵⁵. Adicionalmente, esta sentencia, asumiendo las dificultades probatorias, ofrece criterios relativos a la acreditación de la intencionalidad, abordando el problema⁵⁶ de una manera similar a la aproximación de Bunster⁵⁷. En otro fallo del mismo año, se contienen consideraciones similares en cuanto a la diferencia entre distracción y peculado y la acreditación del ánimo⁵⁸.

-
- 51 SCS, 14 de mayo de 1974, RDJ, Tomo LXXI, Segunda Parte, Sección Cuarta, p. 213 (considerandos 6°, 7° y 8°); SCS, 5 de junio de 1974, Rol 18.571, FM, N°186, mayo 1974, p. 67 (considerando 8).
- 52 SCS, 14 de mayo de 1974, RDJ, Tomo LXXI, Segunda Parte, Sección Cuarta, p. 213 (considerando 9°); SCS, 5 de junio de 1974, Rol 18.571, FM, N°186, mayo 1974, p. 67-68 (considerandos 6, 8, 10 y 11). La asociación entre peculado y la idea de permanencia, por un lado, y desfalco y el carácter transitorio, por otro, parece ser una constante en la jurisprudencia, aunque no presenta mucha utilidad pues es invocada por los defensores de una y otra teoría; se recoge también en SCS, 31 de marzo de 1978, RDJ, Tomo LXXV, enero a junio Año 1978, 2ª parte, sección cuarta, p. 321 (considerando 4).
- 53 SCS, 5 de junio de 1974, Rol 18.571, FM, N°186, mayo 1974, p. 68 (considerandos 8 y 10).
- 54 SCS, 5 de junio de 1974, Rol 18.571, FM, N°186, mayo 1974, p. 68 (considerando 10).
- 55 SCS, 31 de marzo de 1978, RDJ, Tomo LXXV, enero a junio Año 1978, 2ª parte, sección cuarta, p. 321 (considerando 4).
- 56 SCS, 31 de marzo de 1978, RDJ, Tomo LXXV, enero a junio Año 1978, 2ª parte, sección cuarta, p. 321: Primero declara que el ánimo “se determina con los elementos de juicio que evidencia el proceso acerca de la intención del reo sobre el particular” (considerando 4), y luego, deduce “el ánimo del hechor para reponer la totalidad de aquellos dineros” de “su voluntad oportuna de devolución cierta” seguida de la acción de “restablecer los bienes jurídicos” afectados, es decir, de restituir (considerando 6).
- 57 BUNTER BRICEÑO, *ob. cit.*, pp. 79-80.
- 58 SCS, 23 de octubre de 1978, Rol N°20.971, Gaceta Jurídica (GJ), Año 1978, noviembre N°19, p. 20: “Que la desemejanza entre uno y otro hecho punible se encuentra en la intención del delincuente de restituir o no lo tomado, situación que se manifiesta a través de los elementos de juicio que el proceso suministre al respecto” (considerando 4).

Estas ideas son reiteradas por el máximo tribunal en 1980⁵⁹ –conociendo respecto de un recurso de casación en contra de una sentencia de alzada que había sustituido el título de peculado a desfalco– en que se acoge el postulado esencial de la tesis subjetiva, al señalar que “el delito configurado en el artículo 233 importa una apropiación o sustracción de los fondos, mientras que el precepto del artículo 235 significa un uso indebido o sustracción temporal, por lo cual es indispensable la presencia subjetiva del ánimo de reintegrar”⁶⁰. De manera similar a la segunda sentencia de 1974, la Corte Suprema en este caso destaca una de las consecuencias de la tesis subjetiva, cual es que la calificación jurídica ha quedado fijado *ab initio*, sosteniendo, por un lado, que en el caso del inciso segundo del artículo 235 (que ordena la aplicación de las penas del artículo 233) “no se trata de un cambio del título de punición sino tan sólo de remisión a una penalidad diversa, de mayor gravedad”⁶¹, mientras que, respecto del peculado, afirma que “el que se apropia de dichos caudales o efectos públicos, comete el delito del artículo 233 y no puede convertir su título a la forma más atenuada del artículo 235 por el solo hecho de reintegrar posteriormente el monto de las sumas sustraídas”⁶².

En 1985, la Corte Suprema confirmó su doctrina, en fallo dictado conociendo de recurso de casación contra sentencia de alzada que, esta vez, calificó de peculado lo que el juez de primera instancia tuvo por distracción. Insiste el máximo tribunal, en este caso, en que “la diferencia esencial entre la modalidad de malversación que castiga el artículo 233 y la que reprime el artículo 235 del Código Penal radica en el elemento subjetivo: en el primer caso la intención del agente es apropiarse con ánimo de señor y dueño de los bienes puestos a su cargo; en el segundo, su intención es reintegrar o usar sólo temporalmente dichos fondos”⁶³, dando acogida a la tesis subjetiva. Tal como en la primera sentencia de 1978, se ocupó de las dificultades probatorias derivadas, respecto a lo cual afirma que la forma y oportunidad en que se produjo el reintegro “denota que el designio ... al sustraer los caudales puestos a su cargo, no fue ciertamente el de adueñarse en definitiva, sino el de aplicarlos sólo

59 SCS, 7 de mayo de 1980, Rol 21.147, FM, N°258, mayo de 1980, pp. 107-110, redactada por el abogado integrante Luis Cousiño Mac-Iver.

60 SCS, 7 de mayo de 1980, Rol 21.147, FM, N°258, mayo de 1980, p. 108 (considerando 2°).

61 SCS, 7 de mayo de 1980, Rol 21.147, FM, N°258, mayo de 1980, p. 108 (considerando 2°); *loc. cit.* se lee “el empleado público que aplica a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo y que, por fuerza mayor o cualquiera otra causa, no puede reintegrar, es autor del delito señalado en el artículo 235, pero se le aplica la penalidad determinada en el artículo 233, puesto que su acción de uso indebido no puede –por hecho posterior– ser convertida en una acción de sustracción”.

62 SCS, 7 de mayo de 1980, Rol 21.147, FM, N°258, mayo de 1980, pp. 108-109 (considerando 2°); *loc. cit.* continúa: “Este reintegro, en cambio, constituye la circunstancia atenuante de responsabilidad del artículo 11 N°7, si es que el tribunal estima que ha procurado con celo reparar el mal causado”.

63 SCS, 6 de diciembre de 1985, Rol 24.782, GJ, año X - 1985, N°66, p. 70; también en FM N°325, diciembre 1985, pp. 888-892; (considerando 1° fallo de casación).

transitoriamente en su propio beneficio para reintegrarlos con posterioridad, como efectivamente lo hizo ...”⁶⁴.

La tesis subjetiva ha sido acogida también en algunos fallos de Cortes de Apelaciones, destacando la diferencia subjetiva entre peculado y distracción⁶⁵, al tiempo que acogen también algunas de sus consecuencias⁶⁶.

En contrario, existen algunos pronunciamientos judiciales que pudieran inscribirse en la tesis objetiva. Así, la Corte de Valparaíso confirmó una sentencia del Juzgado de Garantía de San Antonio con declaración de que el delito por el cual se condenaba al imputado no era el peculado doloso, sino aquel tipificado en el artículo 235, para lo cual tuvo presente que la “cantidad fue totalmente reintegrada”, sin hacer fundar la declaración (ni referirse) a ánimo alguno⁶⁷. No es esta la única resolución en que se ha atendido al solo hecho del reintegro⁶⁸. La verdad es que las resoluciones que proceden de este modo, bien miradas, no constituyen un reconocimiento explícito de la tesis objetiva, sino más bien casos en que los hechos se califican de desfalco sobre la base del hecho objetivo del reintegro, mas no abordan explícitamente el problema del

64 SCS, 6 de diciembre de 1985, Rol 24.782, GJ, año X - 1985, N°66, p. 72 (considerando 4° sentencia de reemplazo).

65 SCA Pedro Aguirre Cerda, 12 de junio de 1984, Rol 296-83, GJ, Año 1984, junio, N°48, p. 108 (considerando 1°: “que el reo ... declara ... que su intención al cometer el delito ‘era reintegrar esos dineros en forma paulatina ...’, tal afirmación no resulta aceptable para este tribunal ... Por estos motivos el tribunal llega a la conclusión de que el delito cometido por el encausado es la apropiación o sustracción que se castiga en el artículo 233 del Código Penal y no la distracción o uso indebido a que se refiere el artículo 235 ...”). Esboza la idea de la diferenciación a nivel subjetivo, SCA Santiago, 16 de agosto de 1985, Rol 3048-85, GJ, Año X- 1985, N°62, p. 84 (considerando 2: “los hechos ... configuran el delito de malversación de caudales públicos tipificado en el artículo 233 del Código Penal, ya que la encausado sustrajo el cheque referido y se apropió de valor, con la intención de incorporarlo definitivamente a su patrimonio ...”). SCA Antofagasta, 20 de octubre de 2005, Rol 218-2005 RPP, por un lado, sostuvo, en relación con el peculado, que “forzosamente habrá de interpretarse que el hechor encamina su acción para apoderarse de los bienes con pretensiones de dominio, de forma tal que toda su actividad está dirigida a la apropiación” (considerando 3°), mientras que respecto a la distracción declaró que “debe probarse un aspecto subjetivo cual es el ánimo de apropiarse no definitivamente de los caudales, sino que restituirlos” (considerando 5°).

66 Respecto del cambio del título de imputación, por reintegro posterior, SCA Pedro Aguirre Cerda, 12 de junio de 1984, Rol 296-83, GJ, Año 1984, junio, N°48, pp. 108-109 (considerando 2°: “... que el reo ... haya restituido la suma total ... a que ascienden los caudales públicos de que se había apropiado mediante sus acciones, no importan una modificación de la figura delictiva en que incurrió ... hecho éste que el tribunal tomará en consideración sólo para efectos de acoger la circunstancia aminorante de responsabilidad penal que establece en el artículo 11, N°7, del Código Penal”).

67 SCA de Valparaíso, 28 de septiembre de 2005, Rol 974-2005, RUC 0400187319-4.

68 Sentencia del Juzgado de Garantía (SJG) de San Felipe, 3 de agosto de 2007, RUC 0500293792-3; RIC 2048-2006: “... sustrajo en forma reiterada distintos montos de dinero, aplicándolos a fines propios, en algunos casos, y en otros reintegrando fondos distraídos con anterioridad respecto de otros contribuyentes” (considerando sexto *in fine*).

ánimo de reintegrar. Con todo, hemos tenido a la vista una sentencia que ha acogido la tesis objetiva de manera expresa⁶⁹.

En conclusión, la Corte Suprema en las décadas de 1970 y 1980 ha acogido la tesis subjetiva, declarando expresamente que la diferencia entre peculado y desfalco en el elemento subjetivo (ánimo de reintegrar en la segunda figura); que el reintegro no juega ningún rol en el peculado; que la calificación jurídica se determina al tiempo de la sustracción; que el hecho posterior del reintegro, en el caso del artículo 235, hace variar sólo el marco penal; y que el reintegro posterior puede permitir deducir la existencia de un ánimo de reintegrar desde el principio. En contrario algunas sentencias, que otros tribunales de menor jerarquía, han calificado los hechos sobre la base del solo reintegro y sólo en un caso, hasta donde llega nuestro conocimiento, se ha acogido la tesis objetiva explícitamente.

b) Oportunidad del reintegro y sus consecuencias

Algunos fallos han condenado, aun si el reintegro ha tenido lugar en el curso del sumario administrativo⁷⁰, e incluso antes⁷¹. Ello contradice la apreciación de parte de la doctrina según la cual la jurisprudencia mayoritaria, en los casos de restitución durante la indagación disciplinaria, entendería excluido todo delito⁷². En contra de esta apreciación, los fallos que hemos tenido a la vista parecieran inclinarse por entender que la oportunidad del reintegro consti-

69 Sentencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal (STJOP) de Puerto Montt, 25 de agosto de 1999, RUC 0500426356-3, RIT 44-2009: “Sin duda los acusadores a propósito de determinar la penalidad de los agentes a usado la teoría subjetivista, que descansa en el ánimo del agente, más, estos juzgadores, han seguido a los profesores Politoff-Matus y Ramírez, como a Ossandón y Rodríguez Collao, en ordena a que el legislador no precisa un ánimo de diferencie la figura del artículo 233 de la del artículo 235, lo determinante es el reintegro...” (sic) (considerando 20°; aplican el criterio los considerandos 23°, 27°).

70 SCS, 14 de mayo de 1974, RDJ, Tomo LXXI, Segunda Parte, Sección Cuarta, p. 212 (por desfalco); SCS, 5 de junio de 1974, Rol 18.571, FM, N°186, mayo 1974, p. 68 (considerandos 8 y 10).

71 STJOP de Villarrica, 27 de julio de 2002, RIT 7/2002, N°Legal Publishing 39974, en que se condenó al sujeto por el delito del artículo 235 del Código Penal, a pesar que, según da cuenta el voto de minoría, las cantidades fueron “devueltas a requerimiento de su Jefe Directo Alcalde de la Municipalidad de Villarrica), con fecha 21 de diciembre con anterioridad al Sumario administrativo incoado en su contra” (sic).

72 RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 405, entiende que la segunda es “la jurisprudencia mayoritaria”. La de las sentencias que citan estos autores (al parecer SCS, 7 de mayo de 1980, Rol 21.147, FM, N°258, pp. 107-110) como contraria a la tesis que consideran dominante entre los tribunales, en nuestra opinión no se refiere propiamente al punto, pues sostiene que “el sólo hecho de reintegrar posteriormente –como en el caso de autos– no cambia la calificación jurídica del hecho, negando no sólo que el reintegro excluya la punibilidad (sin contener referencias a la oportunidad), sino más bien sosteniendo que éste no determina siquiera una variación del título de imputación, yendo aún más allá. En otro lugar, Los MISMOS, *ob. cit.*, p. 398, relajan aún más el criterio, pues afirman que se “estima exento de toda responsabilidad criminal al que reintegra antes de

tuye un indicio para la determinación del ánimo en el marco de una tesis subjetiva⁷³. En este sentido es particularmente categórica una sentencia del máximo tribunal de 1985: “Que un índice altamente significativo para determinar la intención que ha animado al agente al sustraer los caudales a su cargo, lo constituye de ordinario la oportunidad en que efectuó el reintegro –si lo ha hecho–, pues como fácilmente se comprende, es diversa la denotación que implica una restitución según se efectúe con prontitud o con tardanza, o según sea realizada antes del comienzo o en las postrimerías de la investigación judicial”⁷⁴.

También respecto a la oportunidad del reintegro, se ha reconocido su efecto de hacer aplicables las correspondientes penas del desfalco, aunque “sólo parte de ese reintegro se hizo antes de la iniciación del presente proceso, y el resto de esa cantidad fue depositada durante el curso del período sumarial de la investigación”, teniendo presente para estos efectos que –inspirado claramente en la tesis subjetiva– el “ánimo del hechor para reponer la totalidad de aquellos dineros usados quedó en evidencia con su voluntad oportuna de devolución cierta, desarrollando cumplidamente su acción con miras a la finalidad de reestablecer los bienes jurídicos que su delito había alterado”⁷⁵.

En consecuencia, la oportunidad en que se verifica el reintegro ha sido considerado en la jurisprudencia como un elemento que permite desentrañar el verdadero ánimo inicial del sujeto, sin establecer límites rígidos para la determinación de su efecto natural, rechazándose, de paso, que el reintegro en etapas tempranas excluya toda responsabilidad penal.

III. Toma de posición

a) Rol del reintegro en la estructura de los delitos de malversación

Tras revisar la doctrina y jurisprudencia sobre la función del reintegro en los delitos de peculado doloso y desfalco, hemos visto que de las dos tesis que se han levantado en nuestra literatura nacional para poder diferenciar a ambos

iniciarse la acción criminal”, nuevamente identificando esta opinión con “la aplicación jurisprudencial mayoritaria”.

73 SCS, 7 de mayo de 1980, Rol 21.147, FM, N°258, mayo de 1980, pp. 107-110; SCS, 23 de octubre de 1978, Rol N°20.971, GJ, Año 1978, noviembre N°19, p. 20 (considerando 4: con el reintegro anterior al sometimiento a proceso “quedó en evidencia el ánimo cierto del reo de restablecer la situación normal económica que –con su actuar– había alterado transitoriamente ...”). SCA Pedro Aguirre Cerda, 12/6/1984, Rol 296-83, GJ, Año 1984, junio, N°48, pp. 108-109 (considerando 1°: “tal reintegro no lo hizo aún cuando dispuso de un lapso de tiempo lo suficientemente largo para realizar la restitución”).

74 SCS, 6 de diciembre de 1985, Rol 24.782, GJ, año X - 1985, N°66, p. 70 (considerando 2).

75 SCS, 31 de marzo de 1978, RDJ, Tomo LXXV, enero a junio año 1978, 2ª parte, sección cuarta, p. 321 (considerando 4). Similar, SCS, 6 de diciembre de 1985, Rol 24.782, GJ, año X - 1985, N°66, pp. 69-73, *passim*.

ilícitos, los autores principalmente se inclinan por la tesis subjetiva, con algunos matices, en cambio el pronunciamiento de la jurisprudencia parece ser más categórico por esta última.

A nuestro entender, efectivamente el legislador quiso reflejar dos situaciones diferentes en los arts. 233 y 235; en la primera, una sustracción de carácter permanente en que el agente no persigue el reintegro de los fondos al erario estatal y que afecta en consecuencia el bien jurídico “patrimonio del Estado”; y en la segunda, una sustracción de carácter transitorio en el sentido de que el agente obra con la intención de reintegrar a futuro los caudales o efectos que sustrae, actividad que en principio es menos lesiva que la anterior, pues sólo afecta como bien jurídico protegido la correcta y eficiente administración de los recursos públicos, salvo que en definitiva el funcionario no reintegre esos fondos, pues, en tal caso, no se cambia el tipo penal, sino que, existiendo una afectación de dos bienes jurídicos, el legislador estimó conveniente elevar la penalidad del desfalco igualándolo con aquellas asociadas al peculado doloso. En otras palabras, en nuestra opinión, llevan razón los partidarios de la tesis subjetiva.

Son numerosas las consideraciones que imponen esta conclusión. En primer lugar, desde una perspectiva literal, sólo la norma que establece el desfalco contiene referencias explícitas al reintegro. No ocurre lo mismo en el caso del peculado, el cual carece de toda mención a dicho elemento. Debe tener, por ende, relevancia sólo en el primero, mas no en el segundo. No se divisan razones para extender la exigencia de un tipo penal a otro, máxime si entre ambas normas está el artículo en que se tipifica la hipótesis culposa de peculado, el que, sea dicho de paso, no atribuye ninguna relevancia al reintegro⁷⁶.

Si el reintegro está contenido en la regulación del desfalco y no en la del peculado, parece razonable concluir que su verificación no puede tener el mismo efecto en el primero que en el segundo, lo cual impone como consecuencia entender que las situaciones descritas en una y otra norma difieren, pues en una tiene relevancia el reintegro y en la otra no. Ante una argumentación en contrario sobre la base de la remisión que realiza el inciso segundo del art. 235 al art. 233, correspondería rechazarla por cuanto el reenvío se efectúa únicamente para los efectos de la penalidad; la disposición en cuestión no establece que se estará a lo dispuesto en el art. 233 ni emplea otra fórmula similar, sino dispone categóricamente que al sujeto “se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233”⁷⁷.

76 De hecho se la niega, pues sostiene que, ante la imposición de la pena, el sujeto queda “además obligado a la devolución de la cantidad o efectos sustraídos”.

77 En este sentido, SCS, 7 de mayo de 1980, Rol 21.147, FM, N°258, mayo de 1980, p. 108 (considerando 2°): “Esta interpretación no se ve perjudicada, por lo dispuesto en el inciso segundo de este último, en cuanto ‘no verificado el reintegro se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233’, puesto que no se trata de un cambio del título de punición, sino tan sólo de una remisión a una penalidad diversa, de mayor gravedad”. Así, también

Por otro lado, lo natural es que exista coherencia entre las exigencias subjetivas y objetivas. Desde esta última perspectiva, la regulación del desfallo le atribuye relevancia a la verificación del reintegro: mientras el inciso segundo de la disposición se ocupa de la situación en que la restitución no se verifica, los incisos primero y final regulan qué ocurre cuando ésta tiene lugar⁷⁸. Por ende, objetivamente, la verificación del reintegro desempeña un papel; lo lógico es, entonces que el reintegro tenga algún correlato subjetivo. En este sentido compartimos lo señalado por Guzmán Dalbora cuando dice que se “rompe la correspondencia entre el dolo y la actividad objetivamente realizada por el autor, para atender exclusivamente a la última, según que el primero haya reintegrado o no, cualquiera que haya sido su voluntad en el momento del acto. Entonces, o el tipo salta por los aires, irreconciliablemente escindidas sus facetas objetiva y subjetiva, o bien la culpabilidad que él demanda no se adecua al esquema rector”, concluyendo que “más allá de las preferencias sistemáticas de cada quien, la doctrina deja un regusto insatisfactorio”⁷⁹.

Pero corresponde preguntarnos cuál es ese correlato subjetivo. No es posible entender que el reintegro sea lo que mueve a la voluntad, al momento de sustraer, en los incisos (primero y final) que suponen que éste se verifica con posterioridad y no en la hipótesis en que no tiene lugar (inciso segundo). Ello por dos razones: primero, porque supondría que la sustracción de caudales públicos no seguida de reintegro estaría regulada en dos normas legales distintas (en el art 233 y en el art. 235 inciso segundo), atentando contra la economía legislativa; pero principalmente por consideraciones sistemáticas que obligan a entender que la situación básica debe ser la misma en los tres incisos del mismo artículo (más todavía si el resto de los incisos no repiten los elementos indispensables que sólo menciona el primero, como el sujeto activo, la conducta, etc.), de suerte que sólo luego de prefigurado los elementos comunes a los tres incisos, vienen a colación los aspectos diferenciadores, que sabemos que son el hecho de verificarse o no el reintegro.

BUNSTER BRICEÑO, *ob. cit.*, p. 79: “La ley lo castiga con las mismas penas del artículo 233, no porque el delito cambie de naturaleza, sino porque el legislador considera que debe entrar a resguardar esa hipótesis, la integridad patrimonial del Estado, o sea, el daño material producido”. De igual modo, AGUILAR ARANELA, Cristián, *Delitos contra la Probidad Administrativa. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2011, p. 44: “si no hay reintegro se impondrán las penas del artículo 233, conforme al tenor literal del artículo 235, sin que varíe la calificación jurídica del hecho (distracción)”. Al parecer lo mismo, GUZMÁN DALBORA, *ob. cit.*, p. 377: “que el resultado de la distracción de fondos es, precisamente, aplicación ilícita sin daño o entorpecimiento del servicio, haya tenido o no reintegro de los caudales, de forma que la existencia de ese perjuicio, asociada a la falta de reintegro, engendra la hipótesis calificada del párrafo primero del artículo 235, que se pune como peculado, mas sigue siendo residuo”.

78 Esta parece ser la interpretación dominante en nuestra doctrina: RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 403; ETCHEBERRY, *ob. cit.*, t. IV, pp. 241-242; LABATUT, *ob. cit.*, t. II, p. 82; en contra, BUNSTER, *ob. cit.*, pp. 93-94.

79 GUZMÁN DALBORA, *ob. cit.*, p. 376; al parecer la primera parte en referencia a una de las explicaciones objetivistas acerca de la naturaleza del reintegro.

Si la diferencia entre las hipótesis de cada inciso fuese también subjetiva, no existiría ningún elemento común a ellas, lo que es contradictorio con que la ley incluya la hipótesis en que no hay reintegro en el artículo reservado a la distracción. Por lo tanto, el correlato subjetivo de las referencias (diametralmente opuestas) al reintegro tiene que ser el mismo para todas las hipótesis de desfalco. Y **el único correlato subjetivo común** a escenarios que suponen alternativamente que no hay reintegro y que si lo hay, **es que la voluntad inicial en esos tres casos era la de reintegrar**, es decir, que en los tres casos existía un ánimo de reintegrar original, el que se hizo realidad en un caso y en el otro no. Así, se logra atribuir una diferencia al peculado y a la distracción y, al mismo tiempo, distinguir cada una de sus hipótesis (según si hubo o no reintegro).

Como corolario de lo anterior, estimamos que las referencias al reintegro en el desfalco permiten aclarar el sentido y alcance del verbo rector común a los tres incisos del art. 235: aplicar a usos propios o ajenos. En efecto, el ánimo de reintegrar es lo que diferencia a la aplicación a usos propios o ajenos de la sustracción. La tesis contraria importaría entender que sustraer y aplicar tienen idéntico significado normativo, pues sólo abarcando el mismo hecho la calificación definitiva quedaría pendiente hasta el momento posterior de la verificación o no del reintegro. No se advierten razones, en cambio, para que el legislador utilice dos palabras distintas para decir lo mismo, más bien ello confirma y refleja que pretendía describir situaciones disímiles⁸⁰.

Lo anterior supone rechazar el principal argumento de la tesis contraria según el cual las figuras están construidas de manera objetiva⁸¹. No se divisa razón alguna para entender que estas figuras delictivas rompan con el criterio general según el cual debe existir coherencia entre las dimensiones objetiva y subjetiva. No estimamos posible entender, a partir de que las referencias al reintegro se efectúan a secas, sin mención explícita a un ánimo de efectuarlo, que el requisito se limite a la pura objetividad, pues, como se ha señalado, dicha interpretación supondría que no existe un elemento común entre los tres hipótesis previstas en el artículo que regula la distracción y haría coincidir las hipótesis delictivas del art. 233 y del inciso segundo del art. 235, desconociendo que existen elementos comunes a todo este último artículo, desde luego la conducta.

Tampoco creemos que sea posible alcanzar una conclusión en el sentido de la pretendida objetividad de las figuras, sobre la base del empleo del verbo sus-

80 RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 404 intentan sostener que existe una diferencia en términos de que aplicar “supone, como requisito previo, la sustracción de los fondos”, lo cual no entrega una solución definitiva, pues centrando la atención en el momento de ejecución de la conducta (sin mirar lo que pasa después de la conducta prohibida), el significado sigue siendo el mismo.

81 Argumentan de esta manera, ETCHEBERRY, *ob. cit.*, t. IV, p. 341; RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 395.

tracción contenido en la tipicidad del peculado⁸². Es cierto que, en el ámbito de los delitos contra la propiedad, se entiende que el verbo apropiarse, que rige diversos tipos penales (todos los que responden al esquema del hurto y también la apropiación indebida), tiene un componente subjetivo, representado por el *animus rem sibi habendi*, y otro objetivo, que precisamente se identifica con la sustracción⁸³. Sin embargo, creemos que estas consideraciones no pueden trasladarse de buenas a primeras al ámbito de los delitos funcionarios. Supondría, por de pronto, atribuir a la ley la utilización de conceptos dogmáticos altamente precisos, desconociendo que el legislador no es un científico, sino que su propósito es sencillamente regir los actos libres del ser humano; no efectuar construcciones dogmáticas⁸⁴. Además, los intérpretes, en general, no tienen inconvenientes en entender que las palabras de la ley no han sido necesariamente tomadas en el sentido técnico⁸⁵.

Por último, abogar por una interpretación que entienda la voz sustracción desde una perspectiva exclusivamente objetiva, desprovisto de un *animus rem sibi habendi* (que es, por ejemplo, lo que diferencia al hurto del hurto de uso⁸⁶), redundaría en castigar el peculado de uso⁸⁷.

En abono de la tesis subjetiva, puede invocarse también que, si el reintegro importase un cambio de título de punición, se dejaría en manos del autor del

82 Es la opinión de ETCHEBERRY, *ob. cit.*, t. IV, p. 341 cuando indica que la objetividad de las figuras llega “hasta el punto de emplear incluso el verbo ‘sustraer’ en vez de ‘apropiarse’”.

83 A título ejemplar, al tratar el hurto, POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 306, señalan que “[l]a apropiación consiste en la sustracción de la cosa con ánimo de señor y dueño (*animus rem sibi habendi*)”.

84 De algún modo se reconoce esta situación cuando se adecua el concepto de sustracción en el ámbito de la apropiación indebida, como cuando se sostiene que “el apoderamiento consiste en un acto de *disposición*, pues la cosa ya se encuentra en poder del agente o bien en cualquier otro caso de voluntad que exteriorice el *animus rem sibi habendi* (POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 459, citas omitidas), ya no se le entiende como un acto “de naturaleza material, con el que se le priva a la víctima de la posibilidad de disponer de la cosa (se le sustrae de la esfera de su custodia)” (POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 306).

85 Ello ocurre, por ejemplo con el concepto legal de escalamiento, a cuyo respecto “[u]na parte de la literatura se inclina a otorgarles el significado (extensivo) que les atribuye el art. 440, N°1° del C.P., relativo al robo con fuerza en las cosas”, mientras que “[e]l criterio antagónico estima, con razón, que no existen motivos válidos para aplicar a una norma general como la contenida en el art. 12, N°19, una acepción extremadamente amplia...” (CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 7ª edición, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2005, p. 543).

86 Dicen POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 307: “nuestra ley... utiliza la voz *apropiarse*, que comprende el ánimo de señor y dueño, lo que no haría punible al hurto de uso cuando falte este elemento”.

87 En este sentido, GUZMÁN DALBORA, *ob. cit.*, p. 377 señala que le parece correcto que “es atípico en Chile el peculado de uso, esto es, el empleo temporal e indebido de cosas no fungibles, que permanecen en la esfera de disposición del ente público... a cuya represión bajo el *residuum*, empero, conduce insensiblemente la tesis objetiva”.

ilícito el escoger por qué figura penal quiere ser condenado⁸⁸. Ello se apoya en consideraciones preventivo generales: si el reintegro permitiese acceder a las penas menos severas del art. 235, el incentivo político criminal estaría mal colocado⁸⁹, pues estaría dirigido tanto a quien pretendía reintegrar desde el principio, como al que buscaba sustraer de manera permanente, de modo que en el último caso la función de motivación de la pena del peculado para el primero prácticamente desaparecería, pues el sujeto estaría consciente de que podría echar mano al reintegro, asegurándose una penalidad sustancialmente inferior. En cambio, si el reintegro sólo favorece penalmente al que quería reintegrar desde un comienzo, el incentivo político criminal sólo funcionaría respecto de quien tenía la intención de restituir desde un principio, confirmando, para que posteriormente se materialice el reintegro.

Concluiremos la exposición de argumentos que, en nuestra opinión, apoyan la tesis subjetiva, haciendo referencia a las ventajas sistemáticas que acarrea. Como se ha visto, la oportunidad del reintegro es una cuestión altamente problemática, que ninguna de las dos concepciones puede soslayar, pues incluso la tesis subjetiva debe plantearse esta pregunta, desde que es necesario para determinar si, quien cometió desfalco, será sancionado según el inciso segundo o según los incisos primero o final. Pero no puede desconocerse que, para la interpretación objetivista, las consecuencias de estas dificultades son mucho más extensas. En efecto, la oportunidad del reintegro no produce consecuencias sólo respecto de quien sustrae con miras a reintegrar, sino también respecto de aquel que lo hace sin intención de restituir los caudales o efectos sustraídos. En otras palabras, la afectación de la seguridad jurídica que importan las dudas relativas a la oportunidad del reintegro es decididamente más reducida al amparo del criterio subjetivo. Por lo demás, la aproximación defendida aquí brinda líneas de orientación respecto de la problemática, según se explicará más adelante.

Ahora bien, el reproche que pudiera dirigirse a la aplicación de las penas del peculado doloso al desfalco, cuando el hecho objetivo del reintegro no se verifica en último término, no debería ser, a nuestro entender, de recibo⁹⁰. No nos parece que exista una alteración de la proporcionalidad significativa, si comparamos las situaciones típicas. Desde luego, en ambos casos el desva-

88 Así, la SCS, 7 de mayo de 1980, FM N°258, mayo de 1980, p. 108 (considerando 2°): “el que se apropia de dichos caudales o efectos públicos, comete el delito del artículo 233 y no puede convertir su título de punición a la forma más atenuada del artículo 235 por el sólo (sic) hecho de reintegrar posteriormente el monto de las sumas sustraídas”.

89 RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 405, sostienen que el reintegro “opera como estímulo político-criminal para obtener la devolución de las cantidades sustraídas”, pero no es esta la única posición, como se comprueba en la síntesis que ofrece.

90 Este pareciera ser el fundamento de GUZMÁN DALBORA, *ob. cit.*, p. 377 cuando señala que “la Administración juegue aquí con una doble ventaja frente al resto de los justiciables, pues ... eleva groseramente las penas al desventurado que quiso desde un principio reintegrar y que, más tarde, no pudo hacerlo por la causa que fuere”.

lor del resultado, *ex post*, es idéntico: se ha afectado el patrimonio fiscal y la regularidad formal de la administración estatal, pues el órgano público se vio privado de los caudales o efectos de que se trate, de manera definitiva, en tanto que, por otro lado, ellos no pudieron emplearse en las finalidades públicas que normativamente tenían asignadas. Es razonable, entonces, que el legislador atienda a la afectación del bien jurídico para determinar en abstracto la pena, en la medida en que dicha afectación pueda ser imputada subjetivamente al hechor. Pues, si como ha dicho Bunster, “el legislador considera que debe entrar a resguardar, en esta hipótesis, la integridad patrimonial del Estado, o sea el daño material producido”⁹¹, lo ha hecho ante una hipótesis básica idéntica (en ambos casos se sustrae dolosamente), de modo que sólo se diferencian en que en un caso (peculado) el sujeto quería como su finalidad sustraer definitivamente, y en el otro (desfalco), al menos debió haberlo previsto.

De esa manera, podemos responder a la pregunta que nos ha convocado: si la discusión sobre el rol del reintegro total (insistimos, el parcial no sirve) va a quedar circunscrita a poder determinar si estamos o no en presencia de un desfalco o de un peculado doloso, lo relevante en este primer nivel no es el hecho objetivo del reintegro, sino la intención del agente, en cuanto a restituir. Así, en un segundo nivel, la verificación del reintegro sólo incide en el marco penal aplicable. En consecuencia, el papel o función que le corresponde al reintegro dice relación, primero, desde la perspectiva subjetiva, con la delimitación entre el peculado y el desfalco; y, segundo, permite determinar la penalidad aplicable, ahora desde un punto de vista de su verificación objetiva posterior.

b) Efectos del reintegro

Identificar la consumación de los delitos de malversación en sentido amplio con el momento de la sustracción de los caudales o efectos públicos, diferenciando el peculado de la distracción según la presencia o ausencia, en ese momento, de un ánimo de reintegrar, tiene en nuestra opinión, diversas consecuencias.

Por un lado, los hechos deben recibir una calificación jurídica al tiempo de su consumación (sustracción), dependiendo si estaba o no presente el ánimo de reintegrar los caudales o efectos sustraídos⁹². Corolario de lo anterior es que el reintegro posterior no modifica la calificación jurídica que se haya dispensado a los hechos, la que se mantiene inalterada, de suerte que la figura aplicable será peculado, no obstante se haya reintegrado con posterioridad o no, si no

91 BUNSTER BRICEÑO, *ob. cit.*, p. 79.

92 En este sentido, BUNSTER BRICEÑO, *ob. cit.*, p. 79; similar, RUIZ PULIDO, *Propuesta...*, p. 7.

había ánimo de reintegrar al momento de sustraer los fondos; y en caso contrario, los hechos constituirán distracción, sea que se haya reintegrado no⁹³.

Así las cosas, en nuestra opinión, la distracción que no es seguida de reintegro oportuno es sancionada con las mismas penas que se aplican al peculado, como consecuencia de la afectación de dos bienes jurídicos, pero ello no altera la norma penal infringida⁹⁴. Por su parte, la calificación de peculado no muta por la circunstancia de haber tenido lugar un reintegro oportuno⁹⁵, haciéndose sólo acreedor de una atenuante⁹⁶.

Este es el único efecto que reconocemos al reintegro oportuno: impedir las penas del art. 233 al desfalco. Por ende, no compartimos las opiniones de quienes postulan la impunidad de estas conductas sólo porque se produjo el reintegro total de los caudales sustraídos en alguna oportunidad temprana, como antes de ser descubierto el funcionario por la autoridad administrativa o penal o durante el sumario administrativo. Ello por cuanto las opiniones en este sentido invocan como fundamento una tendencia jurisprudencial en esta línea, la cual, como hemos visto, se mueve en un sentido diverso, antes bien reconociendo que el reintegro en etapas tempranas (*v. gr.* el sumario) permite tener por acreditada la intención original de reintegrar. Pero, además, el efecto que se ha asociado en la ley al reintegro no es otro que el de impedir la aplicación de las penas del peculado y, en nuestra opinión, sólo cuando existía inicialmente ánimo de restituir, sin que exista disposición alguna que atribuya al reintegro en etapas tempranas un efecto excluyente de responsabilidad (sin perjuicio de lo que diremos en relación con el requerimiento). Finalmente, si la oportunidad del reintegro ya es objeto de divergencias respecto de su efecto natural, agregar, sin fuente normativa, una segunda consecuencia sólo profundiza la incertidumbre.

Evidentemente que acreditar elementos subjetivos del tipo penal, como el ánimo de reintegrar, conlleva una serie de dificultades prácticas, pero que no implican necesariamente la imposibilidad de prueba. El testimonio del imputado, si accede a declarar como medio de defensa, normalmente buscará señalar que su intención original era reintegrar los fondos, por la menor penalidad contemplada en el art. 235, sin embargo, ello podrá contrastarse con la documentación de respaldo y con las pericias contables que permitan determinar

93 SCS, 7 de mayo de 1980, Rol 21.174, FM N°258, mayo de 1980, p. 109 (considerando 2°): en el mismo sentido, SCS 31 de marzo de 1978, RDJ, Tomo LXXV, enero a junio Año 1978, 2ª parte, sección cuarta, p. 321 (considerando 3°); SCA Pedro Aguirre Cerda, 12/6/1984, Rol 296-83, GJ, Año 1984, junio, N°48, p. 108 (considerando 2°).

94 GUZMÁN DALBORA, *ob. cit.*, p. 377.

95 SCS, 5 de junio de 1974, Rol 18.571, FM, N°186, mayo 1974, p. 67 (considerando 4); SCS, 14 de mayo de 1974, RDJ, Vol. XI, Segunda Parte, Sección Cuarta, pp. 212 (considerando 4°).

96 En sentido pareciera pronunciarse la SCA Pedro Aguirre Cerda, 12/6/1984, Rol 296-83, GJ, Año 1984, junio, N°48, p. 108.

el espacio de tiempo transcurrido entre la fecha de la sustracción o diversas sustracciones y la época del reintegro, indicios que permitirán orientarnos o derechamente distinguir si el ánimo del autor fue de sustraer de manera definitiva o de sustraer y reintegrar los caudales.

c) Oportunidad del reintegro

La existencia de un sumario administrativo determina el momento desde el cual el imputado conoce que existe un reproche en su actuar, de forma que mientras más tiempo pase entre el inicio del sumario y la fecha del reintegro, es una evidencia que el mismo no fue hecho en forma voluntaria, sino que, constreñido por la presión de la existencia de una investigación administrativa en su contra y de la posibilidad de perder su fuente de trabajo. El mismo análisis puede realizarse, si existe una investigación penal por esos hechos.

Por ello, siguiendo a Bunster⁹⁷, creemos que en la duda de cual fue la verdadera intención del imputado, el reintegro total y temprano permite discernir entre un peculado y un desfalco, entendiendo que ese momento perfectamente puede ser hasta antes del descubrimiento por parte de la autoridad administrativa de la sustracción consumada, permitiendo el reintegro anterior calificar los hechos como desfalco, y el reintegro posterior como peculado doloso en conjunto con la atenuante de reparación con celo del mal causado. Así, la restitución anterior sirve de base para entender que existía intención original de reponer, pero allí donde puede acreditarse claramente que la finalidad de la restitución no respondía a un ánimo inicial de devolver, sino de apropiarse definitivamente, no tendrá ya cabida este criterio, pues habrá quedado comprobado el elemento esencial del peculado, de modo que la restitución sólo podrá producir los efectos limitados de una agravante genérica.

Por ello, en la línea de la jurisprudencia, lo relevante para determinar si el reintegro es oportuno no puede buscarse en la determinación de un límite procesal objetivo y fijo, que, atendida la disparidad de criterios y que ninguno de ellos tiene un fundamento categórico, sólo dan espacio a la arbitrariedad. Por el contrario, para ser coherentes con la tesis subjetiva, deberemos sostener que lo relevante es que el reintegro efectuado responde a la intención original de restituir los fondos, que inspiraba originalmente a la sustracción⁹⁸, no a una intención surgida con posterioridad, o a ajustes que se vio obligado a hacer el autor, por cuanto no ejecutó ni pudo ejecutar su plan original.

97 BUNSTER BRICEÑO, *op cit*, p. 80.

98 Por ejemplo, SCS, 31 de marzo 1978, RDJ, Tomo LXXV, enero a junio Año 1978, 2ª parte, sección cuarta; (considerando 6°): “Que si bien sólo parte de ese reintegro se hizo antes de la iniciación del presente procesos, y el resto de esa cantidad se fue depositando durante el curso del periodo sumarial de la investigación, es lo cierto que el ánimo del hechor para reponer la totalidad de aquellos dineros usados quedó en evidencia con su voluntad oportuna de devolución cierta, desarrollando cumplidamente su acción con miras a la finalidad de reestablecer los bienes jurídicos que su delito había alterado”.

En resumen, la tesis subjetiva no debería pretender establecer límites rígidos para que el reintegro produzca su efecto. Por el contrario, se limita a intentar apreciar en el reintegro un indicio del ánimo inicial de restituir, que si bien no ofrece la certeza que brindaría la fijación de un límite preciso (que para prodigar certeza debiera ser establecido por el legislador), exige del juez una fundamentación relativa a si se tiene por acreditado el ánimo de reintegrar o no.

Rol del requerimiento en el delito de malversación

Dispensaremos en este acápite un tratamiento separado al pretendido efecto del requerimiento efectuado por la Contraloría al empleado a cargo de fondos públicos, aunque se enmarque dentro de la corriente de opiniones que aprecian una exclusión de responsabilidad ante reintegros tempranos, pues, su relativa novedad y la complejidad de sus fundamentos, nos obligan a abordarlo de manera independiente.

I. El requerimiento en la doctrina

Rodríguez y Ossandón acuden a la norma del art. 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República⁹⁹, para sostener que el reintegro realizado antes del requerimiento aludido en la citada norma, “excluye toda posibilidad de perseguir criminalmente al funcionario por este delito, sin perjuicio de las sanciones administrativas”¹⁰⁰.

Para ello, recuerdan que el art. 85 citado, presume que se ha cometido la sustracción de los valores que tiene a su cargo el funcionario, que requerido por la Contraloría, no presenta debidamente documentado el estado de cuenta de esos caudales. Sostienen que, a partir de esta disposición, se puede derivar, *a contrario sensu*, que si existe un reintegro previo a dicho requerimiento, no existe delito que perseguir.

La misma línea de argumentación ofrece Guzmán Dalbora: “... conviene recordar que el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República presume *iuris tantum* que el funcionario que no presenta debidamente documentado, al ser requerido por el organismos fiscalizador, el estado de la cuenta de los fondos que reciba, custodie, administre o pague, ha sustraído dichos valores, de lo que puede inferirse, *sensu contrario*, que el reintegro realizado antes del requerimiento ‘excluye toda posibilidad de perseguir criminalmente al funcionario por este delito, sin perjuicio de las sanciones administrativas’”¹⁰¹.

99 Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, cuyo texto refundido fija el Decreto (Hacienda) N°2421, D.O. 10 de julio de 1964, en adelante, Ley de Contraloría.

100 RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 405.

101 GUZMÁN DALBORA, *ob. cit.*, p. 380, citando a MATUS/ RAMÍREZ.

El origen de esta interpretación se halla en la obra de los profesores Matus y Ramírez¹⁰², quienes son seguidos de cerca por Rodríguez y Ossandón y citados por Guzmán Dalbora. En esta obra, dichos autores comentaban, respecto del verbo rector sustraer –sin hacer distinción alguna–, que “no se trata aquí propiamente de un delito comisivo similar al hurto, sino de uno de carácter *omisivo*, similar a la apropiación indebida, que exige, además de la sustracción propiamente tal, que el funcionario, requerido en la rendición de cuenta respectiva, *no reintegre* los caudales o efectos que pudiesen faltar en ella”¹⁰³. Sobre esta base, en seguida, responden a la pregunta respecto del momento hasta el cual se puede reintegrar sin cometer delito, invocando para tal efecto el artículo 85 de la Ley de Contraloría, *a contrario sensu*, para concluir que “el reintegro antes del requerimiento, excluye toda posibilidad de perseguir criminalmente al funcionario por este delito”¹⁰⁴.

Sin embargo, estos autores ofrecen un análisis distinto sobre la misma norma en la obra que escriben en conjunto con el profesor Politoff y –pareciera– que hoy han matizado su posición¹⁰⁵. En efecto, actualmente hacen una distinción según la naturaleza de los caudales o efectos y la forma en que fueron puestos a disposición del funcionario público¹⁰⁶, proponiendo diferentes escenarios:

- Si los efectos públicos fueron puestos en administración del funcionario “lo decisivo será el ánimo con que se toman y usan ... el reintegro posterior operaría únicamente como una presunción *jure et de jure* de que el funcionario ha tomado los efectos únicamente para usarlos indebidamente, no como señor y dueño, siendo punible el hecho con independencia del momento del reintegro, el que sólo tendría efectos para alterar la penalidad (siempre que se haga *oportunamente*)”¹⁰⁷.
- La misma interpretación le dan a la sustracción de los caudales puestos exclusivamente en administración del funcionario, como aquel autorizado para girar de la cuenta del servicio y girar para fondos propios, aunque si “reintegra oportunamente dichos caudales, el hecho se sancionará conforme al art. 235 y no a este 233”¹⁰⁸.

102 MATUS ACUÑA, Jean Pierre/ RAMÍREZ GUZMÁN, M^a Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial*, 2^a edición, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2002, p. 294.

103 MATUS/ RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 209.

104 *Ibid.*

105 POLITOFF L., Sergio /MATUS A., Jean Pierre/ RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*, 2^a edición, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 494.

106 POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 493-496.

107 POLITOFF /MATUS/ RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 494. Como se ve, sustentan una interpretación que conceptualmente coincide con una tesis subjetiva (atienden al ánimo de reintegrar o no) que por sus efectos se adecuan al criterio objetivista (pues presumen de derecho el ánimo de reintegrar cuando restituye oportunamente).

108 *Ibidem*. Otro ejemplo que ofrecen, *loc. cit.*, nota 13, es el de “los tallarines propuesto por POLITOFF, *Apropiación*, 81: si se entregan a su consumo, nace una obligación de restituir

- En cambio, distinta sería la situación respecto de la entrega al funcionario de “bienes fungibles” en aquellos casos en que éste no actúa como un simple administrador de bienes ajenos, sino que “dicha entrega produce el efecto de transferir al funcionario la propiedad de lo entregado”¹⁰⁹ como ocurre, por ejemplo, con los denominados “fondos por rendir” que se autorizan para efectuar gastos menores mediante Decretos Supremos del Ministerio de Hacienda^{110 111}.

otros de igual naturaleza, y no puede considerarse apropiación indebida su consumo, sino su ‘no restitución’; en cambio, si se entregan únicamente para exhibir una alacena surtida, habrá apropiación desde que se los destine al consumo”.

109 POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 495.

110 Estas autorizaciones se encuentran en los Decretos Supremos del Ministerio de Hacienda, que en cada ejercicio presupuestario permite girar fondos globales en efectivo para operaciones menores y viáticos (ejemplos de ello el DS N°1761 de 2008, o DS N°1532 de 2009) en los siguientes términos: “1. Los organismos del sector público podrán, mediante cheques bancarios, u otro procedimiento, poner fondos globales, para operar en dinero efectivo, a disposición de sus dependencias y/o de funcionarios, que en razón de sus cargos lo justifiquen, hasta por un monto máximo de quince unidades tributarias mensuales, para efectuar gastos por los conceptos comprendidos en los ítem del subtítulo 22 “Bienes y Servicios de Consumo”, del clasificador presupuestario, siempre que las cuentas respectivas, por separado, no excedan cada una de cinco unidades tributarias mensuales, gastos que tendrán la calidad de “gastos menores”.

Las cuentas referidas a pasajes y fletes no estarán sujetas a la limitación precedente. Para los efectos del registro de la “Obligación” presupuestaria, la anotación global deberá efectuarse, en forma transitoria en el ítem 12, asignación 002, con la regularización mensual a la imputación correspondiente, una vez efectuada la rendición de cuentas a que se refiere el número 2 del presente decreto.

2. En las rendiciones mensuales de cuentas, parciales o totales, por los pagos efectuados que por separado excedan de una unidad tributaria mensual, deberán clasificarse con el ítem o los ítems y asignaciones correspondientes, del subtítulo 22, que identifiquen su naturaleza.

3. Asimismo, todo gasto de cualquier naturaleza, que por separado no supere el monto correspondiente de una unidad tributaria mensual, deberá clasificarse con el ítem 12, asignación 002.

4. Por todo gasto se requerirá comprobante o boleta de compraventa que lo justifique, sin que sea indispensable la presentación de facturas. Los gastos inferiores al monto indicado en el número precedente, por los cuales no exista obligación legal de extender boleta de compraventa y/o comprobante, deberán detallarse en planilla que deberá visar el funcionario que rendirá la cuenta.

5. De acuerdo a sus necesidades, los servicios e instituciones del sector público podrán, además, mediante cheques bancarios u otros procedimientos, poner fondos globales a disposición de sus dependencias y/o de funcionarios que en razón de sus cargos justifiquen operar en dinero efectivo, para efectuar pagos y/o anticipos de “viáticos”. Por resolución de la respectiva entidad se fijarán los montos máximos al respecto, limitados a los cargos que competen de las Direcciones Regionales y de las Unidades Operativas y sus dependencias.

6. De los fondos globales a que se refiere el presente decreto, se deberá preparar mensualmente la rendición de cuentas por los pagos efectivos y remitirla a la Unidad Operativa correspondiente, con la información complementaria respecto del gasto efectuado con los fondos concedidos, pudiendo el servicio o institución poner a disposición recursos adicionales para mantener el nivel del fondo global asignado anteriormente, o elevarlo hasta los montos máximos que correspondan, de acuerdo con los N°s 1 y 5 del presente decreto”.

111 Hasta el año 2007, la Ley de Municipalidades no contemplaba la posibilidad de pagar viáticos a los concejales, de modo que si éstos viajaban en algún cometido funcionario,

En este último escenario, en que el dinero es entregado directamente al funcionario, o bien le son depositados en su cuenta corriente personal, los fondos públicos se confunden con los dineros particulares del empleado, y por lo tanto “la sustracción de dichos fondos no puede asimilarse propiamente a un delito comisivo vinculado al hurto, como en los casos anteriores, sino a uno de carácter omisivo, como la apropiación indebida, en supuestos análogos”¹¹². **Sólo en esta última hipótesis**, es que estos autores traen a colación el inciso segundo del artículo 85 de la Ley de Contraloría, pues para que se configure la sustracción “es necesario que el funcionario, requerido en la rendición de cuenta respectiva, no cuente en ese momento con los caudales que pudiesen faltar en ella”¹¹³ y, en ese mismo sentido, opera la presunción de sustracción del inciso segundo del art. 85 citado y, por ello, **aquí sí se entiende el comentario** respecto a que el reintegro anterior al requerimiento expreso de la Contraloría excluye la posibilidad de persecución penal por este delito sólo al “funcionario que ha recibido en su patrimonio especies fungibles que debe restituir”¹¹⁴.

II. Jurisprudencia

Sólo conocemos una sentencia en que se aborda la relación entre el reintegro y el requerimiento¹¹⁵. Aunque esta sentencia absuelve porque considera que no se tuvo por acreditada la sustracción¹¹⁶, al hacerse cargo de algunas argumentaciones de los intervinientes, sostuvo que los “informes [del fiscalizador de la Contraloría] no estaban dirigidos al imputado –con lo que menos aún puede estimarse que se le haya requerido–” agregando que “el artículo 85 de la Ley de la Contraloría General de la República, da pie para sostener que es este organismo quien lo debe efectuar, lo que no ocurrió en este caso por lo que no

existía la práctica de entregarles fondos que debían rendir tras el citado cometido. Dadas diversas irregularidades, la Ley 20.237 optó por establecer en el artículo 88 de la Ley 18.695, el derecho de los concejales a percibir fondos con el objeto de cubrir los gastos de alimentación y alojamiento, los cuales no están sujetos a rendición y son equivalentes al monto del viático que corresponda al alcalde respectivo por iguales conceptos. La Sentencia de la Corte de Apelaciones (SCA) de Temuco, 14 de octubre de 2008, Rol 941-2008, N° Legal Publishing 40464, se ocupa del efecto penal de esta modificación legal.

112 POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 495. La opinión, antes genérica, actualmente se encuentra circunscrita a casos en que el funcionario adquiere el dominio de los caudales o efectos.

113 POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 495.

114 POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 495.

115 STJOP Antofagasta, 5 de septiembre de 2005, RUC 0310003325-8, RIT 115-2005, siendo rechazado el recurso de nulidad intentado por la SCA Antofagasta, 20 de octubre de 2005, Rol N°218-2005 RPP.

116 STJOP Antofagasta, 5 de septiembre de 2005, RUC 0310003325-8, RIT 115-2005: “Que como corolario de todo lo que se viene señalando, debemos indicar que para el tribunal la prueba rendida, libremente analizada, no permitió establecer los hechos que configurarían el delito de peculado que fueran (sic) atribuido al imputado, para, de modo consecuente, arribar a la responsabilidad imputada” (considerando 14°).

habría siquiera consumación del delito, la que por lo demás es la opinión de los profesores Luis Rodríguez Collao y Magdalena Ossandón Widow¹¹⁷.

Hasta donde alcanzamos a ver, entonces, no existe una tendencia jurisprudencial relativa a los efectos y alcances del reintegro anterior al requerimiento de la Contraloría, toda vez que el único fallo que conocemos recurre a este argumento para reforzar una absolución que se pronunció por otras consideraciones.

III. Toma de posición

No podemos compartir la interpretación sostenida por Rodríguez y Ossandón, pues, en nuestra opinión, el requerimiento de la Contraloría no juega ningún papel, salvo en un caso muy excepcional.

En primer lugar, estimamos que la interpretación según la cual el reintegro anterior al requerimiento exime de responsabilidad penal a cualquier título, pierde fuerza si quienes la propusieron originalmente, ya no la recogen, al menos con la generalidad que la enarbolaban, sino limitada al excepcional caso en que el funcionario ha incorporado bienes fungibles a su patrimonio.

En segundo lugar, somos de la opinión de que se le ha dado una interpretación errónea al inciso segundo del art. 85, pues parece olvidarse que sólo establece una presunción simplemente legal, en apoyo de prueba a los intereses fiscales, que persigue entender que el funcionario que no rinde la cuenta tras un requerimiento expreso de la Contraloría ha sustraído los fondos. En otras palabras, se trata de un funcionario fiscalizado e indagado en el uso de los recursos fiscales, que no logra acreditar satisfactoriamente el destino público de los mismos en su rendición de cuentas, de allí entonces que se entienda que ha cometido la sustracción de esos valores.

En tercer lugar y vinculado con lo anterior, la opinión que se critica extrae conclusiones de la norma que, desde nuestra perspectiva, no es posible obtener. No divisamos de qué manera podría sostenerse que el reintegro anterior al requerimiento supone que necesariamente no hubo sustracción a partir de una presunción legal en cuya virtud se entiende que ha tenido lugar una sustracción (hecho presumido) sobre la base de no haber rendido cuenta previo requerimiento (hecho conocido). Aplicar el razonamiento criticado a la presunción del artículo 700 del Código Civil nos conduciría a sostener que, dado que la ley presume dueño a quien es poseedor, entonces quien no lo es (el que rindió cuenta), nunca sería dueño (no sustrajo), lo cual es, a todas

117 STJOP Antofagasta, 5 de septiembre de 2005, RUC 0310003325-8, RIT 115-2005 (considerando 13°). Como *obiter dictum* agrega el fallo más adelante (considerando 17°) lo siguiente: "... acordamos que dicho requerimiento sólo puede efectuarlo la Contraloría General de la República, lo que en este caso no ocurrió, debería concluirse, en todo caso, al devolver las sumas que se le entregaron antes del mismo, no podría considerarse que el delito fue cometido y, con ello, de todas formas llegarse a la absolución".

lucos inadmisibles, si se tiene a la vista que el mismo ordenamiento admite la posibilidad contraria, cuando le concede la acción reivindicatoria al dueño no poseedor (artículo 889 del Código Civil). Si se mira más detenidamente, el razonamiento que aquí se pretende rebatir confunde niveles de certeza: el que corresponde a una presunción simplemente legal, por naturaleza controvertible, que al intentar interpretarlo *a contrario sensu* –equivocadamente en nuestra opinión– lo transforma en certeza absoluta (descarta toda posibilidad de persecución penal), lo que es más propio de una presunción de derecho, de carácter definitiva, en cuanto no admite prueba en contrario (art. 47 inciso final del Código Civil).

Pero tampoco nos parece convincente la opinión criticada en atención a la estructura de la regulación de la rendición de cuenta. En nuestra opinión, los tratadistas que sostienen esta interpretación basada en el art. 85 de la Ley de la Contraloría, olvidan las normas siguientes de la misma Ley: los arts. 86, 87, 89 y el propio inciso primero del art. 85, en los que se establecen las reglas generales de la rendición de cuentas.

El inciso primero del art. 85 aludido dispone que “*Todo funcionario, como asimismo toda persona o entidad que reciba, custodie, administre o pague fondos de los mencionados en el artículo 1°, rendirá a la Contraloría las cuentas comprobadas de su manejo en la **forma y plazos** que determina esta ley*”. Es decir, la Ley de Contraloría fijará los modos, los procedimientos, en que deben realizarse las rendiciones de cuentas, que no sólo contemplan la posibilidad de un requerimiento expreso de parte del organismo contralor, sino también establecen el “requerimiento tácito” que es el fijado por el transcurso de los plazos, como se explicitará a continuación.

En efecto, el art. 86 de la citada ley, establece la regla general de plazos de rendición, indicando: “*Las oficinas o personas que deban rendir cuentas a la Contraloría y que **no tengan establecido un modo especial de rendirlas**, lo harán por **meses vencidos***”. En otras palabras, el funcionario, que no tiene fijado un procedimiento especial para rendir cuenta, debe hacerlo mes a mes.

Asimismo, el art. 87 de la Ley de Contraloría¹¹⁸, esta vez, respecto a funcionarios autorizados para girar contra las Tesorerías, establece que éstos deben rendir cuenta a la Contraloría General de forma mensual, la que se realizara “*dentro de los cinco primeros días del mes siguiente al que correspondan los giros*”, de manera que, vencido ese plazo, estos funcionarios ya se encuentran requeridos tácitamente de la devolución de los fondos, además de encontrarse en

118 Artículo 87 de la Ley de la Contraloría dispone: “Artículo 87°. Los funcionarios a quienes se autorice para girar contra las Tesorerías rendirán cuenta a la Contraloría General, mensualmente, de los fondos girados en globo. Esta rendición se hará dentro de los cinco primeros días del mes siguiente al que correspondan los giros”.

falta administrativa, y sujetos a sanciones, como las que establece el art. 89 de la misma ley¹¹⁹.

Es relevante destacar que el inciso final del art. 89, le permite al Contralor ordenar como medida de sanción, que se retengan las remuneraciones de aquellos funcionarios o ex funcionarios que no hayan rendido su cuenta o cumplido con los reparos de la Contraloría “*dentro de los plazos fijados por las leyes y reglamentos respectivos, sin perjuicio de la responsabilidad criminal a que esté sujeto el obligado a rendir cuenta*”. Es decir, por una parte, destaca la importancia del requerimiento tácito, al tener que cumplir el funcionario con la rendición dentro de los términos legales o reglamentarios, y, por otra, releva que lo anterior es sin perjuicio de su responsabilidad penal.

La interpretación que no se comparte, al parecer entendería que el requerimiento del organismo contralor sería un requisito para dejar “en mora” al funcionario, y que, por lo tanto, tendría la posibilidad de reintegrar los fondos hasta ese momento. Pero, tal como hemos visto, la normativa general es que estos empleados están sujetos al requerimiento proveniente de los plazos legales y, por lo tanto, es posible suponer en un caso concreto, que han estado “en mora” mucho tiempo antes siquiera que existiera una fiscalización de parte de la Contraloría en cuyo contexto se le hiciera un requerimiento de cuentas al funcionario.

Por ello, no es posible concluir que “el requerimiento a que hace referencia el citado art. 85 sea un elemento del tipo penal, pues no hay exigencia alguna en la ley en este sentido”¹²⁰. Pero, además, se puede concluir que, por regla general, el requerimiento no cumple función alguna en la determinación de la oportunidad del reintegro.

En nuestra opinión, sólo en la hipótesis en que el empleado recibe bienes fungibles en su patrimonio que debe restituir, podría cobrar relevancia el reque-

119 Artículo 89 de la Ley de la Contraloría establece: “Artículo 89°. Si las cuentas no fueren presentadas dentro del plazo legal o del plazo que otorgue el Contralor, podrá éste suspender al empleado o funcionario responsable, sin goce de sueldo, medida que durará hasta que dé cumplimiento a la referida obligación.

La Contraloría General, en el caso de los cuentadantes autorizados para girar fondos en globo y cuyas rendiciones de cuentas no fueren presentadas dentro del plazo legal o del plazo que otorgue el Contralor, sin perjuicio de adoptar las sanciones administrativas correspondientes, comunicará y ordenará a la Tesorería General la suspensión del pago de todo giro mientras no se rinda cuenta del anterior. El incumplimiento de esta orden hará responsable al Tesorero Provincial de todo perjuicio que pueda afectar al interés del Fisco.

Con todo, el Contralor podrá ordenar que se retengan por quien corresponda las remuneraciones, desahucios o pensiones de aquellos funcionarios o ex funcionarios que no hayan rendido su cuenta o cumplido reparos de la Contraloría General dentro de los plazos fijados por las leyes y reglamentos respectivos, sin perjuicio de la responsabilidad criminal a que esté sujeto el obligado a rendir cuenta”.

120 AGUILAR ARANELA, *ob. cit.*, p. 29.

rimiento, como han demostrado Politoff, Matus y Ramírez. Únicamente en este caso sería posible sostener que se han sustraído caudales cuando el sujeto se halle requerido, porque en el intertanto, no será posible determinar si el imputado utilizó en sus actividades propias los bienes públicos o los propios, pues unos y otros se hallan confundidos en su patrimonio. Como se aprecia, en todo caso, se trata de una hipótesis **específica, particular y excepcional**, cuya ocurrencia en la práctica es escasísima.

En todo caso, en nuestra opinión, la sustracción de los caudales incorporados al patrimonio del funcionario no sólo se concreta de existir el requerimiento expreso al que alude el inciso segundo del art. 85 antes mencionado, sino también podría operar conforme al requerimiento tácito al que antes hemos aludido como la regla general en materia administrativa, con apoyo en lo dispuesto en el art. 86 de la Ley de Contraloría, que dispone la obligación de rendición de cuentas por mes vencido (en el mismo sentido operan los decretos supremos que autorizan girar fondos globales en efectivo para gastos menores, pues contemplan la obligación de rendir cuenta documentada mensualmente). De modo que si en un caso concreto, se constata que un funcionario a quien, legítimamente, se le transfirió a su patrimonio caudales públicos de naturaleza fungible (dinero) no realizó rendiciones de cuenta mensual de los mismos, y no cuenta al final de mes con bienes algunos que había recibido, podría perfectamente sostenerse que ha sustraído tales caudales en tantas oportunidades como meses hayan transcurrido, e incluso sostener que el reintegro efectuado en el momento en que se descubren las sustracciones, sólo tiene el valor de constituir la atenuante de reparación celosa del mal causado, si su ánimo inicial no fue el de reintegrar.

Conclusiones

1. La doctrina nacional sobre la función del reintegro en los delitos de peculado doloso y desfalco han levantado dos tesis, siendo mayoritaria la subjetiva, la cual, en cambio, es acogida por la jurisprudencia de un modo aún más categórico.
2. Con arreglo a la tesis subjetiva, que defendemos, los arts. 233 y 235 reflejan dos situaciones diferentes; aquél, una sustracción de carácter permanente en que el agente no persigue el reintegro de los fondos al erario estatal y que afecta en consecuencia el bien jurídico “patrimonio del Estado”; y éste, una sustracción transitoria, en cuanto el agente obra con la intención de reintegrar a futuro los caudales o efectos que sustrae. Esta hipótesis, aunque en principio menos lesiva que la anterior (sólo afecta el bien jurídico protegido de la correcta y eficiente administración de los recursos públicos), puede, en definitiva, lesionar el patrimonio estatal, cuando no hay reintegro, sin que ello redunde en un cambio del tipo penal, sino que sólo

- importan una elevación de la penalidad del desfalco igualándolo a la del peculado doloso por lesionar ahora un segundo bien jurídico.
3. Por ende, la función del reintegro, en un primer nivel, es distinguir entre desfalco y peculado, según si obró o no el agente con la intención de reintegrar; y, en un segundo nivel, el reintegro, ahora en cuanto a hecho objetivo, determina el marco penal aplicable de lo que originalmente se puede calificar de desfalco.
 4. Las consecuencias de diferenciar el peculado de la distracción atendiendo a la presencia o ausencia, al momento de la sustracción, de un ánimo de reintegrar, son:
 - 4.1. Los hechos deben recibir una calificación jurídica al tiempo de su consumación (sustracción), según la presencia o ausencia de dicho ánimo de reintegrar.
 - 4.2. El reintegro posterior no modifica la calificación jurídica que se haya dispensado a los hechos, la que se mantiene inalterada.
 - 4.3. Por tanto, la figura aplicable será peculado, no obstante se haya reintegrado con posterioridad o no, si no había ánimo de reintegrar al momento de sustraer los fondos.
 - 4.4. Del otro lado, los hechos constituirán distracción, sea que se haya reintegrado o no.
 - 4.5. El reintegro oportuno cuando la conducta originalmente es peculado sólo puede tener el efecto de una atenuante genérica.
 - 4.6. A la distracción que no es seguida de reintegro oportuno se le aplican las penas del peculado, sin que se altere la norma penal infringida.
 5. El único efecto asociado al reintegro oportuno es impedir las penas del art. 233 al hecho originalmente calificado de desfalco. El reintegro no determina la impunidad de estas conductas, aunque se haya producido en alguna oportunidad temprana (como durante el sumario), sin perjuicio de lo que se dirá en relación con el requerimiento.
 6. Aunque la acreditación del ánimo de reintegrar supone dificultades prácticas, no es imposible (si el imputado sostiene que siempre quiso reintegrar, podrá contrastarse con las demás pruebas relativas al tiempo transcurrido entre la fecha de la o las sustracciones y el reintegro).
 7. En cuanto a la oportunidad, la tesis subjetiva exige determinar si el reintegro efectuado responde a una intención original de restituir, sin buscar límites procesales fijos. Mientras más tiempo pase entre que el imputado conocía del reproche (*v. gr.* el inicio del sumario) y la fecha del reintegro, mayor es el indicio de que no responde a una actuación voluntaria, sino que al propósito de evitar la responsabilidad.

8. En la duda acerca de la verdadera intención del imputado, el reintegro temprano (como aquel anterior al descubrimiento de los hechos) permitiría apreciar un desfalco; no así, cuando pueda acreditarse claramente la intención de no devolver, pues, comprobado el elemento característico del peculado, corresponderá apreciar únicamente los efectos limitados de una atenuante genérica.
9. Algunos autores estiman que el reintegro antes del requerimiento por parte de la autoridad contralora, excluye toda posibilidad de persecución, fundados en la interpretación *a contrario sensu* de la presunción de sustracción de que quien no rinde cuenta antes del requerimiento.
10. Los autores que propusieron originalmente esta interpretación, actualmente la han abandonado, limitándola a la hipótesis en que el funcionario ha incorporado bienes fungibles a su patrimonio.
11. Las normas de la misma Ley de Contraloría entienden que los funcionarios ya se encuentran requeridos tácitamente de la devolución de los fondos, bajo ciertas hipótesis (mensualmente).
12. El requerimiento no cumple función alguna en la determinación de la oportunidad del reintegro, salvo, compartiendo el criterio de Politoff, Matus y Ramírez, cuando se reciben bienes fungibles en el patrimonio del empleado, en cuyo caso sólo será posible entender que se han sustraído, cuando el sujeto se halle requerido, el que puede perfectamente ser tácito.

Bibliografía

I. Doctrina

- AGUILAR ARANELA, Cristián, *Delitos contra la Probidad Administrativa. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2011.
- BUNSTER BRICEÑO, Álvaro, *La Malversación de Caudales Públicos. Estudio de doctrina y de jurisprudencia*. Memoria para optar al grado de licenciado, Universidad de Chile, 1948.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 7ª edición, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2005.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo IV, reimp. 2010, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Capítulo IX. La malversación de caudales públicos en el Código penal chileno*, En su: Estudios y defensas penales, 3ª edición, Legal Publishing Chile, 2009.

- LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal*, Tomo II, 7ª edición, s/d, reimp. 2005, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre/ RAMÍREZ GUZMÁN, Ma Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial*, 2ª edición, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2002.
- POLITOFF L., Sergio/ MATUS A., Jean Pierre/ RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*, 2ª edición, reimp. 2007, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis/ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2008, Santiago.
- RUIZ PULIDO, Guillermo, *Propuesta Temática y Docente para capacitación Abogados UDEFP Malversación de Caudales y Distracción de los mismos* (Art. 233 CP y 235 CP), En: Boletín Unidad Especializada Delitos Funcionarios y Probidad Pública, N°4. 2006.
 — *Ensayo acerca de la malversación de caudales públicos y distracción de los mismos*, En: Revista del Consejo de Defensa del Estado N°16, diciembre de 2006.

II. Sentencias citadas

- SCS, 14 de mayo de 1974, RDJ, Tomo LXXI, Segunda Parte, Sección Cuarta, p. 210-214.
- SCS, 5 de junio de 1974, Rol 18.571, FM, N°186, mayo 1974, pp. 65-69.
- SCS, 31 de marzo de 1978, RDJ, Tomo LXXV, enero a junio Año 1978, 2ª parte, sección cuarta, pp. 320-322.
- SCS, 23 de octubre de 1978, Rol N°20.971, GJ, Año 1978, noviembre N°19, pp. 19-20.
- SCS, 7 de mayo de 1980, Rol 21.147, FM, N°258, mayo de 1980, pp. 107-110.
- SCA Pedro Aguirre Cerda, 12 de junio de 1984, Rol 296-83, GJ, Año 1984, junio, N°48, pp. 108-109.
- SCA Santiago, 16 de agosto de 1985, Rol 3048-85, GJ, Año X- 1985, N°62, pp. 83-84.
- SCS, 6 de diciembre de 1985, Rol 24.782, GJ, año X - 1985, N°66, pp. 69-73; también en FM N°325, diciembre 1985, pp. 888-892.
- STJOP Puerto Montt, 25 de agosto de 1999, RUC 0500426356-3, RIT 44-2009.
- STJOP de Villarrica, 27 de julio de 2002, RIT 7/2002, N°Legal Publishing 39974.

STJOP Antofagasta, 5 de septiembre de 2005, RUC 0310003325-8, RIT 115-2005 y SCA Antofagasta, 20 de octubre de 2005, Rol N°218-2005 RPP (rechaza recurso de nulidad contra la primera).

SCA de Valparaíso, 28 de septiembre de 2005, Rol 974-2005, RUC 0400187319-4.

SJG San Felipe, 3 de agosto de 2007, RUC 0500293792-3; RIC 2048-2006.

SCA de Temuco, 14 de octubre de 2008, Rol 941-2008, N°Legal Publishing 40464.

SENTENCIA DE TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE LINARES QUE CONDENA POR COHECHO PASIVO PROPIO AGRAVADO ART. 248 BIS CÓDIGO PENAL A JEFE DE COBRANZAS DE LA TESORERÍA PROVINCIAL DE LINARES

Roberto Morales Peña¹

Comentamos la sentencia dictada por el Tribunal Oral en Lo Penal de Linares, en virtud de la cual se condenó al Jefe de Fiscalización de la Tesorería Provincial de Linares por cohecho del artículo 248 bis del Código Penal en forma de reiterado a las penas de 541 días de reclusión menor en grado medio, inhabilitación absoluta temporal y multa de \$3.400.000.

La sentencia aborda algunos aspectos centrales del cohecho pasivo agravado que quisiera destacar, porque existe alguna jurisprudencia minoritaria que mantiene una interpretación, a mi juicio ya superada, de este tipo penal.

Los hechos acreditados son los siguientes: “Que, Víctor Manuel Morales Álvarez, funcionario de la Tesorería General de la República, oficina Linares, específicamente jefe de la sección de cobranzas de la Tesorería Provincial de esta ciudad y en tal calidad, entre los años 2003 a 2006, requirió para sí, a los contribuyentes morosos Luis Moreno Lineros, Ítalo Alegría Osses, Luis Silva Serna y Jaime Carrillo Lagos, ciertas cantidades de dinero, a cambio de no realizar actos propios de su cargo, consistentes en paralizar la realización de bienes de propiedad de dichos contribuyentes y en el caso de Alegría Osses, detener la tramitación de una orden de arresto. Es así, que para ese efecto, Alegría Osses entregó a Morales Álvarez la cantidad de \$2.000.000 en dinero efectivo y un cheque de un tercero, por \$500.000.-; por su parte, Silva Serna le entregó tres cheques por las sumas de \$150.000 cada uno; Carrillo Lagos, en a lo menos dos oportunidades le entregó dineros que en su totalidad ascendieron a \$450.000; de igual forma, Moreno Lineros, realizó entregas de dineros en sumas no determinadas”². Falta agregar que otros contribuyentes fueron contactados por el condenado solicitándoles una retribución económica bajo amenaza de rematar sus propiedades embargadas por Tesorería, pago al que éstos no accedieron finalmente.

La figura contemplada en el artículo 248 bis dispone “*El empleado público que solicitar o aceptar recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, y además, con la pena de inhabilitación espe-*

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

2 Considerando noveno del fallo comentado.

cial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.

Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente”.

Los verbos rectores del delito de cohecho pasivo son *solicitar, aceptar o recibir*. Según el Diccionario de la RAE, *solicitar* es “*pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado*”. La solicitud puede hacerse de cualquier forma idónea para transmitir el mensaje, por ejemplo estirando la mano. El verbo rector aplicable a la conducta de Víctor Manuel Morales es el “solicitar”, pues fue éste sujeto quien se contactó con el contribuyente Luis Moreno, “(...) quien manifestó haber sido objeto de constantes requerimientos pecuniarios con fines de lucro personal, por parte del querellado...” y “(...) le ofreció su asesoría en temas tributarios y deuda fiscal morosa indicándole que tenía atribuciones para suspender los procesos judiciales”. En el mismo sentido al contribuyente Ítalo Alegría “(...) lo conminó a entregarle retribuciones económicas para su beneficio personal, ejerciendo intimidación con órdenes de arresto prontas a emitirse con motivo de su deuda tributaria, ejecutada por la Tesorería Provincial de Linares”. Al contribuyente Abel Améstica le ofreció “(...) detener o retrasar el proceso de cobranza y el remate de su propiedad” que se encontraba embargada por el servicio de Tesorería. Al contribuyente Jaime Carrillo le ofreció “(...) dejar al final en el orden de urgencia la demanda que le afectaba y guardar el expediente” para evitar que la propiedad embargada se rematará³.

En el considerando undécimo, el tribunal hace una correcta apreciación del tipo penal al señalar que “(...) éste se satisface con la sola solicitud o aceptación de beneficio económico para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, con independencia de si se concreta la recepción del beneficio económico o la no realización del acto propio”.

Destacamos este aspecto del tipo penal pues aún existe alguna jurisprudencia que exige la bilateralidad en este delito, es decir que la sola solicitud del empleado público no es suficiente para configurar el tipo penal sino que se requiere además la aceptación de la misma por parte su destinatario siendo que esa concepción ha sido ampliamente superada a la luz de la actual redacción de los artículos 248, 248 bis, 249 y 250, todos del Código Penal, acorde modificaciones introducidas por la Ley 20.341 –publicada con fecha 22 de abril de 2009–, mediante la cual se ha construido el delito de soborno como una figura independiente del delito de cohecho, que exige simplemente “ofre-

3 Todas las citas textuales de este párrafo se extractaron del considerando primero de la sentencia comentada.

cer” un beneficio económico al empleado público, bastando el mero ofrecimiento para su consumación por tratarse un delito de mera actividad que no exige un resultado como otras figuras delictivas.

Así lo ha sostenido nuestra jurisprudencia en fallo dictado con fecha 10 de noviembre de 2009, por la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua, en los autos Rol 174.660, el cual claramente en su considerando octavo señala que: “(...) una adecuada interpretación del delito de soborno (...) en su remisión a los delitos de cohecho del funcionario (...) no implica un principio de accesoriedad para el fundamento objetivo de punibilidad, en el sentido que la punibilidad del sobornante sea dependiente de la punibilidad del cohechado...”. Agrega en su considerando noveno, en lo atinente: “Que conforme a lo dicho, la ley no exige el resultado de la corrupción del funcionario público, sino que el delito de soborno se consuma con hacer o prometer una dádiva, efectuada con la intención o propósito de determinar al funcionario público a realizar algunos de los actos constitutivos del delito de cohecho...”.

Finalmente el mismo fallo concluye en su considerando undécimo: “Que la reciente modificación al Código Penal mediante la ley 19.645 publicada en el Diario oficial el 12 de diciembre de 1999 ... mantiene la conducta del sobornante en forma independiente a la del funcionario cohechado...”, finalizando la sentencia en su considerando duodécimo manifestando que: “...Consecuencialmente y consistiendo la acción delictiva, como se ha dicho, en hacer o prometer dádiva con la intención o propósito de determinar al funcionario público a realizar alguna de las conductas previstas en los artículos 248 y 249, el delito se consuma por ese solo comportamiento independientemente de que el funcionario acepte o no el pago ofrecido o realice o no la conducta”.

Lo anterior queda refrendado con la constatación del hecho de dos contribuyentes, Luis Silva Serna y Juan González, a quienes Víctor Morales contactó para obtener una retribución económica de parte de éstos, bajo amenaza de remate de sus propiedades embargadas pago al que éstos contribuyentes no accedieron finalmente⁴.

En relación al sujeto activo, quien solicita las dádivas debe ser un empleado público, y es el sujeto activo castigado en esta figura. En este caso el condenado era funcionario de la Tesorería General de la República, y actuó en tal calidad en la solicitud de dádivas a los contribuyentes morosos.

Respecto del aspecto subjetivo, la figura exige como conducta la solicitud de una dádiva (mayores derechos o un beneficio económico) para ejecutar o haber ejecutado actos propios del cargo. En consecuencia, se revela una importante exigencia a nivel de tipo subjetivo, debiendo concurrir dolo directo en el sujeto activo. Resultaría incompatible la comisión del ilícito con dolo eventual, ya que la solicitud tiene por objeto realizar una acción o haberla realizado. Sobre

4 Considerando primero de la sentencia.

este aspecto el fallo señala que el condenado actuó con dolo directo “ (...) en cuanto el acusado requirió para sí expresamente dineros para paralizar los embargos que les afectaban, sino también por el contexto en que se desarrollaron las peticiones y pagos de las sumas indicadas, como por ejemplo, llamados telefónicos ofreciendo ayuda o asesoría tributaria unido a un requerimiento de dinero; la recepción de dinero sin documento alguno que dejase constancia de su entrega; exigencia de cheques abiertos, no a nombre de la institución de que formaba parte; recepción subrepticia de dineros (por debajo del escritorio), requerimiento o retiro de dinero o cheques en lugares diversos a los de su oficio, ya sea en los alrededores de la Tesorería, en la afueras Tribunal o en el domicilio de los contribuyentes” denotan su actuar intencionado y oculto, con conocimiento de la ilicitud de su conducta.⁵

Por otra parte, respecto a si las acciones del imputado de solicitar beneficios económicos a distintos contribuyentes en distintas oportunidades constituía delito continuado o reiterado, la Defensa alegó que se trataba de un solo delito continuado y no de uno reiterado. El Ministerio Público insistió en que el imputado fuera sancionado como autor de delito reiterado de cohecho y no continuado, toda vez que se trata de delitos cometidos en distintos momentos y personas, lo que constituye la opinión del Ministerio Público frente a este tipo de hechos. Por su parte, el Tribunal Oral se pronuncia acertadamente al señalar en el considerando decimosexto que “(...) en el caso de autos, el bien jurídico protegido es el correcto servicio que la administración pública presta al ciudadano, es decir, cada vez que el empleado público solicita o acepta de algún particular un beneficio económico para omitir un acto propio de su cargo, vulnera el bien jurídico protegido, sin que para ello se requiera, necesariamente, una consumación fraccionada, por lo que no puede considerarse como un único atentado a la administración pública, en consecuencia, no cabe sino considerar las conductas del acusado como delitos reiterados”.

Por último, vale la pena mencionar que con la reforma de la Ley N°20.341, se aumentaron las penas para el delito de cohecho del Art. 248 bis, que anteriormente era sancionado sólo con la pena de suspensión en cualquiera de sus grados y multa. El delito se sanciona con reclusión menor en su grado medio e inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del derecho solicitado. La pena impuesta por el tribunal a Víctor Manuel Morales fue de 541 días de reclusión menor en su grado medio, a 5 años y un día de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos y a la pena de multa de \$3.400.000.

En el caso del artículo 248 bis en el cual el empleado se hace pagar por faltar a sus obligaciones, sea en forma activa u omisiva⁶, el desvalor de la conducta

5 Considerando Undécimo de la sentencia comentada.

6 En este sentido ETCHEBERRY. “*Derecho Penal*”. Tomo IV. Tercera Edición. Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 255.

amerita para el legislador la sanción mas severa pues no sólo ha viciado las motivaciones de su actuar, al dejar de tener presente el bien común en pos de beneficiarse personalmente o a un tercero, sino que se ha alejado de todos los principios que rigen sus actuaciones, como el principio de legalidad y de probidad. Por ello, estas hipótesis de comisión del delito son consideradas más graves que aquella descrita en el Art. 248 del código punitivo.

Finalmente, hacemos mención al buen trabajo realizado por la fiscal María Teresa Recabarren y por el abogado asesor regional Carlos Olivos.

Texto de la sentencia:

Linares, tres de mayo de dos mil once.

VISTO:

Que los días veinticinco a veintiocho de abril del presente año, ante la Primera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, integrada por los Jueces doña Claudia Andrea Mora Cuadra, quien presidió, don Christian Aníbal Leyton Serrano y doña Scarlet Gisela Quiroga Jara, se desarrolló audiencia de juicio oral en causa RIT N°105-2010; RUC N°0700069950-5, seguida contra **VÍCTOR MANUEL MORALES ALVAREZ**, cédula nacional de identidad número 7.567.277-2, nacido en Linares el 05 de diciembre de 1960, 50 años de edad, casado, estudios universitarios, administrador público, domiciliado para estos efectos en calle Dos Poniente N°1538 de ciudad de Talca; representado por defensor privado don Carlos Oyarzún Selaive. Intervino como acusador el Ministerio Público a través de la fiscal doña María Teresa Recabarren Domínguez y como acusador particular el Fisco de Chile, a través de los abogados Sergio Valenzuela Guzmán y María Fernanda Gonzá-

lez Faúndez. Todos los letrados con domicilio y forma de notificación establecidos en forma previa en el Tribunal.

OIDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Acusación.- Que los hechos y circunstancias que fueron objeto de la acusación del Ministerio público son aquellos contenidos en el auto de apertura de fecha doce de octubre de dos mil diez, dictado por el Juez de Garantía de Linares, cuyo contenido es del siguiente tenor: “El imputado Víctor Manuel Morales Álvarez era funcionario de la Tesorería General de la República, Oficina Linares, específicamente jefe de la sección de cobranzas de la Tesorería Provincial de Linares y en tal calidad, durante los años aproximados 2003 al 2006 realizó diversas actividades tendientes a solicitar a algunos contribuyentes, tales como: Luis Moreno Lineros, Italo Alegría Osses, Abel Améstica Castillo, Jaime Carrillo Lagos, Luis Silva Cerna y Juan González Troncoso, diversas cantidades de dinero, a objeto de hacer presión por deudas tributarias que estas personas mantenían a cambio de evitar posteriores consecuencias como remates de propiedades u órdenes de arresto, omitiendo así

realizar los actos propios de su cargo, dinero que estaba destinado a su beneficio personal”

Por su parte, los hechos que fueron objetos de la acusación particular del Fisco de Chile, de igual forma, están contenidos en el auto de apertura ya referido y son del siguiente tenor: “El imputado Víctor Manuel Morales Álvarez era funcionario de la Tesorería General de la República, oficina Linares, específicamente jefe de la sección de cobranzas de la Tesorería Provincial de Linares, y en tal calidad, durante los años aproximados 2003 al 2006, realizó diversas actividades tendientes a solicitar a algunos contribuyentes, tales como Luis Moreno Lineros, Ítalo Alegría Osses, Abel Améstica Castillo, Jaime Carrillo Lagos, Luis Silva Serna y Juan González Troncoso, diversas cantidades de dinero, a objeto de hacer presión por deudas tributarias que estas personas mantenían a cambio de evitar posteriores consecuencias como remates de propiedades u órdenes de arresto, omitiendo así realizar los actos propios de su cargo, dinero que estaba destinado a su beneficio personal.

En efecto, con fecha 25 de enero de 2007, y agregada a esta causa, Contraloría Interna de la Tesorería General de la República interpuso denuncia ante la Fiscalía Local del Ministerio Público de Linares en contra de VICTOR MORALES ALVAREZ, Jefe de la Sección Cobranza de la Tesorería Provincial de Linares, por los siguientes hechos: Mediante Reservado N°16, de 20 de octubre de 2006, el Director Regional Tesorero

del Maule, puso en conocimiento de la Tesorería General de la República, la declaración del contribuyente Luis Moreno Lineros, quien manifestó haber sido objeto de constantes requerimientos pecuniarios con fines de lucro personal, por parte del querrellado, el que valiéndose de las facultades de acceso a información y poder que en razón de su cargo detenta, habría ejercido presiones ilegítimas sobre su persona, con ocasión de su deuda tributaria morosa que mantiene con el Fisco, misma que por ley corresponde cobrar a la Tesorería Provincial de Linares, a través del procedimiento de cobro ejecutivo especial contemplado en los artículos 168 y siguientes del Código Tributario. El contribuyente afectado declaró que el funcionario se contactó con él aproximadamente en septiembre del año 2005, y le ofreció su “asesoría en temas tributarios y deuda fiscal morosa” indicándole “que tenía atribuciones para suspender los procesos judiciales” y que “le iba a quitar hasta las pisadas” si no pagaba las sumas que éste le solicitaba. Refiere el contribuyente que el querrellado le requirió en varias oportunidades, sumas de dinero para su beneficio personal, y que le habría entregado personalmente dinero efectivo en diversas oportunidades y lugares, recordando que la primera vez fue aproximadamente en septiembre del año 2005, oportunidad en que le entregó \$1.000.000.- y otra, en septiembre del año 2006, ocasión en que le entregó \$450.000.-, declarando finalmente que la suma total entregada a la fecha ascendería a \$8.000.000.-. Con cargo a lo anterior, el Servicio de Tesorería

ordenó la instrucción de un sumario administrativo mediante Resolución Exenta N°2439 de 25 de octubre de 2006, en el marco del cual se realizaron una serie de diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos denunciados, las que dieron como resultado la obtención de declaraciones voluntarias de otros 5 contribuyentes afectados, 1) Ítalo Alegría Osses, 2) Abel Améstica Castillo, 3) Jaime Carrillo Lagos, 4) Luis Silva Serna, y 5) Juan González Troncoso, quienes declararon haber sido objeto de solicitudes de retribuciones de dinero por parte del denunciado, para su lucro personal y con ocasión de los procedimientos administrativos y judiciales de cobranzas de impuestos morosos seguidos en su contra, ofreciendo como contraprestación de ello, un acto u omisión futuro relativo al ejercicio de su cargo; alguna circunstancia no debida de acuerdo a sus funciones, o el ejercicio torcido de sus funciones. En este orden, el contribuyente **Ítalo Alegría Osses**, declara haber sufrido reiterados apremios a través de intimidación y/o engaño, ejercidos directamente en su persona e indirectamente a su familia, a su mujer y suegra, por parte del imputado, quien en forma reiterada, en el año 2003 y aproximadamente en la segunda quincena de octubre de 2006, lo conminó a entregarle retribuciones económicas para su beneficio personal, ejerciendo intimidación con órdenes de arresto prontas a emitirse con motivo de su deuda tributaria, ejecutada por la Tesorería Provincial de Linares, como consecuencia de lo cual este contribuyente le entregó personalmente en dos oportunidades

dinero, la primera, en el año 2003 entre \$2.000.000.- y \$3.000.000.- y la segunda, durante la segunda quincena de octubre 2006, mediante un cheque por \$450.000.- que su señora y suegra se habrían conseguido de tercero. El contribuyente **Abel Améstica Castillo**, deudor de impuesto fiscal, por un valor neto de \$331.759.946.- declara que en reiteradas ocasiones, aproximadamente unas diez veces desde el año 2002 en adelante, el imputado le solicitó retribuciones económicas por distintas sumas de dinero que éste le entregó en efectivo, ascendiendo en total a \$1.000.000.- aproximadamente, prometiendo como contraprestación, la omisión de actuaciones debidas o la ejecución de actos reñidos con sus funciones, como detener o retrasar el proceso de cobranza y el remate de su propiedad, que se encontraba embargada en varias causas seguidas por el servicio de Tesorerías, en las que dicho funcionario por ser el Jefe de la Sección Cobranza podía intervenir. El contribuyente **Jaime Carrillo Lagos**, deudor de impuesto fiscal, ascendente a \$5.264.125.- valor neto, declara haber entregado al denunciado, personalmente, en dinero efectivo y en su oficina de la Tesorería Provincial de Linares, las sumas de \$300.000.- el día martes 30 de abril de 2003 y \$150.000.- el 13 de agosto de 2003, siendo en ambos casos la contraprestación ofrecida la de “dejar al final en el orden de urgencia la demanda que le afectaba” y de “guardar” el expediente “para evitar que la propiedad que tenía embargada se rematara”, es decir, no hacer u omitir algo debido en razón de su cargo y funciones. Los contribuyentes **Luis**

Silva Serna, deudor de impuestos fiscales por \$115.137.628.- valor neto, y **Juan González Troncoso**, deudor de impuestos fiscales por \$ 426.834.420.- neto, declaran haber sido contactados por el querellado, para obtener una retribución económica de parte de éstos, bajo amenaza de remate de sus propiedades embargadas por Tesorería el primero, y como única salida de la situación crítica en que se encontraba el segundo, pago al que éstos contribuyentes no accedieron finalmente.”

Que para ambos acusadores los hechos son constitutivos del delito consumado de cohecho, previsto y sancionado en el artículo 248 bis del Código Penal, correspondiéndole al acusado participación como autor.

Asimismo, señalan los acusadores que al encartado les beneficia la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, contemplada en el artículo 11 N°6 del Código Penal.

En mérito de lo anterior, requieren se le imponga al acusado Víctor Manuel Morales Álvarez 541 días de reclusión en su grado medio, 5 años y 1 día de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos en su grado medio y muta del tanto del provecho solicitado o aceptado, accesorias legales y el pago de las costas de la causa, según lo dispuesto en los artículos 45 y siguientes del Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Alegaciones de Cargo.- Que, en la apertura del juicio la Fiscal se remite a lo expresado en la acusación fiscal, haciendo presente,

que estos hechos ocurrieron entre los años 2003 a 2007, lo que acreditará con los testigos que también declararon en el sumario administrativo, además de un peritaje contable, que acreditará las sumas de dinero que un funcionario público podía tener y que en definitiva tenía, junto a la demás prueba, con la que estima logrará acreditar que el acusado ha tenido participación en calidad de autor en el ilícito de cohecho, en carácter de reiterado, por lo que solicita desde ya, su condena.

Por su parte, el acusador particular se remite a lo indicado en la acusación particular, haciendo presente que la prueba que rendirá será suficiente para acreditar los hechos y la participación del acusado, se hace parte de lo ya indicado por el Ministerio Público.

En su discurso de cierre la fiscal señala que en el juicio han comparecidos las personas que aparecen mencionadas en los hechos que se le imputan al acusado, quienes señalaron que conocían al acusado, quién teniendo la calidad de funcionario público, jefe de la sección de cobranza de la Tesorería de Linares, le ofreció solucionar problemas tributario a cambio de diversas sumas de dinero, que algunos pensaron que era para abonar a sus deudas, sin embargo, posteriormente se dieron cuenta que eso no era sí, aunque algunos entendieron desde el primer momento que era para su beneficio personal, estas personas no eran conocidas entre sí, sólo Améstica y Carrillo se conocían, incluso alguno de ellos no vivían en la comuna de Linares, lo que descarta

la posibilidad de que éstos se pudiesen haber confabulado para perjudicar al acusado, sino por el contrario, se llega a éstos por diversas razones, en primer lugar a Luis Moreno porque fue quien hizo la denuncia, y que posteriormente, se tomó conocimiento de un taco incautado al acusado a raíz del sumario administrativo iniciado, donde se tomó conocimiento de diversos números y nombres de contribuyentes, los que contactados por la Fiscal sumariante, señalaron que el acusado los había llamado para solucionar sus problemas tributarios a cambio de diversas sumas de dineros. Por lo tanto, en virtud de la prueba aportada, en especial la declaración de los testigos que en definitiva señalaron lo mismo que en el sumario administrativo, estima haber acreditado los hechos objeto de la acusación fiscal y la participación de acusado. Hace presente que en sumario administrativo consta una declaración de los testigos declarantes ante estrados, en especial, del señor Améstica que si bien en juicio no recordar mucho, ante la Tesorería sí dio detalles y fechas de lo a él ocurrido, asimismo indica que se incorporaron los cheques que cobró doña Carmen Méndez, quien que mantenía una relación sentimental con el acusado.

Por su parte el acusador particular al clausurar señala en síntesis, que hace suyo lo ya expuesto por la Fiscal, haciendo presente, que han declarado en juicio seis testigos contestes en los hechos y las circunstancias, que han dado razón de sus dichos, todos los que indicaron que les fueron requeridas contribuciones económicas,

algunos pensando al inicio que se abonaría a su deuda, todos al final, percatándose en su oportunidad, que eso no ocurría. A esta prueba se acompaña, respecto de Silva Serna, resulta relevante los cheques que entregó en su oportunidad sin destinatario para aunar estos beneficios económicos, dichos cheques coincidentemente fueron cobrados por una persona que tenía una relación de pareja y amistad con el acusado, es decir el nexos común está, al margen de las ambigüedad y dichos erráticos de esta deponente que dan claras luces que estaba mintiendo respecto a que el acusado le entregó los cheques. Agrega, que otro cheque que salió al tapete fue el entregado por el testigo Ítalo Alegría, que si bien no fue encontrado, pero sobre el cual declaró su dueña. Refuerza lo anterior, el peritaje rendido, conforme al cual se acredita que el acusado tenía dos cuentas corrientes, en una de las cuales se le depositaba su sueldo de mediana entidad, en las cuales figuraban sumas muy superiores a sus ingresos mensuales, que en incluso en épocas tuvo sumas duplicadas o triplicadas a sus ingresos mensuales. Añade, en cuanto a la credibilidad disminuidas de los testigos según plateó la defensa dada su calidad de deudores fiscales, estima que es precisamente este tipo de personas los más susceptibles de ser víctima de este tipo de delitos, no así con una persona solvente.

Luego indica que el tipo penal es de solicitar o aceptar recibir un beneficio económico, no siendo necesario que se incurra en beneficio económico ni que exista el consentimiento de la

persona de saber que el dinero que está entregando, era para un beneficio económico.

Agrega, que la defensa trató de introducir como hecho asentado, que los juicios avanzaban casi de un modo automático y por lo tanto, el acusado no tenía ninguna injerencia; pero es sabido que los juicios se pueden apurar o retrasar de acuerdo al interés o necesidad y así lo ejemplarizó muy claramente el testigo carrillo Lagos. Hace presente que con las delegaciones de poder otorgadas por el abogado del servicio, se ha acreditado, además de la fase primaria que era de cargo exclusivo del acusado, éste también tenía injerencia en la fase judicial de cobro. Solicita la condena del acusado.

Al replicar el Ministerio Público refirió en suma, que para que estemos frente a la figura penal del cohecho basta con que se haya solicitado el dinero, sin que sea necesario que se concrete la conducta de omisión.

Asimismo, que la defensa ha indicado que las declaraciones de los testigos ante el sumario administrativo difieren de las declaraciones prestadas en juicio, pero eso no es así, ya que en lo medular están contestes, sólo existen ciertos detalles que no coinciden, lo que se explica por el transcurso del tiempo.

Hace presente, que respecto a Améstica, resulta claro que lo que éste quería proteger es la calidad de funcionario público de su hija, no tiene nada que ver con la adquisición del bien como pretendió la defensa.

Que respecto del señor Alegría, la Defensa critica que nadie lo vio entregando el cheque al acusado, sin embargo estima, que le aporta sustentabilidad a su dichos los demás declarantes aportadas en juicio por la dueña del cheque y su cónyuge, además es decidor, que el taco incautado al acusado estuviesen los números del señor Alegría y su señora

El acusador particular al replicar, en lo medular, señala que los sumarios administrativos no son para condenar, ya que claramente poseen estándares y fines diversos. Agrega que no es efectivo que los testigos ha cambiado su versión, sino sólo el señor Améstica y por las razones ya indicadas. Hace presente que si bien procesalmente los testigos no son víctima, sí lo son en los hechos. Añade, respecto cuestionada a la solicitud de cheques por parte del acusado, que ello no resulta extraño, además expresamente eran requeridos por el acusado de forma abierta, por su parte en lo relativo a Carmen Méndez, lo extraño es la relación sentimental con el acusado.

Hace presente en cuanto al peritaje, lo curioso es porque una persona que tiene un sueldo fijo, tiene ingresos triplicados.

TERCERO: *Argumentación de defensa.* - Que la defensa del acusado señala en sus alegaciones iniciales, en suma, que desconoce los hechos indicados en la acusación, estima que solo se podrá acreditar un solo elemento típico de acusación, que es la calidad de funcionario de su representado de intachable carrera. Agrega que se ha realizado esta encausamiento

a su representado por deudores de dudosa credibilidad, no sólo porque son deudores del fisco sino conforme su historial de vida, además las declaraciones de estas personas no dan cuenta de ningún otro elemento típico, además se trata terceros interesados, que declararon para sólo obtener ganancias, por lo demás su representado no tiene una situación económica que dé cuenta de hechos en la forma indicada, que si bien se presentará un peritaje contable pero en este se cometieron muchos errores, además de no dar cuenta de un estudio pormenorizado del tráfico de dinero que tenía su representado. En consecuencia, estima no existen antecedentes que puedan llevar a condenar a su representado.

Al cierre del juicio señala, que no ha ningún antecedentes que de cuenta que su representado haya ejecutado u omitido un acto propio de su cargo a cambio de una retribución económica, incluso cuando se incorpora el sumario administrativo resalta que con fecha 04 de junio de 2003, se patrocinado asiste a una audiencia con delegación del jefe del servicio y ratifica lo señalado, solicitando la orden detención, y por tanto, quedando el tribunal en resolver, época que coincide con la fecha que Ítalo Alegría había estado sometido a presión por no realizar este acto.

Agrega, que el Ministerio Público y querellante platean el delito como de emprendimiento, es decir, como una situación general, sin embargo, el análisis debe realizarse caso a caso.

Añade que ante estrados comparecen seis testigos declarantes sin

juramento, quienes han cambian sus versión en juicio, acomodaticia-mente, es así que en el caso del señor Améstica, indica que asistió a la Tesorería con un abogado, que jamás pago dinero por retrasar remates de bienes, que si bien Laporte dijo que éste habría cambió su versión para proteger a una hija, ello no tiene sentido, ya que de ser así no habría sido su hija la que adquiere el bien con posterioridad.

Por su parte, don Ítalo Alegría dice que pagó para retrasar una orden de arresto, las que proceden respecto de impuestos de retención o recargo, pero en sus declaraciones difiere respecto de la suma de dinero que había entregado, lo que no es menor, considerando que se trata de una persona que posee un sueldo no superior a \$400.000.-, dinero que habría conseguido en la empresa en la que trabajaba en esa época, no obstante que su señora minutos después señaló que aún estaba trabajando en la misma empresa, no se acredita que el señor Alegría haya tenido acceso a ese dinero. Hace presente que no hay constancia de que Ítalo Alegría haya entregado efectivamente el cheque. Por lo demás, le parece poco creíble que una persona que realiza un delito como este acepte cheque a fechas, en cambio, los demás testigos indicaron que el acusado no les aceptaba cheques.

Agrega, que el señor Silva Serna, dice que conoció al acusado en el 2007, sin embargo los cheques son del año 2003, lo que no es coherente.

Indica que Carmen Ramírez es el único antecedentes para vincular los

cheques con el acusado sin cuyo testimonio no se sabría de la relación con el acusado, testigo que no cambia su declaración con el tiempo, por lo que si se le cree en esto, también se le debe creer en lo demás, es decir, que ella no recibió esos cheques del acusado, documentos que cambió en Linares, con lo que también difiere de la situación del señor Alegría, que dice que fue cobrado en Talca como afirmó Silva Serna, además ella da una explicación razonable sobre los hechos.

Jaime Carrillo entrega un antecedente importante, ya que dice que van a su domicilio con mentira y patrañas, ya que le ofrecieron beneficio en dinero cuando concurre la Fiscal a cargo del sumario.

Juan González indica que sólo recibió un llamado, que nunca entregó dinero, por lo que no existe antecedentes de que esto pueda configurar el ilícito por el que se está acusando a su representado.

La declaración del señor Moreno es la más acomodaticia, parte desconociendo la verdad en relación a la notificación para la audiencia, indica que esto se extendió por meses, antes indicó que fue por años, que fueron sumas de \$400.000.- cuando antes indicó que eran mayor, que es una persona que no es creíble bajo ninguna circunstancia, más aún considerando que éste afirmó que le ofrecieron que le iban a descontaba la sumas aportada al acusado.

Indica que peritaje no resiste el más mínimo análisis matemático, es incompleto e inexacto, que existe

la posibilidad de que existan sumas duplicadas, asimismo se justificó con los dichos de doña Carmen Méndez que a las cuentas del acusado ingresaban otros dineros que los propios.

Respecto de las cuestionadas delegaciones del señor Allende, el Código Tributario lo permite.

Agrega, que respecto a lo aportado por el señor Laporte, éste se queda sólo con la declaración de los testigos, y los cheques, sin embargo, este no realizó diligencias se contrastación de los dichos de los testigos.

Indica que no se puede reemplazar las declaraciones de los testigos por las aportadas en el sumario administrativo.

Hace presente que en el caso eventual que el Tribunal estime que existió el delito de cohecho, no hay delito reiterado, sino continuado, ya que hay un solo bien jurídico protegido vulnerado, un sujeto pasivo de este delito y una conducta que se reitera, esto en doctrina, claramente es un delito continuado.

Sin embargo, reitera la solicitud de absolución de su representado, agregado finalmente que el caso de autos, conforme a la doctrina, no se ajusta al tipo penal la conducta que el Ministerio Público ha pretendido probar

Al replica en síntesis reitera sus alegaciones de la clausura, agregando que respeto del señor Alegría, en su caso, el Tribunal queda en resolver, por lo que nada puede ser imputado al acusado respecto del retardo del mismo.

En cuanto a doña Carmen Méndez, aporta el nexa, no se puede crear una parte y en lo demás no.

Agrega que retardo en la labor, no constituye el ilícito, según ha señalado Rodríguez Collao y Ossandon Widow. Reitera la solicitud de absolución.

CUARTO: Convenciones probatorias.- Que según fluye del respectivo auto de apertura, los intervinientes no acordaron convenciones probatorias.

QUINTO: Autodefensa de los acusados.- Que, en presencia de su Defensor, el acusado fue debida y legalmente informado por la Juez Presidente acerca del contenido de la acusación y, en la oportunidad prevista en el artículo 326 del Código Procesal Penal, manifestó su deseo de hacer uso de su derecho a guardar silencio, al igual que en la oportunidad prevista en el artículo 328 del mismo cuerpo legal.

SEXTO: La prueba de cargo.- Que, con la finalidad de acreditar los hechos objeto de la acusación y la participación del acusado en los mismos, el Ministerio Público incorporó legalmente al juicio las siguientes probanzas:

A. Testifical: Consistente en las declaraciones de las siguientes personas debidamente individualizados y juramentados, antes de declarar:

- 1.- Abel Enrique Améstica Castillo.
- 2.- Ítalo Eduardo Alegría Osses.
- 3.- Pamela Alejandra Herrera Fonseca:

4.- Eliana del Tránsito Calderón Candia.

5.- Luis Armando Silva Serna.

6.- Carmen Gloria Méndez Ramírez.

7.- Víctor Hernán Hernández Frías.

8.- Manuel Fernando Allendes Pulgar.

9.- Carlos Fabián Castillo Fredes.

10.- Oscar Eduardo Laporte Harum.

11.- Juan Jesús González Troncoso.

12.- Jaime Antonio Carrillo Lagos.

13.- Luis Moreno Lineros.

Cabe hacer presente, que respecto de los testigos individualizados con los números 1, 2, 5, 11, 12 y 13, se omitió su juramento, en conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 306 del Código Procesal Penal.

B. Pericial: Consistente en la declaración de la perito contador del LACRIM de Talca doña Marcela Isabel Monje Vergara, debidamente individualizada y juramentada antes de declarar:

C. Documental:

1.- Copia de los cheques series Nos. 2003Ik 0676920; 2003Ik 0676921; 2003Ik 0676922; 2003Ik 0643649, todos de la cuenta corriente 11-79-389433 del Banco Chile.

2.- Informe pericial contable N°18 de fecha 30 de abril de 2009 y sus anexos.

- 3.- Partes de la copia de sumario administrativo de la Tesorería General de la República.
- 4.- Declaraciones de renta efectuadas por el acusado en los años 2004, 2006 y 2007.
- 5.- Oficio Ordinario 21/16 de fecha 29 de enero de 2010 suscrito por Felipe Figueroa M.
- 6.- Oficio ordinario 427 de fecha 28 de julio de 2010 suscrito por Víctor Hernández Frías, que contiene las liquidaciones de remuneraciones de acusado entre los años 2003 a 2007.
- 7.- Hoja de vida e historial del acusado emitido por la Tesorería General de la República.

Por su parte, la acusadora particular compartió la prueba presentada por el Ministerio Público, además del documento individualizado como Resolución N°163 de 30 de septiembre de 1998 de la Presidencia del Consejo de Defensa del Estado.

SÉPTIMO: *Prueba de la Defensa:* Que la Defensa de los acusados compartió la prueba del Ministerio Público, además de incorporar el documento consistente en extracto de filiación y antecedentes de acusado, carente de anotaciones pronuntiales pretéritas.

OCTAVO: Que, las referidas pruebas fueron legalmente incorporadas al juicio y percibidas en su rendición, de manera íntegra, personal e inmediata, por los Jueces de este Tribunal, quedando el debido y cabal registro de ello, así como de toda la audiencia del juicio oral.

NOVENO: *Hechos acreditados.*

Que, tal como ya se comunicó a los intervinientes, estos Sentenciadores, luego del debate de rigor según lo prescrito en los artículos 339 y 340 del Código Procesal Penal y de ponderar la prueba producida en juicio conforme lo dispone el artículo 297 del código referido, lograron adquirir, por unanimidad y más allá de toda duda razonable, la siguiente convicción:

“Que, Víctor Manuel Morales Álvarez, funcionario de la Tesorería General de la República, Oficina Linares, específicamente jefe de la sección de cobranzas de la Tesorería Provincial de esta ciudad y en tal calidad, entre los años 2003 a 2006, requirió para sí, a los contribuyentes morosos Luis Moreno Lineros, Ítalo Alegría Osses, Luis Silva Serna y Jaime Carrillo Lagos, ciertas cantidades de dinero, a cambio de no realizar actos propios de su cargo, consistente en paralizar la realización de bienes de propiedad de dichos contribuyentes y en el caso de Alegría Osses, detener la tramitación de una orden de arresto. Es así, que para ese efecto, Alegría Osses entregó a Morales Álvarez la cantidad de \$2.000.000 en dinero efectivo y un cheque de un tercero, por \$500.000.-; por su parte, Silva Serna le entregó tres cheques por las sumas de \$150.000 cada uno; Carrillo Lagos, en a lo menos dos oportunidades le entregó dineros que en su totalidad ascendieron a \$450.000; de igual forma, Moreno Lineros, realizó entregas de dineros en sumas no determinadas.”

DECIMO: Valoración de la Prueba.

Que, tal como se adelantó en el veredicto, para concluir los hechos de la forma descrita en el motivo anterior, se ha tenido en especial consideración lo declarado ante estrados por los testigos Ítalo Alegría Osses, Luis Silva Serna, Jaime Carrillo Lagos y Luis Moreno Lineros avalados contextualmente por los dichos del testigo Juan González Troncoso, deponentes, que pese al transcurso del tiempo, en lo medular, han mantenido su relato, no obstante haber tomado conocimiento que su conducta también podría devenir en ilícita, deponentes que además, conforme al principio de inmediación que nos rige, fueron apreciados por estos Sentenciadores como veraz en sus asertos, otorgando un relato coherente y circunstanciado, en cuanto a la forma en que tomaron contacto con el encartado, la solicitud de dinero plateada por éste, la gestión ofrecida a cambio de la retribución requerida, y las entregas de beneficios económicos al mismo.

En efecto, **Ítalo Eduardo Alegría Osses**, que en lo pertinente y en suma, señala que hace unos seis a siete años atrás, Víctor Morales llamó a su domicilio particular, -según recuerda- habló con su suegra Gladys Fonseca y le dejó dicho que se acercara a Cobranza para arreglar su situación con Tesorería, ya que tenía una orden de detención en el Tribunal de San Javier; que ante ello, concurrió a la oficina del acusado donde éste le manifestó que tenía que abonar una cantidad de dinero para arreglar eso y solucionar el problema. A raíz de lo anterior, le entregó al acusado la suma de

\$2.000.000.- afuera del Tribunal de San Javier, sin que éste le entregara recibo alguno, sólo le señaló que después le entregaría la carpeta. Luego precisa, que nunca vio la orden de arresto, pero que el acusado le manifestó que con el dinero que le entregara la orden de arresto quedaba sin efecto, agrega, que cuando le entregó la primera suma de dinero el acusado iba saliendo del Tribunal y le dijo que con la plata que le había dado retiraba la orden de arresto y que en ese momento tenía la carpeta y se la llevaba.

Añade, que unos tres o cuatro años después, nuevamente llamó a su casa y según recuerda, habló con su suegra, a quién le manifestó que debía abonar a la deuda; explica que en esa oportunidad estaba sin trabajo, por lo que le dijo a su señora que no tenía dinero y que si lo venían a tomar detenido se iban a ir detenido no más, por lo que su señora y suegra se preocuparon, y ésta última se consiguió un cheque por \$500.000 a una aijada de apellido Calderón, con quién él no mantiene mucha relación. Que luego él habló con el acusado y le dijo que tenía un documento y que dónde se lo podía ir a dejar, éste le dijo que en Linares en la Tesorería y que lo llamara cuando estuviera afuera del recinto, fue así que en el exterior de la Tesorería le recibió el cheque del banco BBVA abierto, le dijo que se lo iba abonar a la deuda y que la orden de detención se paralizaba, nuevamente no le dio recibo. Precisa que el cheque era para treinta días después de la entrega, y más o menos quince días después, llegó la señora Marcela Gay a su domicilio le consultó sobre lo que

le había sucedido y dijo que debían darle orden de no pago al cheque ya que las sumas abonadas no estaban yendo a su deuda, lo que hicieron.

Útil para precisar el espacio temporal en que ocurrieron las referidas exigencias y entrega de dineros, lo expuesto por este mismo deponente con fecha 9 de noviembre de 2006, en el sumario administrativo incorporado, en que consta que Alegría Osses indicó en suma, que hace como tres años atrás **—por tanto el año 2003—** lo llamó por primera vez el acusado a la casa de sus suegros y le dijo que le salía una orden de detención por la deuda tributaria y que tenían que conversarlo personalmente. Que para juntarse con él acusado viajó desde Rancagua a Linares, y en esa oportunidad le dijo que para parar todo eso tenía un costo y que valía no recuerda bien, pero fue entre \$2.000.000.- a \$3.000.000.- y lo citó para otro día, fue así que en la esquina del Tribunal de San Javier le entregó el dinero en efectivo. Que después, hace unos veinte días atrás **—es decir, durante octubre de 2006—** un día sábado, lo llamó a la casa de sus suegros y le dejó el recado que se comunicara urgente con él, su señora se asustó, lo llamó y le avisó que tenía una orden de detención y que el acusado quería hablar con él. Luego lo llamó a su celular y le dijo que para la orden de detención valía \$500.000.- que él le dijo que no tenía ese dinero, pero éste le insistió en que entregara por último un cheque a treinta días, que como fuera se consiguiera algo, entonces, habló con su suegra y su señora y le dijo que prefería ir detenido pero que no le pagaría más, porque no tenía, ante lo

cual su suegra y su señora se asustaron y se consiguieron un cheque del BBVA por \$500.000.- para el 30 de noviembre, el que se lo entregó personalmente hace como quince días atrás en el estacionamiento que está al costado de la Tesorería, ahí le dijo que se paraba todo el procedimiento.

Cabe hacer presente, que el párrafo antes reseñado, da cuenta también de la estabilidad en el tiempo de los dichos de Alegría Osses, otorgando así, fiabilidad y consistencia, en lo medular, a su relato.

Corroboración los dichos del anterior deponente, especialmente, en cuanto a las exigencias de dinero planteadas por el acusado a Alegría Osses, lo expuesto ante estrados por su cónyuge doña **Pamela Alejandra Herrera Fonseca**, quien sobre el particular expresó que conoció a Víctor Morales porque su esposo Ítalo Alegría debía unos impuestos, entonces éste se contactó por teléfono a la casa de su mamá y les dijo que tenían que abonar a la deuda o sino su esposo iba a ir detenido. Recuerda que como en dos oportunidades su marido le entregó dinero al acusado, la última vez que los llamó por teléfono, ellos no contaban con dinero, por eso su mamá se consiguió un cheque a Eliana Calderón por la suma de \$500.000.- al que después se le dio orden de no pago, ya que llegó una señorita de Santiago, cree que era Fiscal, de nombre de Marcela y ésta les dijo que le dieran orden de no pago por problemas que habían, entonces le pidieron a la tía Eliana que lo hiciera, sin saber para qué era el cheque, sino que después le con-

taron. Precisa que, una vez habló telefónicamente con el acusado, y le dijo que su marido tenía una orden de arresto, antes había hablado personalmente con el acusado, en su oficina, para ver cómo solucionar lo de la deuda de su marido.

Confirma los dichos de los anteriores deponentes, principalmente, en cuanto al cheque requerido para efectuar uno de los pagos al acusado, el testimonio aportado ante estrado por **Eliana del Tránsito Calderón Candia**, quien sobre el particular señala en suma que, que en el año 2006 su madrina doña Gladys Fonseca le pidió un cheque sin decirle para que era, que ella se lo pasó ya que eran muy cercanas, que esto fue a principios del mes y este documento lo extendió para fines de mes, y cuando se iba a cumplir la fecha del cheque ésta la llamó y le pidió que le dieran orden de no pago, ya que había tenido un problema y que se había extraviado. Que luego su madrina le contó que ese cheque se lo había pasado a su hija, ésta a su marido y éste último lo había dado en pago en la Tesorería, pero que después habían llegado unas personas de Santiago, que le dijeron que le dieran orden de no pago al cheque, ya que éste había tenido un problema. Agrega, que poco antes de morir su madrina, le dijo que probablemente ese cheque le iba a seguir dando problemas ya que estaba en manos de un señor que trabajaba en la Tesorería de Linares.

Conjuntamente con lo antes reseñado, resulta decidor en cuanto a la fiabilidad de los testimonios de Alegría Osses y su cónyuge, el acta de diligencia de fecha 08 de noviem-

bre de 2006 que consta en sumario administrativo incorporado, relativa a la revisión del taco institucional de anotaciones del acusado, que en la hoja fechada 30 de junio, figuraban anotados dos teléfono seguidos del nombre “Ítalo”, luego en la hoja de 8 de mayo, se consignaban tres teléfonos junto a los nombres “Pamela, Ítalo, Hyd”. Lo anterior, en especial, la coincidencia conjunta de los nombres, permiten colegir lógicamente que éstos corresponden a dichos deponentes y por tanto, que el acusado contaba con números de teléfonos para contactarlos, lo que le otorga sustentabilidad a sus aseveraciones, más aún considerando el hecho que el acusado en su calidad de jefe de cobranza no correspondía contactar telefónicamente a los deudores fiscales. Además cabe consignar, conforme expuso el funcionario policial **Oscar Laporte Harum**, que precisamente, conforme a dichos datos, la Fiscal designada en el sumario administrativo contactó a Alegría Osses y tomó conocimiento de su caso.

Asimismo, coincide con los dichos de Alegría Osses, los antecedentes del sumario administrativo relativos a la copias de causa rol 41.634 del Juzgado de Letras de San Javier, caratulada “Fisco con varios deudores” en que consta como uno de los demandados a Ítalo Alegría Osses, respecto del cual, con fecha 07 de mayo de 2003 –concordante con la época del primer requerimiento de dinero- el abogado del servicio solicita orden de arresto, que es ratificada, previa delegación de poder, por el acusado en audiencia de fecha 04 de junio de 2003, situación que fue

reconocida por el abogado **Manuel Allende Pulgar** en juicio.

Por su parte, el testigo **Luis Armando Silva Serna** refirió ante estrados, en lo pertinente y en suma, que conoce al acusado por su trabajo en la Tesorería, ya que él tenía unas deudas con el SII, por lo que llegaron notificaciones de embargo de un departamento que tenía y dos vehículos. Que cuando le llegaron las notificaciones a su casa él fue hablar a Tesorería para abonar algo y poder paralizar el embargo, para lo que entregó un cheque de \$500.000.- que fue llenado por su señora, nominativo y cruzado a la Tesorería General de la República. Que posteriormente, el acusado lo contactó a su teléfono celular, él fue a la oficina de éste, donde le planteó que se podía parar el embargo y comenzaron a negociar, es decir, le dijo que podía parar el embargo si le entregaba dinero a él, ya que el embargo iba saliendo, por lo cual hizo dos o tres cheques de aproximadamente \$150.000.- no recuerda bien, dichos documentos eran a fecha y abiertos, esto último, según requerimiento del acusado, los que le entregó en su domicilio. Luego, reconoce la prueba documental número 1 del Ministerio Público, consistente en los cheques series Nos. 2003Ik 0676920; 2003Ik 0676921; 2003Ik 0676922; 2003Ik 0643649, todos de la cuenta corriente 11-79-389433 del Banco Chile, los primeros tres, por la suma de \$150.000 cada uno, como los entregados en su domicilio al acusado y el cuarto, como el abonado directamente a Tesorería por \$500.000.-

Cabe destacar que dichos cheques fueron cobrados, tal como lo reconoció en audiencia, por **Carmen Gloria Méndez Ramírez**, quién mantuvo por algún tiempo una relación de pareja, y posteriormente de amistad con el acusado, vínculo de confianza que conllevó incluso a que el acusado le prestara sus cuentas corrientes a fin de ésta pudiese depositar los cheques cruzados que le entregaban en razón de las comisiones obtenidas por la ventas de oréganos que realizaba, dineros que luego le eran entregados por el acusado.

Sobre el particular, no obstante, que Carmen Méndez refirió no recordar quién le había dado dichos cheques, agregando que posiblemente le habían sido entregados como comisión por ventas de orégano, ya referidas, desconociendo, por tanto, que éstos documentos le fueron entregados por el acusado para su cobro; resulta lógico concluir que dichos cheques sí fueron efectivamente entregados por el acusado a Carmen Méndez para su cobro, lo anterior, principalmente, dada la relación de confianza evidenciada entre esta deponente y acusado; las constantes transacciones de dinero efectuadas entre ambos a razón del depósito de cheques cruzados en las cuentas corrientes del acusado; que no sólo uno de los cheques fue cobrado por Carmen Méndez, sino que –coincidentemente– **los tres**; que dichos documentos Silva Serna afirmó haberlos entregados personalmente al acusado; y que el girador de los cheques se dedicara a un rubro totalmente diverso a la compra de insumos agrícolas.

Dado que se colige de los dichos expuesto por Silva Serna que no recordaba con precisión la época de ocurrencia de los hechos, lo que es atendible dado el tiempo transcurrido y que se trata de una persona de avanzada edad, resultó útil para precisar temporalmente los mismos la fecha de los cheques antes consignados, esto es, octubre a diciembre de 2003.

Cabe hacer presente, que en los mismos términos ya expuestos respecto de Alegría Osses, corrobora el testimonio de Silva Serna, que en la página 102 del sumario administrativo ya referido, figure una de las hojas del mencionado “taco” donde se consigna el nombre de éste testigo y un número de teléfono.

En lo que respecta a **Jaime Antonio Carrillo Lagos**, éste refirió ante estrados que en el año 2005 a 2006, no recuerda bien, cayó al SII ya que su contador no supo hacer la gestión relativa al impuesto de IVA, por lo que le llegó una multa de unos cuatro millones de pesos aproximadamente, que como venía saliendo de una quiebra se acercó al Servicio para buscar una solución, que en una de esas oportunidades converso con el acusado y buscaron una solución en conjunto, que éste le dijo que podía regularizar su situación por una suma que acordaran, llegándole a entregar por esto, \$450.000.- aproximadamente. Luego precisa que, el acusado le explicaba que las carpetas que tenía sobre su escritorio tenía una rotación para pasar al proceso de cobro, por lo tanto, cuando su carpeta llegaba arriba, él se acercaba a abonarle, entonces éste dejaba

nuevamente su carpeta abajo y así seguía el proceso, es decir, él le entregaba dinero para que su carpeta no pasara al proceso de cobro y no salir a remate. Asimismo agregó, según recuerda, en una primera oportunidad le entregó \$150.000.-, suma que le pasó por encima de su escritorio, luego, como éste no le dio respaldo del dinero entregado, le llevo un cheque a nombre del acusado, sin embargo, éste le pidió que lo cambiara y que no fuera a su nombre, cree que para no comprometerse, por lo que tuvo que destruir ese cheque, que después le entregó \$200.000 o \$150.000.- no recuerda bien, esta vez se lo entregó por debajo de su escritorio, y la última vez le entrego el resto.

Dando cuenta de estabilidad en el tiempo del relato del anterior deponente, y por tanto, fiabilidad, así como precisando las oportunidades de la referidas entregas de dineros, resultó importante lo aportado por el funcionario policial **Oscar Laporte Harum**, quién señaló, que en el contexto de desarrollo de una orden de investigar le correspondió entrevistar a Jaime Carrillo Lagos, que fue uno de los entrevistados que más se acordaba de fechas, así le indicó que en abril y agosto de 2006, le habría hecho entregas de dinero al acusado, lo que le canceló en su oficina de la Tesorería y que le pasó por debajo de la mesa para que nadie se percatara.

Cabe hacer presente, que Carrillo Lagos, en declaración prestada con fecha 16 de noviembre de 2006 para el sumario administrativo ya referido, también refiere haber entregado en esos meses las sumas de dinero alu-

did, es más, precisa que el primer pago fue el 30 de abril de 2003 por \$300.000.-, y que le 13 de agosto del mismo año, le canceló \$150.000.-, todas sumas entregadas en la oficina del encartado, lo que es concordante con lo ya reseñado y con hechos decantados por el Tribunal.

Por su parte, **Luis Moreno Lineros**, refiere en lo pertinente y en suma, que hace unos cinco a seis años atrás, una vez que fue al SII por unos impuestos atrasados se encontró con el acusado y éste le dijo que tenían que conversar, que luego le llegaron uno documentos de cobranza, por lo que tuvo que ir al Servicio de Tesorería, segundo piso, donde conversó con el acusado y éste le dijo cómo se podía pagar, esto es, más o menos \$400.000 semanales los días viernes, fue así como lo hizo, incluso presencié alguna de las entregas de dinero el abogado señor Allendes. Que posteriormente, él fue a vender unos camiones, pero al sacar los certificados de anotaciones se dio cuenta que estos estaban en prenda, por lo que fue Tesorería a hablar con el acusado, entonces éste le dijo que él era amigo de los comerciantes de Linares y que el ayudaba a la gente a solucionar sus problemas, a lo que él le manifestó que de qué ayuda le hablaba si sus camiones estaban en prenda, momento en el cual Morales comenzó con la extorsión. Que un día que estaba cargando unos contenedores con congelados afuera de su packing, como a eso de la 15:30 horas paso una camioneta del SII, y como a la media hora siguiente llegó el acusado a exigirle que le entregara dinero, agrega que esto también ocurría en los días cercanos a las fiestas.

Indica que una oportunidad le hizo entrega de dinero en un cajero del Banco Estado, recuerda que esa vez le entregó \$420.000 aproximadamente. Que cuando se dio cuenta que sus vehículos estaban en prenda, pensó que el acusado era un estafador y que éste se estaba quedando con el dinero que le entregaba y no iba a su deuda.

Cabe hacer presente, que conforme denuncia efectuada por este contribuyente, se inicia el sumario administrativo en contra del acusado, lo que generó su posterior destitución del cargo, y denuncia ante el Ministerio Público, como se colige del respectivo sumario administrativo incorporado y lo expuesto sobre el particular por **Víctor Hernán Hernández Frías**.

Dando cuenta, en lo medular, de la estabilidad en el tiempo del relato del Moreno Lineros, se encuentra lo manifestado por el funcionario policial **Laporte Harum** quién, en virtud de una orden de investigar le correspondió entrevistarle, señalándole en suma, que tenía una deuda impositiva de alrededor de trece millones de pesos, y la primera vez que el imputado se acercó a hablarle, él pensaba que su deuda todavía estaba en SII, que después volvió a conversar con el acusado y le señaló que tenía la facultad de quitarle hasta la pisadas, pero que no se preocupara ya que era amigo de los comerciantes, momento en el que comenzó su carma, por lo que le llegó a dar una suma cercana a los \$8.500.0000 para que no le sacaran a remate sus bienes. Luego le indicó que el acusado lo extorsionaba, le mandaba recau-

dadores fiscales a ubicarlo, le hacía particiones de dinero, sumas que le entregaba generalmente en dependencias de la Tesorería y que una vez le canceló al interior de un cajero del Banco Estado. Añade que éste le indicó, que al principio él pensaba que ese dinero podía llegar a su deuda impositiva, pero después se dio cuenta que esas platas sólo iban a para el acusado y que nunca se rebajó de su deuda.

Teniendo presente, que existen imprecisiones en cuanto a los montos que Moreno Linero refirió haber entregado al encartado a razón de evitar el remate de sus bienes, y el periodo en que esto se habrían producido, lo que justifica en atención al tiempo transcurrido, y que resulta naturalmente explicable, no es posible determinar la cuantía de los mismos. En efecto, ante estrado manifestó que dichos pagos se habrían extendido por unos meses, periodo en el cual le habría entregado sumas cercanas a los \$400.000.- semanalmente, además de otras cantidades que principalmente le habría cancelado en fechas cercanas a festivos. Por su parte ante el funcionario policial Laporte Harum, sólo le refiere diversos requerimientos de dinero por una cercana a los \$8.500.000.- pero no le detalla las cantidades en que éstos se habrían producido, a modo de justificar la suma total referida. De igual forma, en declaración prestada en el sumario administrativo con fecha 31 de octubre de 2006, si bien refiere haber entregado en diversas sumas de dinero en distintas oportunidades, según requerimiento del acusado, llegando a una suma total cercana a los \$8.000.000.-, los mon-

tos de dichas parcialidades difieren de aquellas indicadas ante estrados, además el periodo acotado, es mayor al precisa ante estrados, pues ante dicha instancia refirió que éstos se habrían extendido por un año y dos meses aproximadamente.

Avalan contextualmente los dichos de los deponentes antes reseñados, lo expuesto por el testigo **Juan Jesús González Troncoso**, que manifestó en suma, que hace unos cinco años atrás, por incumplimiento tributarios se vio envuelto en deudas tributarias, oportunidad en que recibió un llamado telefónico que le ofrecía ayuda para solucionar sus problemas, aunque sin señalarle claramente que era a cambio de dinero. Agregó, que este hecho se lo comunicó a su contador Juan Tapia quien le manifestó que no incurriera en este tipo de cosas ya que no era correcto, asimismo, señaló que cuando recibió el llamado se percató que era un apoyo ilícito, porque no es la forma de ofrecer ayuda en forma correcta.

Sobre el particular entendemos, que si bien este relato no se evidencian claramente los elementos del tipo legal de cohecho, sí aporta elementos que refrendan parte de las acciones denunciadas por los demás deponentes, esto es, que efectivamente, un sujeto que se identificaba como funcionario de la Tesorería de Linares, contactaba telefónicamente a los contribuyentes morosos y les ofrecía ayuda con sus deudas tributarias.

Para determinar la calidad de funcionario público del encartado durante el periodo decantado y específicamente, Jefe de la sección cobranza

de la Tesorería Provincial de Linares, resultó fundamental la hoja de vida e historial del acusado, especialmente la resolución emitida por el Tesorero Regional, de fecha 15 de octubre de 2002, donde se consigna que a contar del 1° de octubre de 2002, se asciende a Víctor Morales Álvarez al cargo de Jefe de Oficina grado 12 EU, dependiente de la Tesorería Regional de Talca, Linares, cargo que también se consigna en cada una de las liquidaciones de sueldo incorporadas como parte del oficio ordinario 427 de fecha 28 de julio de 2010 suscrito por Víctor Hernández Frías. Lo anterior, unido a lo expuesto sobre este punto por el actual tesorero provincial de esta ciudad, Víctor Hernández Frías y el abogado de Tesorería de la época, Manuel Allende Pulgar, pues ambos refirieron que el encartado se desempeñaba como Jefe de la sección cobranza de la Tesorería Provincial de Linares. De igual forma, cabe hacer presente, que todos los testigos involucrados en los hechos establecidos, tal como se ha reseñado, refieren al acusado como funcionario de la Tesorería de Linares, y que en dicha calidad, efectuó los requerimientos de dineros a cambio de paralizar la realización de bienes de propiedad de dichos contribuyentes y en el caso de Alegría Osses, detener la tramitación de una orden de arresto.

Se estima suficientemente acreditado que los ofrecimientos efectuados por el acusado, consistentes, como se indicó, en la paralización de la realización de bienes de propiedad de dichos contribuyentes y en el caso de Alegría Osses, detener la tramitación de una orden de arresto, constituyen omisión de actos propios de su cargo,

toda vez que, en su calidad de funcionario público, específicamente, jefe de cobranza de la Tesorería Provincial de Linares, le correspondía dirigir, controlar y activar la cobranza administrativa de las contribuciones y demás ingresos fiscales, asimismo, actuar como procurador ante instancia judicial, según delegación del abogado provincial del servicio.

En efecto, acorde con lo dispuesto en los artículos 9 y 11 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 1994, que fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado del estatuto orgánico del Servicio de Tesorería, y tal como explicó detalladamente ante estrados don **Víctor Hernández Frías**, actual Tesorero provincial de Linares, al acusado, en su calidad de Jefe de la sección cobranza le correspondía controlar y supervisar toda la parte administrativa y judicial de las demandas que se lleven en contra de los deudores morosos, ya sea por deudas de impuestos fiscales o territoriales, de igual forma, como jefe le correspondía organizar y ejecutar todo lo relativo a la planificación de cobro de impuesto impagos, disponiendo el trabajo en terreno de los recaudadores fiscales que son los que en carácter de ministros de fe, se constituyen en el domicilio de los deudores y proceden a notificarlos, requerirlos de pago y trabar embargo sobre sus bienes para garantizar la deuda. Asimismo precisó, que como jefe de cobranza le correspondía atender al público que llegaba a su oficina, pero no contactar a los deudores morosos, ya que esta labor les estaba asignada a los recaudadores fiscales.

En este mismo sentido, **Manuel Allendes Pulgar**, abogado del Servicio de Tesorería de la época, refirió que el acusado era jefe de la sección cobranza en la fase administrativa del proceso de cobro, luego seguía la fase judicial propiamente tal, que se desarrollaba en los Tribunales ordinarios de justicia, y que eran de su cargo, sin injerencia del acusado en esta segunda etapa, sin embargo, en la práctica participó en esta segunda etapa, asistiendo a audiencias de arresto, previa delegación de poder que le efectuaba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 186 del Código Tributario. Que en estas audiencias el acusado no tenía poder para pedir arresto, sino sólo para ratificar la solicitud de arresto que él ya había requerido, siendo una práctica habitual de los Tribunales de su jurisdicción que el proceso quedara hasta la ratificación de la orden de arresto sin que en definitiva se diera lugar a dicha medida de apremio. Agrega, sobre el particular, que recuerda haber pedido audiencia de arresto para el señor **Alegría Osses**, audiencia a la que asistió el encartado por delegación que él le efectuó. Luego añade, haber sido sancionado por la falta de control en las delegaciones que le hizo en su oportunidad al encartado.

Respecto al anterior testigo, cabe hacer presente, que en lo medular, ha mantenido sus dichos en torno a las funciones que le correspondían al acusado, lo que se evidencia con lo aportado en juicio por el funcionario policial **Carlos Castillo Fregdes**, en tanto refiere que conforme a información que le habría remitido Allendes Pulgar mediante correo

electrónico, le habría señalado que el encartado era el encargado de ver los expedientes judiciales en cuanto a la notificación de los deudores, requerimientos de pago y embargo de bienes, asimismo le correspondía conocer el tema de los arrestos, le daban poder para que compareciera en algún juicio o en las causas de los Tribunales de San Javier.

De lo anterior, necesario es concluir, que los ofrecimientos efectuados por el encartado, consistente en la paralización de la realización de bienes de los contribuyentes antes referidos y la detención de la tramitación de orden de arresto, en el caso de **Alegría Osses**, claramente constituían omisión de actos propios de su cargo, pues en su calidad de jefe de cobranza le correspondía dirigir, controlar y activar la cobranza administrativa de las contribuciones y demás ingresos fiscales, no así paralizar dicho proceso; y en caso de las ordenes de arresto, que si bien en principio no formaban parte de su labor, sí le correspondían en virtud de la delegación que le efectuaba el abogado del servicio, y más allá de la praxis planteada por Allendes Pulgar, constituía un trámite necesario, la asistencia a las mentadas audiencias, sin el cual, el tribunal no podía resolver la medida de apremio planteada.

UNDÉCIMO: Calificación jurídica de los hechos. Que, los hechos que se dieron por legalmente acreditados a juicio de este Tribunal completan típicamente el delito de **cohecho**, previsto y sancionado en el artículo 248 bis del Código Penal vigente a la época, toda vez que se ha acreditado con el estándar legal que un sujeto,

que ostentaba la calidad de funcionario público, solicitó para sí, diversas sumas de dinero, a cambio de omitir realizar actos propios de su cargo de jefe de cobranza, constituidos en la especie, en paralizar la realización de bienes y detener la tramitación de órdenes de arresto de contribuyentes morosos.

Sobre el tipo legal referido, cabe consignar en primer término, que éste se satisface con la sola solicitud o aceptación de beneficio económico para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, con independencia de si se concreta la recepción del beneficio económico o la no realización del acto propio del cargo, lo que es consecuente con el bien jurídico protegido, cual es, la correcta administración pública, ya que a través de esta figura lo que se persigue en definitiva, es que no se paguen sumas indebidas. En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina (Rodríguez Collao y Ossandon Window en Delitos contra la función pública, Editorial Jurídica de Chile, páginas 319 a 325, 336 a 338; Politoff, Matus y Ramírez en Lecciones de Derecho Penal chileno, parte especial, segunda edición actualizada, pag. 502 a 503) y la jurisprudencia (Sentencia dictada con fecha 1 de diciembre de 2006 en causa Rol 2200-2006 de Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago; sentencia de fecha 24 de marzo de 2009 dictada por la Iltma Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol 2680-08).

Respecto del dolo directo requerido por este ilícito, en el caso sub lite, se colige no sólo de los dichos explícitos aportados por Silva Serna y Carri-

llo Lagos, en cuanto a que el acusado requirió para sí expresamente dineros para paralizar los embargos que les afectaban, sino también por el contexto en que se desarrollaron las peticiones y pagos de las sumas indicadas, como por ejemplo, llamados telefónicos ofreciendo ayuda o asesoría tributaria unido a un requerimiento de dinero; la recepción de dinero sin documento alguno que dejase constancia de su entrega; exigencia de cheques abiertos, no a nombre de la institución de que formaba parte; recepción subrepticia de dineros (por debajo del escritorio), requerimiento o retiro de dineros o cheques en lugares diversos a los de su oficio, ya sea en los alrededores de la Tesorería, en las afueras del un Tribunal o en el domicilio del contribuyente. A mayor abundamiento cabe señalar, que más allá de que Alegría Osses y Moreno Lineros, en principio, hayan entendido que las sumas de dineros requeridas por el agente eran para abonar a su deuda, la única posibilidad razonable para entender que estos requerimientos de dineros tenían una finalidad lícita, son, conforme planteó Hernández Frías, que éstos fuesen parte de un convenio de pago celebrado entre el contribuyente y el Fisco o una cancelación total de la deuda, sin embargo, tal como lo expresaron cada uno de los testigos involucrados en los hechos establecidos, ello no ocurrió e incluso actualmente mantienes esas deudas (lo que se evidencia en **Oficio ordinario 21/60 de fecha 29 de enero de 2010**, pues en este se detalla cada uno de los montos por éstos adeudan y las causas que aún mantienen vigentes), por otra parte, des-

carta esta posibilidad de recepción de dineros lícitos, las forma en que eran requeridos y entregados dichos dineros, bástenos recordar, que en la oportunidad que Silva Serna efectuó un primer pago de abono a su deuda, lo hizo con un cheque nominativo a la Tesorería General de la República, sin embargo, para el pago de los requerimientos efectuados por el encartado, le exigió que los cheques estuviesen extendidos en forma abierta, lo que quedó de manifiesto de con los cheques incorporados (prueba documental número 1 del Ministerio Público).

Asimismo entendemos, tal como se señaló en el motivo anterior, que los requerimientos de dinero realizados por el agente a cambio de las omisiones prometidas constituían en la especie dejar de cumplir con los deberes propios de su cargo, toda vez que, en su calidad de funcionario público, específicamente, jefe de cobranza de la Tesorería Provincial de Linares, le correspondía dirigir, controlar y activar la cobranza administrativa de las contribuciones y demás ingresos fiscales, asimismo, actuar como procurador ante instancia judicial, según delegación del abogado provincial del servicio, como se colige de lo dispuesto en el artículo 186 del Código Tributario y lo aportado por Víctor Hernández Frías y Manuel Pulgar Allendes.

DUODÉCIMO: *Sobre la participación:* Que, la autoría del acusado **Víctor Manuel Morales Álvarez**, en el ilícito analizado, ha quedado acreditada más allá de toda duda razonable, especialmente, con lo expuesto por los testigos **Ítalo Alegría Osses**,

Luis Silva Serna, Jaime Carriello Lagos y Luis Moreno Lineros, quienes, sin lugar a dudas, reconocieron al acusado ante estrados, como aquel, que respectivamente, les habría efectuados los requerimientos de dineros a cambio de paralizar el remate de sus bienes o la tramitación de la orden de arresto, sindicación que se ha mantenido en el tiempo como lo revela los dichos del funcionario policial **Laporte Harum**, quién manifestó ante estrados que al entrevistar a los referidos testigos, todos le manifestaron como autor de las mentadas acciones a Morales Álvarez. Corroboración la participación del encartado, los dichos de doña **Pamela Herrera Fonseca**, quién manifestó, al menos en una oportunidad, haber recibió del acusado un llamado telefónico en el que requería dinero a su marido para parar una orden de detención.

Dicho lo anterior, necesario es concluir que el acusado **Morales Álvarez**, participó en los hechos descritos y ya calificados jurídicamente, en calidad de autor, toda vez que intervino inmediata y directamente en los hechos, siendo subsumible dicha descripción en la norma del número 1 del artículo 15 del Código Penal.

DECIMOTERCERO: *Alegaciones de las Defensas:* Que para hacernos cargo de las alegaciones de defensa, ya expuestas detalladamente en el motivo tercero de este fallo, y reorganizándolas, diremos primeramente, que estas, en suma, se han centrado en analizar cada uno de los pedios probatorios aportado por los acusadores, en especial, los testigos que comparecen en calidad de

contribuyentes involucrados en los hechos por lo que se acusó a Morales Álvarez, refiriendo al respecto, que se trataría de testimonios contradictorios entre sí e interesados, además de otras falencias que observa en el resto de la prueba, todo lo cual impediría al tribunal formar convicción condenatoria, requiriendo por tanto, la absolución de su representado. Sin embargo, como ya se expuso pormenorizadamente en los motivos décimo y undécimo de esta sentencia, estimamos que los testigos Alegría Osses, Silva Serna, Carrillo Lagos y Moreno Linero, en lo medular, han mantenido su relato, por lo demás no se vislumbra con claridad alguna ganancia secundaria en éstos, toda vez que si bien Carrillo Lagos planteó en algún momento el ofrecimiento de ayuda para solucionar sus problemas de deudas impagas con la Tesorería, luego explicó, que esto obedecía principalmente a beneficios legales aplicables a todo contribuyente moroso; por otra parte, quedó claro en juicio que dichos testigos aún mantienen sus deudas tributarias, es decir, en los hechos no han sido beneficiados con condonación alguna de sus deudas, por tanto, si en algún momento existió dicha motivación en los declarantes, no se ve motivo para mantener su versión durante tanto tiempo, más aún conociendo que su conducta también podría devenir en ilícita. Cabe destacar también, que conforme lo expresó Laporte Harum y se colige del respectivo sumario administrativo incorporado, al menos, los testimonios de Alegría Osses y Silva Serna surgen a partir de datos obtenidos del “taco” institucional que se

incautó del escritorio del acusado. Lo anterior, es sin perjuicio de lo señalado pormenorizadamente en el motivo décimo y undécimo de esta sentencia, respecto de cada uno de los elementos de convicción que lograron formar convicción condenatoria, por lo cual, para evitar reiteraciones inútiles, nos remitiremos a lo allí expresado.

Planteó también la Defensa, que los hechos por cual se ha acusado a su representado, tampoco se ajustaría al tipo legal, toda vez, que conforme lo señalan los profesores Rodríguez Collao y Ossandon Widow, el retardo en la ejecución de un acto no constituye el delito de cohecho. Sobre el particular, corresponde recordar lo ya expuesto en el motivo undécimo de esta sentencia, esto es, que el ilícito de cohecho se satisface con la sola solicitud o aceptación de beneficio económico para omitir o haber omitido un acto debido propio del cargo, con independencia si se concreta la recepción del beneficio económico o la no realización del acto propio del cargo. Por otra parte, si bien es efectivo que los aludidos autores plantean que no se incurriría en el tipo legal cuando el beneficio económico es para retardar un acto o por haberlo retardado, no es menos cierto, que esto lo estiman aplicable sólo en el evento que se trate de funcionario públicos que cuente con un plazo máximo para realizar un acto, ejemplarizando aquello, en el caso de un funcionario a quién se le ha encomendado un sumario administrativo, y que aceptare un beneficio económico que le ofreciere el inculpado, para que demore el cierre de la investigación hasta el último día de

plazo, dando así más días para recabar antecedentes probatorios de descargo; situación que no es aplicable en la especie, ya que Morales Álvarez, ofrecía paralizar las ejecuciones o apremios, respectivamente, en la medida que le otorgasen un beneficio económico, (resultó decidir para concluir aquello, especialmente, los dichos de Carrillo Lagos) lo que implica necesariamente un suspensión indefinida, y por tanto, no un mero retardo, sino una paralización del acto que debía realizar, más aún considerando que atendido el cargo que ostentaba, debía ser diligente en el cobro de los impuestos adeudados por los contribuyentes.

En subsidio de lo anterior, para el caso de que Tribunal estime que existió el delito de cohecho, requiere se estime a éste como un solo delito continuado y no reiterado, como lo proponen los acusadores. Respecto de esto último, no haremos cargo en acápite de determinación de la pena, por lo cual nos remitimos a lo allí expuesto.

DECIMOCUARTO: Debate sobre circunstancias y factores relevantes para la determinación y cumplimiento de pena: Que, en la oportunidad prevista en el inciso cuarto del artículo 343 del Código Procesal Penal, el Tribunal abrió debate para la discusión pertinente.

El representante del Ministerio en esta audiencia, reiteró la pena requerida en la acusación, haciendo presente que al acusado le beneficia la atenuante de irreprochable conducta anterior, y insistiendo en que el Morales Alvarez sea sancionado

como autor del delito reiterado del cohecho y no continuado como ha solicitado la defensa, toda vez que se trata de delitos cometidos en distintos momento y personas.

Por parte el querellante también insiste en la pretensión punitiva planteada en su acusación particular, y comparte lo argumentos vertidos por el fiscal en relación a la reiteración de delito de cohecho.

En esta etapa, la defensa solicita de condene al acusado como autor del delito continuado de cohecho y no reiterado, ya que hay un solo bien jurídico protegido vulnerado, un solo sujeto pasivo de éste delito, y una conducta que se reitera. Conforme a lo anterior, y beneficiándole a su representado la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, requiere se le imponga la pena de 61 día de presidio menor en su grado mínimo, y para el pago de la multa se le otorguen cuotas.

DECIMOQUINTO: Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal: Que, en cuanto a la circunstancia atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N°6 del Código Penal, existiendo acuerdo entre los intervinientes y teniendo especialmente presente el extracto de filiación y antecedentes de los encartados carentes de anotaciones prontuariales pretéritas, el Tribunal acogerá dicha minorante.

DECIMOSEXTO: Determinación de la pena. Que, en primer término corresponde determinar si el acusado será condenado como autor del delito reiterado o continuado de cohecho.

Sobre el particular, cabe consignar primeramente, que el concepto de delito continuado no tiene fundamento legal en nuestro derecho, sino obedece más bien a una creación doctrinal, llegando incluso algunos autores (Etcheberry y Cury) a considerarlo como un caso límite de unidad jurídica de acción, lo que nos orienta en torno a la aplicación restrictiva de este concepto. Así las cosas, la doctrina entiende que el delito continuado importa una pluralidad de acciones que deben ser sancionadas como un solo delito porque constituyen la valoración necesariamente fraccionada de un mismo bien jurídico, existiendo una sola vulneración de la norma jurídico penal, cuando, desde el punto de vista del actor, el hecho punible no puede llevarse a efecto sino en forma fraccionada, como por ejemplo en el caso expuesto por el Profesor Cury, en que indica que comete hurto continuado el sujeto que desea apoderarse de todo el mobiliario de una casa deshabitada, pero sólo dispone para transportarlo de un vehículo que, conforme a su representación, no basta para cargarlo en un solo viaje y, por esto, se ve obligado a ejecutar varios, cada uno de ellos en una noche distinta (Derecho Penal, Parte general, Enrique Cury Urzúa, pag. 657.)

Ahora bien, en el caso de los delitos de autos, el bien jurídico protegido es el correcto servicio que la administración pública presta al ciudadano, es decir, cada vez que el empleado público solicita o acepta de algún particular un beneficio económico para omitir un acto propio de su cargo, vulnera el bien jurídico pro-

tegido, sin que para ello se requiera, necesariamente, una consumación fraccionada, por lo que no puede considerarse como un único atentado a la administración pública, en consecuencia, no cabe sino considerar las conductas del acusado como delitos reiterados.

La pena que abstractamente trae aparejada este delito consumado respecto de su autor, es reclusión menor en su grado mínimo, además, con la pena de inhabilitación especial absoluta para cargos u oficios públicos temporales, en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.

Atendido que se condenará al acusado por la comisión reiterada de dicho ilícito, ya que conforme se colige de lo asestando en el motivo noveno en relación con el undécimo de esta sentencia, el encartado cometió este ilícito, a lo menos, en una oportunidad con cada uno de los contribuyentes Alegría Osses, Silva Serna, Carrillo Lagos y Moreno Lineros, corresponde dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 351 inciso primero del Código Procesal Penal, estimando estos Sentenciadores, que atendida la cantidad de reiteraciones, se aplicará la pena corporal indicada aumentada en un grado, esto es, reclusión menor en su grado medio, siendo en ningún caso más favorable para el encartado, invocar lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, como ya se expuso, procede respecto de Morales Álvarez, una circunstancia atenuante, sin que le perjudique

agravante alguna, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 del mismo cuerpo legal, corresponde se aplique la pena en el *mínimum* del grado. Para determinar el *quantum* específico ha aplicar al encartado, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, en especial, la menor extensión de mal causado, en razón a lo cual se aplicará la pena en el *mínimo*, según se señalará en la parte resolutive.

Por los mismos razonamientos antes expuestos, en lo relativo a la pena de inhabilitación especial y absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados, se aumentará en un grado desde *mínimo*, quedando como pena a determinar desde el grado medio, para fijar su *quantum* específico, se considerará especialmente la atenuante que le beneficia y la menor extensión del mal causado, en razón de lo cual se aplicará en el *mínimo* del grado medio.

Respecto a la pena de multa aplicable en la especie, esto es, del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado; corresponde en primer término tener presente, que conforme las sumas de dineros que se precisan en el motivo noveno de esta sentencia, el provecho solicitado y aceptado por Morales Álvarez, corresponden a una suma total no inferior a \$3.400.000.- Así las cosas, para determinar si la multa se aplicará en dicho tanto, o al duplo, se estará a lo dispuesto en el artículo 70 del Código antes referido, en especial, la circunstancia atenuante que beneficia al encartado y en cuanto a sus facultades económicas, según manifestó su Defensa, que

no goza de una situación patrimonial holgada, en razón de lo cual se aplicará sólo en el monto del provecho, y atendida su cuantía, se le otorgará parcialidades para su cancelación.

DECIMOSÉPTIMO: Beneficios:

Que, respecto de la remisión condicional de la pena requerido por la Defensa, y estimando el Tribunal que el encartado cumple con los requisitos establecidos en el artículo 4° de la Ley 18.216, toda vez que, efectivamente, la pena privativa de libertad que se le impondrá no excede de 3 años; que, el acusado no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, según se colige de su extracto de filiación y antecedentes; y que los antecedentes personales del encartado (lo que se evidencia en que con anterioridad a los hechos por los que ha sido condenado gozaba de una extensa carrera funcionaria irreprochable, según se colige de los antecedentes que se consignan en su hoja de vida e historia) permiten presumir que no volverá delinquir, haciendo innecesaria la ejecución efectiva de la pena; se le otorgará dicho beneficio.

DECIMOCTAVO: Prueba des-

estimada: Que, respecto del peritaje contable expuesto por Marcela Monje Vergara, se concuerda con la Defensa en torna a que quedó en evidencia durante el juicio que éste adolece de una serie de imprecisiones, especialmente, en lo relativo al origen de los ingresos que fueron contabilizados para arribar a las conclusiones expuestas por la perito, existiendo incluso la posibilidad que se hubiese contabilizados en más de una oportunidad una misma suma

de dinero, razón que impide a éste Tribunal vincularla de manera cierta con hechos acreditados, principalmente, en lo atinente a los dineros recibidos por el encartado; acorde con lo anterior, también se desestima el documento incorporado como informe pericial contable N°18 de fecha 30 de abril de 2009 y sus anexos, y las declaraciones de renta del acusado de los años 2004, 2006 y 2007. Por otra parte, cabe consignar en cuanto al testimonio aportado en juicio por Abel Améstica Castillo, según se demostró, éste no ha sido estable en el tiempo, toda vez que en inicio (según consta en sumario administrativo, declaración de fecha 16 de noviembre de 2006) denunció haber sido objeto de requerimiento de dinero por parte del acusado a cambio de suspender el remate de su propiedad, luego, durante la investigación, específicamente al ser entrevistado por el funcionario policial Laporte Harum, se desdijo de lo manifestado ante instancia administrativa, lo que en parte se mantenido ante estrados; todo lo cual imposibilita a este Tribunal por vía de credibilidad, considerar el testimonio de Améstica Castillo. Finalmente, en cuanto al documento independiente presentado por el querellante, esto es, la resolución N°163 de fecha 30 de septiembre de 1998, dado que dice relación con la representación o personería de quién comparece por el querellante, también se desestimaré por falta de pertinencia en relación a los hechos imputado al sentenciado.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículo 1, 2, 3, 5, 11 N°6, 15, 18, 21, 24, 25, 29, 30, 47, 49, 50, 56, 59, 67, 68, 69, 70, 248

bis(vigente a la época) del Código Penal; artículo 186 del Código Tributario; artículos 9 y 11 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 1994, que fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado del estatuto orgánico del Servicio de Tesorería; Ley 18.216; artículos 1, 4, 36, 45, 47, 281 y siguientes, 295, 296, 297, 309, 314, 328, 333, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 348 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

I.- Que, se **CONDENA** al acusado **VÍCTOR MANUEL MORALES ÁLVAREZ**, ya individualizado, a sufrir la pena de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS DE RECLUSIÓN MENOR EN SU GRADO MEDIO**, a la accesoria de suspensión de cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito reiterado de cohecho, descrito y sancionado en el artículo 248 bis del Código Penal, vigente a la época, en grado de desarrollo consumado, cometidos entre los años 2003 a 2006, en la jurisdicción de este Tribunal.

II.- Que, tal como se expuso en el motivo decimoséptimo de esta sentencia, se concede a **Morales Álvarez**, el beneficio de la **REMISIÓN CONDICIONAL DE LA PENA**, por un tiempo de observación igual al de la pena corporal impuesta, periodo dentro del cual deberá cumplir con cada una de las condiciones establecidas en el artículo 5° de la Ley 18.216.

III.- Que asimismo, se **CONDENA** al acusado **MORALES ÁLVAREZ**, a sufrir la pena de **CINCO AÑOS Y**

UNDÍA DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA TEMPORAL PARA CARGOS U OFICIOS PÚBLICOS EN SU GRADO MEDIO, como autor del delito reiterado de cohecho antes referido.

IV- Que, de igual forma, se **CONDENA** a **MORALEZ ÁLVAREZ**, a la pena **DE MULTA** ascendente a **\$3.400.000.- (tres millones cuatrocientos mil pesos)**, otorgándole un plazo de doce meses para solucionar su pago, en parcialidades iguales y sucesivas; el no pago de una sola de esas parcialidades hará exigible el total de la multa adeudada.

Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa impuesta, sufrirá por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose en un día por cada quinto de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda exceder de seis meses.

V.- Que, se condena en costas al sentenciado.

Devuélvase a los intervinientes los medios de prueba incorporados en la audiencia de juicio, dejándose constancia de ello.

Regístrese y comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Linares para su cumplimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 468 del Código procesal Penal en relación al artículo 113 del Código Orgánico del Tribunales, hecho archívese.

Fallo redactado por la Juez doña Scarlet Quiroga Jara.

Anótese y regístrese.

RUC N°0700069950-5.

RIT N°105-2010.

Pronunciada por la Primera Sala del Tribunal del Juicio Oral de Linares integrada por los Jueces doña Claudia Andrea Mora Cuadra, quien presidió, don Christian Aníbal Leyton Serrano y doña Scarlet Gisela Quiroga Jara.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

USO DE SOFTWARE I2 PARA EL ANÁLISIS Y PRUEBA DE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA

Tomás Ramírez Hermosilla¹

*“El Derecho es una ciencia; la abogacía es un arte.
Es el arte de persuadir al juez”².*

I. Introducción

La investigación y prueba del delito de asociación ilícita se enfrentan a una serie de dificultades especiales, no sólo atendidas las nuevas formas de organización, uso de tecnología, realización de actos neutros, etc., sino que también desde un punto de vista de cómo se logra que el tribunal adquiera la convicción de que efectivamente estamos frente a la comisión de dicho delito.

Como se expondrá a continuación, este segundo tipo de dificultades está vinculado a diferencias existentes entre la comprobación de los *delitos base* y de la asociación ilícita, de acuerdo con los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia, tanto en términos cuantitativos como cualitativos.

La experiencia internacional³ ha demostrado la importancia de contar con nuevas herramientas tecnológicas que permitan una investigación eficaz de organizaciones de mayor complejidad, atendido el volumen de la información, número de involucrados, tipo y cantidad de delitos, etc. Para esto, la Fiscalía Nacional del Ministerio Público a través de la Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas, cuenta con programas computacionales destinados al análisis y presentación de datos, denominados en términos genéricos como “software i2”, los que actualmente están siendo utilizados por la mayoría de las fiscalías regionales en causas de alta complejidad.

El objetivo del presente trabajo es mostrar la relevancia de este tipo de herramientas en la persecución de organizaciones criminales de mayor envergadura desde el punto de vista de la acusación, la producción de prueba durante el juicio y, en definitiva, la sentencia. En primer lugar, se analizarán ciertas características propias de la prueba de este delito para, en segundo lugar, vincular

1 Abogado de la Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 JAUCHEN, Eduardo, Tratado de la prueba en materia penal, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe 2006, p. 11.

3 Ver <http://www.i2group.com/us/about-i2/media-coverage>

éstas con los medios tecnológicos con que cuenta el Ministerio Público a fin de lograr la condena de los miembros de asociaciones ilícitas.

II. Qué se debe(ría) probar respecto de una asociación ilícita

1) Contenido del tipo

A pesar de ciertas diferencias de forma y fondo, la doctrina y jurisprudencia nacional se encuentra conteste en que los requisitos del tipo son, a grandes rasgos, la existencia de un grupo organizado (con división de funciones), más o menos permanente y jerarquizado, cuya finalidad sea la comisión de delitos⁴.

Dicho acuerdo, en todo caso, pasa a ser más difuso al intentar distinguir la asociación ilícita de otras figuras: utilizaré como ejemplo en adelante la Ley 20.000, pues contempla una figura intermedia (agravante de “agrupación o reunión de delincuentes”) entre la coautoría del Código Penal y la asociación ilícita (art. 16).

Respecto del artículo 19 a) de la Ley 20.000, la Corte Suprema ha sostenido que “la simple agrupación es el género y la asociación es una especie de aquél, mejorada y estructurada. Ambas tienen permanencia en el tiempo y una misma finalidad o propósito ilícito, pero en la asociación existe además una jerarquía dentro de una organización que evidencia estructura en su funcionamiento”⁵.

Si bien en la punición independiente de la asociación ilícita respecto del tráfico ilícito de drogas juega un rol relevante el bien jurídico protegido (con lo que su determinación adquiere una importancia práctica mayor)⁶ aparecen también consideraciones cualitativas en torno a los requisitos de la asociación ilícita⁷. La Corte Suprema no es clara en este punto, ya que en un primer

4 Los que varían según la ley en que esté contemplada la asociación (Código Penal, Ley 20.000, etc.). Para un panorama resumido de las diversas opiniones, ver RAMÍREZ, Tomás, “Algunas reflexiones en torno a la estabilidad temporal como requisito de la asociación ilícita”, en Revista Jurídica del Ministerio Público N°48, Santiago 2011, pp. 137 a 154, n. 2, 5 y 7.

5 Sentencia de la Corte Suprema Rol N°3206-07 de fecha 3 de septiembre de 2007, considerando 7°.

6 *Ibid.*, considerando 8°: “Pero, si esa misma acción de traficar es llevada adelante por un grupo de personas que acuerdan la compra de droga para su posterior venta, el legislador ha querido sancionarlos con mayor dureza, porque la ejecución en conjunto de una operación de tráfico, además de favorecer su impunidad, conlleva resolución delictiva común, ya que trasunta en una conducta más deliberada y que, además, puede producir una afectación más grave del bien jurídico protegido. Ello agrega una mayor criminalidad al comportamiento de los interventores y constituye por ello una causal de agravación de la responsabilidad penal”.

7 *Ídem*: “Y si lo cumplido ha sido en realidad una asociación, donde cada uno asume un rol específico dentro de ese fin común, regulado expresamente desde el interior de

momento señala que la diferencia radica en la presencia de más requisitos para el *salto* entre la mera agrupación y la asociación (criterio cuantitativo) pero luego introduce elementos vinculados a las características de, por ejemplo, la jerarquía (criterio cualitativo)⁸.

Resulta difícil establecer una conclusión clara respecto de lo que quiso o no quiso decir la Corte Suprema al respecto, pero podemos encontrarnos ante grupos con un nivel básico o mínimo de organización en que, nominalmente, estén presentes los requisitos de la asociación ilícita, sin que sean calificables como tal. Sobre todo en el caso del tráfico ilícito de drogas: es de común ocurrencia que el tráfico se realice por un grupo de personas⁹, en el que exista un nivel básico de distribución de funciones¹⁰, un nivel mínimo de jerarquía¹¹ y estabilidad temporal¹², mientras que la finalidad ilícita es común en todo caso (de otro modo sería irrelevante penalmente)¹³.

Estas consideraciones, que pueden ser aplicables a otro tipo de delitos¹⁴ y dan cuenta de una mirada más amplia, podrían ser útiles para la investigación y prueba de las asociaciones ilícitas: en definitiva se trata de *coautorías diferen-*

la organización, se está en presencia de un delito diferente, cual es precisamente el de asociación para el narcotráfico”. En un sentido similar, ver sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de agosto de 2010, Rol N° 1443-2009.

- 8 Ídem. Una posibilidad interpretativa para sostener que la Corte Suprema sólo realiza un análisis cuantitativo funcionaría bajo el supuesto de que entiende que es impropio hablar de “jerarquía” para casos distintos a los que contempla la asociación ilícita, es decir, que sería un error expresar que existe una “jerarquía rudimentaria” o “de menor intensidad”. Sin embargo, esto pugna con el uso común del término y el de la Real Academia Española (ver www.rae.es), y, por lo demás, la sentencia siempre se refiere a la “jerarquía” con ciertas características, por lo que si tiene otras podría denominarse “jerarquía” sin que sea la *necesaria* para los efectos de la tipicidad objetiva de la asociación ilícita.
- 9 De hecho, lo inusual es el tráfico realizado exclusivamente por una persona. Un ejemplo sería quien cultiva cannabis sativa en su domicilio, la procesa y vende directamente, o si desvinculamos quien vende al menudeo de su proveedor de droga. En los demás casos, existe una *cadena empresarial* en la que participan varios sujetos, distribuyéndose funciones distintas.
- 10 Podrían ser funciones básicas, con independencia de quienes las ejerzan o realicen más de una, comprar, guardar, vender y proporcionar seguridad.
- 11 En los grupos familiares esta se confunde con la preexistente (padre o madre respecto de los hijos), pero sigue siendo una “jerarquía” en un sentido (bastante) amplio.
- 12 Cuando se indica que una grupo de personas “se dedica a” la venta de drogas, se hace referencia a su estabilidad temporal.
- 13 En todo caso, claramente si no concurre de ninguna manera un requisito (por ejemplo, se trata de una especie de *cooperativa* delictual en que definitivamente no existen niveles jerárquicos) no podremos estar frente a una asociación ilícita.
- 14 Así, un grupo de personas que se dedican a hurtar en una tienda comercial, en la que uno ejerce cierto mando y organiza los hurtos, otro vigila proporcionando seguridad y el tercero se encarga de la sustracción material.

*ciables cualitativamente*¹⁵. Los casos de coautoría (art. 15 N°1 y 3° del CP), la agrupación del art. 19 a) y la asociación del art. 16 tienen en común la existencia de un grupo de personas vinculadas a hechos punibles, pero cada una tiene un plus respecto de la anterior. Siguiendo la lógica de la Corte Suprema, la coautoría sería el género, la agrupación una especie y la asociación una subespecie.

En el mismo sentido, el Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago ha sostenido que “los requisitos para estar en presencia de una asociación ilícita deben ser mayores al concierto previo y división de funciones propios de una simple coautoría determinada acorde a lo prevenido en el artículo 15 del Código Penal, en el marco de un *delito de emprendimiento*”¹⁶. Resume estas distinciones de la siguiente manera:

“Los requisitos para que concurra una asociación ilícita deben ser aun mayores, al menos desde el punto de vista *cualitativo*, a los necesarios para que concurra la calificante contemplada en el artículo 19 a) que castiga con un plus de pena el haber formado parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16 de la Ley 20.000. En efecto, la agrupación o reunión de delincuentes aparece como una forma simplificada, debilitada o degradada de una estructura que en lo esencial es la misma”¹⁷.

Desde este punto de vista la tarea del tribunal tiene una complejidad adicional, pues la verificación de la concurrencia de los requisitos supone en cada caso analizar la prueba rendida y determinar cualitativamente las características de cada uno. Además, si desecha la imputación por asociación ilícita, en el caso de la Ley 20.000 también deberá analizar si la organización *alcanza* a ser una agrupación como la contemplada en el artículo 19 a), es decir, determinar si está “por sobre la mera coautoría en un delito de emprendimiento y por

15 Los criterios cuantitativos siguen teniendo una función (una coautoría sin división de funciones no sería ni siquiera una agrupación o reunión para los efectos de la agravante de la Ley 20.000). El acento se pone en que nominalmente las tres situaciones podrían cumplir con los mismos elementos, como se señaló previamente, por lo que su diferencia definitoria es cualitativa.

16 Sentencia RUC 1000455477-4 de fecha 26 de noviembre de 2011, tribunal integrado por los magistrados Mauricio Rettig Espinoza, María Luisa Riesco Larraín y Ana María Hernández Medina, considerando vigésimo primero. Sin perjuicio de que cita a la Corte Suprema (sentencia de fecha 8 de julio de 2010, Rol N°2596-2009), luego se enuncian siete requisitos, aunque en todo caso parecieran ser subsumibles en los cuatro ya señalados.

17 Ídem. Luego de analizar parte de la prueba señala que “es posible ver en dicha agrupación una determinada estructura por sobre la mera coautoría aunque no al nivel requerido por el delito de asociación ilícita”.

debajo de la mayor jerarquía, estructura, especialización y permanencia que supone la concurrencia del delito de asociación ilícita”¹⁸.

En todo caso, de las sentencias revisadas parece no existir unanimidad en torno al contenido preciso de aquello que distingue las situaciones que van de la simple coautoría hasta la asociación ilícita, tendiendo algunas a poner el acento (sin descartar otros criterios) en el tipo de vinculación del partícipe hacia el grupo¹⁹, la proyección de sus actividades²⁰ o, para el caso de la distinción entre el art. 19 a) y 16 de la Ley 20.000 (que también debería tener consecuencias respecto de su distinción con la coautoría), la jerarquía²¹.

18 *Ibíd.*, considerando vigésimo segundo. La cita completa es la siguiente: “De este modo, es posible estimar que el mayor injusto necesario para fundar dicha agravante especial, esto es, la mayor peligrosidad para el bien jurídico que implica el hecho de actuar a través de una agrupación o reunión estable, no sólo provee mayor eficacia y seguridad en la concreción de una conducta de tráfico aisladamente considerada, sino que provee además de un cierto grado de especialización y permanencia en el actuar delictivo, por sobre la mera coautoría en un delito de emprendimiento y por debajo de la mayor jerarquía, estructura, especialización y permanencia que supone la concurrencia del delito de asociación ilícita, en este caso, para traficar sustancias estupefacientes o psicotrópicas ilícitas”.

19 Por ejemplo, sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo RUC N°0800165077-8, de fecha 3 de enero de 2012, integrado por los magistrados Hugo Salgado Morales, Verónica Arancibia Pacheco y Azeneth Aguilar Navarro (actuó como juez alerno Marcela Erazo Rivera), considerando quinto: “Cabe puntualizar que la acción de operar en forma asociada u organizada, se distingue de la co-autoría (alegado por una de las defensas) porque la actividad de cada uno de los miembros se concentra en el grupo y responde a su condición de integrante de aquel, sujeto al control constante de los líderes en pro de una gestión concertada, donde la aportación personal va dirigida al grupo en cuanto tal, es decir se conforma al colectivo”.

20 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RUC N°1000305354-2, de fecha 16 de enero de 2012, integrado por los magistrados Celia Olivares Ojeda, Patricia Garrido Frigolett y Juan Ángel Muñoz López, considerando décimo sexto: “si bien en ambas situaciones interviene un grupo de personas, en la coparticipación, aunque haya infracciones que se repiten, éstas surgen de momento a momento, pero quedan aisladas unas de otras, y en el caso de la asociación, el propósito de delinquir persiste en los miembros de la banda que se pliegan a las decisiones del jefe.

En la participación múltiple, los individuos que intervienen lo hacen con la finalidad de cometer un delito determinado cuya responsabilidad habrá de precisarse, según sea el caso, como autoría material, coautoría simple, coautoría intelectual, autoría mediata, complicidad. En esta figura no se requiere necesariamente que el acuerdo para cometer el delito anteceda a éste, ni que se manifieste expresamente. En la asociación ilícita en cambio, la conducta del delincuente encuentra su fundamento en su capacidad volitiva en virtud de que, desde antes de incurrir en el acto delictuoso, el individuo se encuentra plenamente consciente de que se une al grupo precisamente con la finalidad de perpetrar actos ilícitos tipificados en a ley (Claudia Fernández Jiménez, Anuario Jurídico, Nueva Serie, 1994, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México)”.

21 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes RUC N°0901120081-5, de fecha 13 de enero de 2012, integrado por las magistradas Alessandra Tubino Tassara, Paola Hidalgo Benavente y Carolina Escandón Cox, considerando trigésimo tercero: “Ciertamente al existir una agravante de agrupación de delincuentes en la ley 20.000, sí

En el desarrollo del juicio y la sentencia, las preguntas al respecto pueden referirse en muchas ocasiones al *cuándo* un grupo de personas puede ser denominado con propiedad “asociación ilícita”. Las discusiones en torno a casos concretos en que se acusa por asociación ilícita pasan muchas veces por el cuestionamiento de que se trate *realmente* de una asociación o si sólo es una agrupación. Para profundizar al respecto parece relevante desarrollar previamente una distinción entre la prueba del delito base y de la asociación ilícita.

2) Diferencias en el análisis de la prueba

La asociación ilícita y los delitos que se propone cometer no sólo se distinguen a nivel del tipo penal, como parece obvio, sino que también respecto de cómo se prueba cada uno.

En términos generales, salvando las diferencias entre los modelos a los que se hará referencia, se ha sostenido que la actividad probatoria en juicio no se refiere a comprobar la veracidad o falsedad de los sucesos contenidos en la acusación, ya que “el juez no entra en contacto personal con los hechos, sino con proposiciones relativas a éstos”²². En este sentido, “los hechos son aquello que afirman los enunciados verdaderos”²³, con lo que se difumina el límite entre el análisis de los hechos y del Derecho²⁴.

Por lo tanto, cada vez que se declara “el Ministerio Público ha probado los hechos contenidos en la acusación” (o no lo ha probado) lo que se expresa en definitiva es que “las afirmaciones que se aportar[o]n con los medios (elemen-

debe existir un factor que las diferencie como es la jerarquía que además se desprende de las diferentes penalidades que la norma contempla en función de ello”.

Las tres sentencias recién citadas a esta fecha no se encuentran ejecutoriadas, pero se incluyen como criterios utilizados por tribunales, los que como toda nuestra jurisprudencia, no obligan a los siguientes pronunciamientos pero dan luces de la dirección que están tomando los jueces en esta materia.

- 22 AVILÉS, Luis, “Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional”, en Revista de Estudios de la Justicia, N°4, año 2004, p. 178. Para un resumen completo de las distintas posiciones en torno a “la verdad” en materia procesal penal, ver CHAIA, Rubén, La prueba en el proceso penal, Hammurabi, Buenos Aires 2010, pp. 337 a 52. O.o., ROXIN, Claus, Derecho procesal penal, Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, p. 185: “Probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho”.
- 23 HANSON, Norwood, Patrones de descubrimiento. Observaciones y explicación, Ed. Alianza, Madrid 1985, p. 16. En el mismo sentido, sosteniendo que las proposiciones relativas a hechos son “representaciones cognoscitivas”, VAN DIJK, Teun, Estructuras y funciones del discurso, Siglo XXI Editores, México 1991, p. 81.
- 24 ANDRÉS, Perfecto, Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho N°12 año 1992, p. 264: “las mismas peculiaridades (‘ambigüedad’, ‘textura abierta’, ‘zonas de penumbra’) que se predicán de los enunciados deónticos suelen encontrarse también presentes en los enunciados que se expresan en lenguaje observacional; por más que éstos hayan de tener normalmente como referente entidades connotadas por un menor nivel de abstracción”.

tos) de prueba, acreditaron la correspondencia entre los enunciados que se muestran al juez, con la realidad que ha acaecido”²⁵.

Bajo distintas denominaciones, como “correspondencia aproximativa”²⁶ o “corroboración de hipótesis o de la probabilidad inductiva”²⁷, se trata en términos generales de proposiciones presentadas al tribunal a fin de que éste determine si se han corroborado por lo que pasan a ser verdaderas *en ese sentido*²⁸.

Por ejemplo, la prueba de la transferencia de droga supone una proposición fáctica respecto de la cual se pueda predicar que es verdadera o falsa. Para lograr una conclusión al respecto, se debe realizar un “análisis de cada medio de prueba en sí mismo y en relación con los demás” para luego “apreciar si los hechos (enunciados o proposiciones fácticas) han sido suficientemente corro-

25 AVILÉS, Luis, ob. cit., p. 179. Basado principalmente en TARUFFO, Michele, La prueba de los Hechos, Ed. Trotta, Madrid 2002, p. 99 y ss. Este último autor ha señalado que “en un contexto judicial una aserción relativa a un hecho es verdadera en la medida que ha sido confirmada por pruebas: ‘verdadera’ es equivalente a ‘probada’”. (TARUFFO, Michele, “Narrativas judiciales”, en Revista de Derecho Universidad Austral, Vol. XX N°1, julio 2007, p. 249).

26 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Ed. Trotta, Madrid 2006, p. 543.: “A diferencia de lo que sucede con las demás normas y actos jurídicos, cuya sola condición de validez es la observancia de las normas superiores, la legitimidad de los actos jurisdiccionales penales está, pues, condicionada también por su verdad procesal en el sentido ya ilustrado de ‘correspondencia aproximativa’: por decirlo claramente, por la verdad y fiabilidad, tanto fáctica como jurídica, de los discursos asertivos que forman la motivación”. Bajo esta concepción, los actos jurisdiccionales constan de “proposiciones asertivas, susceptibles de verificación y refutación, y de proposiciones prescriptivas, ‘justificadas’, ‘legitimadas’ o ‘motivadas’ por las primeras”. (Ibíd, p. 542).

27 El modelo de la corroboración de hipótesis o de la probabilidad inductiva supone que “la justificación de una proposición fáctica que describe un evento que no es directamente observable, se basa en la constatación, a través de la observación directa, de hechos que, dados nuestros conocimientos previos acerca del mundo, tendrían que haberse producido si esa proposición fuera verdadera”. ACCATINO, Daniela, “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad”, en Formación y valoración de la prueba en el Proceso Penal, Coord. ACCATINO, Daniela, Abeledo Perrot, Santiago 2010, p. 126. Este modelo se enmarca dentro de los límites establecidos en la legislación respectiva, en el caso chileno, especialmente en los artículos 297 y 342 del Código Procesal Penal, el que sería un modelo de justificación a veces denominado “analítico”; ver ACCATINO, Daniela, “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. un diagnóstico”, en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XIX N°2, diciembre 2006, pp. 12 y ss. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art01.pdf>.

28 La tarea de los intervinientes consistiría entonces en “gestionar la producción de información relevante para cada juicio, como también proponer posibles historias que le den sentido al conjunto, es decir, tendrán que buscar y seleccionar posibles fuentes de información, como asimismo, proveer de esquemas de interpretación que le den sentido a la información producida” (COLOMA, Rodrigo, “Vamos a contar mentiras, tralará... o de los límites a los dichos de los abogados”, en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XIX N°2, diciembre 2006, p. 35, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art02.pdf>).

borados por datos empíricos que fueron debidamente llevados a juicio y con posibilidad de contrastación o refutación”²⁹.

Para el caso de la prueba de las proposiciones relativas a la asociación ilícita el escenario parece tener algunas diferencias. En la medida que el *acuerdo social* de la asociación ilícita se debe manifestar en la realidad, no bastando las meras declaraciones³⁰, se deben analizar un conjunto de proposiciones fácticas para que podamos sostener que existe una asociación (punible como tal) y no se trata de formas menos elaboradas de coparticipación.

Al igual que en el caso del delito base, se trata de presentar una “historia”, en el sentido de “encadenamientos que nos sirven para dar sentido a una serie de acontecimientos que, de otra manera, se presentaría inconexos”³¹, pero para la asociación se requiere explicar las particularidades de dicha historia a fin de elevarla por sobre la coautoría y la agrupación o reunión. Para el caso del defensor sucede lo inverso: su “historia” supone encadenar los acontecimientos de tal manera de negar la pretensión contenida en la acusación.

Por tanto, se podría señalar que una característica especial del delito de asociación ilícita consistiría en que los medios de prueba, ya utilizados para probar el delito base, ahora deben ser analizados en su conjunto para determinar si efectivamente esta coautoría tiene (*cualitativamente*) las características necesarias para ser considerada asociación ilícita. Es decir, mientras que para los demás delitos la prueba consiste en “un medio de *verificación* de las proposiciones de hecho”³² que afirman la imputación, en el caso de la asociación ilícita se trataría principalmente de explicar cómo del análisis conjunto de las proposiciones fácticas es posible verificar la concurrencia de los requisitos necesarios para estar frente a una asociación ilícita.

III. Cruce y análisis de datos con i2

La complejidad demostrada por las asociaciones ilícitas y las dificultades vinculadas a su prueba, tanto respecto de su estructura organizativa como a la participación de miembros intermedios, implica un desafío para la investigación y presentación de los casos ante los tribunales.

Es usual que en investigaciones de mediana y mayor complejidad se utilicen presentaciones gráficas para mostrar la estructura de la organización, la cronología de los hechos, diagramas, fotografías, etc. Sin embargo, la utilidad de estos medios es restringida y no permiten realizar operaciones de análisis de

29 AVILÉS, Luis, ob. cit., p. 182.

30 Referencias doctrinarias en nota 4.

31 COLOMA, Rodrigo, ob. cit., p. 41.

32 HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián, Derecho procesal penal Chileno, t. II, Ed. Jurídica, Santiago 2004, p. 65.

datos, lo que es especialmente importante al trabajar con grandes volúmenes de información.

A fin de mejorar las herramientas de trabajo durante la investigación y su presentación posterior en juicio, el Ministerio Público cuenta actualmente con programas computacionales generados i2 Group, destinados precisamente para casos de alta complejidad. Estos “permiten que analistas e investigadores descubran conexiones, patrones y relaciones ocultas en volúmenes de datos”, caracterizados por ser “flexibles, escalables, seguros y de fácil despliegue y soporte”³³.

A pesar de que puedan ser utilizados para fines similares a los indicados previamente (como presentación Power Point, por ejemplo, respecto de la estructura de la organización), sus funcionalidades están vinculadas principalmente a permitir un uso adecuado de grandes cantidades de datos y ayudar al usuario a realizar un análisis de los mismos de mejor calidad.

Los programas computacionales i2 con que cuenta el Ministerio Público son³⁴:

a. Analyst’s Notebook³⁵ permite visualizar grandes cantidades de información investigativa, “para entender el gran cuadro de imagen”; revela patrones y conexiones ocultas para ayudar a dirigir la investigación; permite crear manual o automáticamente gráficos de análisis, así como generar enlaces y gráficos de datos estructurados.

A diferencia de otro tipo de presentaciones, “las cartas de Analyst’s Notebook no son simplemente recursos visuales; todos los artículos de la carta retienen la información que ellos representan, empotrado en la carta o por enlaces directos a bases de datos”³⁶, permitiendo desplegar la información requerida, ordenándola de manera adecuada y facilitando el análisis de las relaciones entre sujetos, propiedades, etc.

b. iBase es una “aplicación de base de datos que contiene funcionalidades de colaboración y búsqueda permitiendo la obtención, administración de datos y

33 Información disponible es <http://www.i2group.com/es/productos-y-servicios/linea-de-productos-analiticos> [visitada el 17 de enero de 2012].

34 Salvo otra mención, la información se encuentra disponible en <http://www.pegasus.cl/productos> y <http://www.pegasus.cl/productos> [visitadas el 17 de enero de 2012].

35 Los nombres de los programas se utilizan en inglés. La traducción literal sería “Libreta de notas del analista”, pues se utiliza principalmente para manejar los datos (entidades, características y relaciones) visualizando inmediatamente los diagramas o gráficos que se vayan creando, como el organigrama de la organización, los bienes de sus integrantes, etc.

36 La traducción literal de “chart”, palabra utilizada por i2 Group en la descripción de sus productos, puede ser “carta”, pero resulta más adecuado utilizar los términos “gráfico” o “diagrama”.

la difusión de inteligencia procesable y de elementos en apoyo de las operaciones basadas en inteligencia”³⁷.

Se utiliza principalmente como base de datos a la cual se puede acceder desde Analyst’s Notebook, cuyo contenido es ingresado por los usuarios del sistema y mediante la importación de otro tipo de archivos.

c. iBridge permite generar un “puente” entre Analyst’s Notebook y otras bases, que le permiten recuperar y analizar la información almacenada en bases de datos estándar relacionadas.

d. TextChart está destinado a extraer, estructurar, visualizar y almacenar la información contenida en documentos de texto no estructurados.

El uso de estos programas computacionales ha sido útil en diversas investigaciones de mayor complejidad, funcionando como una herramienta que finalmente mejora el *traspaso de la convicción* del fiscal al tribunal. Es decir, permiten no sólo el análisis de los datos sino que mostrar sus resultados de manera clara, precisa y completa a fin de estructurar la teoría del caso y corroborar las proposiciones fácticas planteadas en la acusación.

Según lo ya señalado, los programas i2 tienen dos ámbitos principales de trabajo: la investigación y el juicio oral. En el primero, se trata de la recopilación y análisis de los datos que se van consiguiendo durante su curso: la relevancia radica en que ayuda a dar fundamentos para justificar que no se trata de una mera coautoría ni, en el caso de la Ley 20.000, una agrupación del artículo 19 a), sino una verdadera asociación ilícita.

Como el proceso para confirmar que se está realizando una investigación por asociación ilícita puede ser gradual, mientras se avanza en la misma se puede determinar que concurren los requisitos del delito pero además, mediante el cruce y análisis de datos, también el contenido de los mismos en el caso concreto. Por ejemplo, determinar la estructura y jerarquía de la organización supone analizar quienes dan órdenes y quienes las acatan, el nivel de acatamiento de las mismas, el trato existente y la fungibilidad de los integrantes, la flexibilidad con que se realizan las operaciones, etc. En esta tarea, que generalmente es realizada directamente por las policías y el fiscal, el uso de los programas mencionados puede jugar un rol fundamental, al permitir un manejo ordenado de la información y su análisis bajo parámetros más rápidos y certeros de los que individualmente se pueden lograr.

El segundo ámbito, es la presentación del caso durante el juicio oral. Como suele suceder en estas situaciones, luego de una larga investigación el fiscal cuenta con la convicción y las pruebas de que estamos frente a una asociación ilícita, pero como el tribunal no ha sido parte del proceso de investiga-

³⁷ Información disponible en <http://www.i2group.com/es/productos-y-servicios/lnea-de-productos-analticos> [visitada el 17 de enero de 2012].

ción, enfrenta un análisis de pruebas (sobre el delito base) antes de conocer y corroborar las proposiciones fácticas que lo sustentan. Es decir, el trabajo del fiscal supone una doble tarea, ya que no sólo debe producir prueba respecto, por ejemplo, del tráfico ilícito de drogas, sino que asumiendo como verdaderas esas proposiciones, además debe articular una explicación razonable del análisis que lo llevó a considerar a los imputados como miembros de una asociación ilícita.

Al mismo tiempo, la discusión con las defensas girará en torno a ambos delitos con las mismas dificultades anteriores. Incluso no es poco frecuente que algunos imputados no cuestionen en lo fundamental la imputación por el delito base, quedando la discusión centrada casi exclusivamente en el análisis de la asociación ilícita³⁸.

En este último caso, puede ser especialmente útil hablar de “hechos primarios” como aquellos en los que “hay un bajo nivel de reconstrucción por parte del que los formula y, en cambio, una estrecha conexión con lo que directamente habría sido observado”³⁹. Esto no quiere decir que no debe realizarse análisis alguno de los “hechos primarios”, sino que este es menos intenso, haciéndose más complejo en la medida que se trate de, por ejemplo, quienes participan en el delito pero no tienen contacto directo con la droga, hasta la discusión de fondo sobre la asociación ilícita.

Así, el conjunto de llamadas telefónicas interceptadas pueden dar cuenta de las conversaciones entre los imputados, su ubicación, participación en delitos, etc., pero algo un poco más elaborado es la conclusión en torno al tipo de relación que tenían, quien realmente daba las órdenes, si éstas se cumplían y las consecuencias del incumplimiento, el lenguaje utilizado, si existía cierta *vocación de permanencia*, etc.

Paralelamente, es posible sostener que el nivel de reconstrucción indicado se enfrenta a otro tipo de análisis complejo: el paso *jurídico* entre una coautoría y la asociación ilícita es gradual y tiene su correlato *fáctico* en las dinámicas delictuales que, sobre todo si se trata del tráfico ilícito de drogas, también es gradual. Como delito de emprendimiento, supone la adquisición de herramientas, conocimientos, contactos, etc., que muestran un *camino*, una verdadera *evolución* organizativa para competir en el mercado. Las distinciones *jurídicas* van de la mano de los cambios *fácticos* propios de quien se dedica a cometer delitos de emprendimiento: en esta medida, es posible expresar la pregunta en torno a la justificación de la imputación como un *cuándo* la coau-

38 Especialmente aquellos imputados detenidos en posesión de la droga, quienes pretenden colaborar para configurar la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal o como la cooperación eficaz contemplada en el artículo 22 de la Ley 20.000, o respecto de quienes la prueba de cargo es de tal contundencia que sus defensas prefieran concentrarse en la asociación ilícita (teniendo presente sobre todo las consecuencias punitivas).

39 COLOMA, Rodrigo, ob. cit., p. 48.

toría se convierte en asociación ilícita, en forma paralela al *cuándo* el emprendimiento delictivo logra cierta complejidad para cumplir con los requisitos de una asociación ilícita⁴⁰.

Todo el proceso de investigación y juicio oral desemboca, finalmente, en el alegato de clausura. Aquí, “el objetivo de los discursos de los abogados no tiene que ver directamente con la introducción de [...] hechos primarios sino con su reconstrucción y su vínculo con el caso”⁴¹: el fiscal y las defensas presentarán su teoría del caso del conjunto de la prueba para explicar por qué se ha sostenido que estamos o no frente a una asociación ilícita. Así como en el alegato de apertura los intervinientes *ofrecen un ángulo*⁴² desde el cual pretenden que el tribunal valore la prueba, en el de clausura se debe explicar el análisis realizado para “bosquejar la resolución que se pretende”⁴³, dándole sentido a la prueba producida⁴⁴.

En este contexto, Analyst’s Notebook resulta especialmente útil pues ayuda a ordenar la información, mostrarla de manera estructurada y clara, como un medio para que la fiscalía explique el análisis que ha construido desde los inicios de la investigación, cómo éste es corroborado con los testimonios, documentos, etc., concluyendo que nos encontramos ante un injusto distinto, en concurso con el delito base.

Por último, las operaciones de análisis predicadas del fiscal y las defensas, también son aplicables al tribunal. Por ejemplo, el Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, luego de analizar los demás requisitos, señala que “queda por verificar si en la especie se cumple con quizás el elemento que caracteriza a este delito para diferenciarlo de otras formas semejantes de

40 Lo mismo sucede en las empresas lícitas, respecto de las cuales el Estado cambia su relación atendidas sus características, sobre todo en materia tributaria. Por ejemplo, la distinción en las formas de llevar la contabilidad según tipo de empresa o su fiscalización según sea micro, pequeña, mediana o gran empresa (ver Resolución exenta SII N°79 de 30 de abril de 2010 que fija nómina de “Grandes contribuyentes”, a efectos de su fiscalización por la Dirección de Grandes Contribuyentes, disponible en <http://www.sii.cl/documentos/resoluciones/2010/reso79.htm> y resumida en https://misii.sii.cl/misii/descripcion_segmento.pdf).

41 COLOMA, Rodrigo, ob. cit., p. 48.

42 CHAIA, Rubén, ob. cit., p. 505: “La prueba puede ser idéntica para todas las partes; lo central es el que cada una establezca el ángulo con el cual el tribunal debe apreciarla”.

43 *Ibid.*, p. 508.

44 LIEF, Michael, CALDWELL, Mitchell y BYCEL, Benjamin, Ladies and gentleman of the jury, Simon and Schuster, Nueva York, 2000, p. 11: “The closing argument is the lawyer’s final opportunity to give perspective, meaning, and context to the evidence introduced throughout a length trial. It is the last chance for the lawyer to forcefully communicate his position to the jury, to convince them why his version of the ‘truth’ is correct”. Este libro ha sido reseñado en castellano por Iván OBANDO, en Revista Ius et Praxis, año 15 N°1, pp. 455 a 460, y es parte de una trilogía de los autores (“Greatest closing arguments in modern law”), cuyo tercer volumen resulta especialmente atinente en lo penal (The devil’s advocates, Simon and Schuster, Nueva York 2006).

participación, en especial la coautoría, o la eventual agravante residual contemplada en el artículo 19 letra a) de la Ley 20.000⁴⁵. Comienza preguntándose “¿Quién dirigía esta organización?” y luego responde: “[...] hay una notoria falta de disciplina y obediencia en este grupo que también pugna con el concepto de una organización. No es sólo desorden, como pretenden suavizarlo los oficiales Muñoz y Toledo. Es simplemente falta de rigor y disciplina. Ejemplos: [...]”⁴⁶. Así, analiza las historias y explicaciones de los intervinientes, según la información aportada por diversos medios de prueba, a fin de escoger una de éstas como proposición corroborada.

En otro caso, para afirmar la existencia de la jerarquía de la asociación ilícita, el tribunal la funda especialmente en el testimonio del funcionario policial del caso, quien “especifica durante su exposición que con la investigación se logró delinear un diagrama de organización señalando que desde [D.N.] a los acusados [P.A.] y [J.B.] el diagrama era que dos personas se dedicaban a conocer y reclutar personas para el tráfico y esa labor la cumplía [O.A.E.] y [K.M.V.], ambas se contactaban con mujeres [...] a las que le ofrecían dinero, [...] y ambas eran las encargadas de recibir documentos de identidad, cédula o pasaportes de las reclutadas pues los sujetos de nacionalidad colombiana exigían previamente a la compra de pasajes, conocer el aspecto físico y antecedentes de las contactadas”, lo que “permite divisar la estructura de la organización y su funcionamiento para el tráfico de droga lo que les dio la estructura de la organización”⁴⁷.

De hecho, la estructura de las sentencias es similar: revisan los requisitos por separado y en cada uno parten declarando si han adquirido la convicción de

45 Sentencia RUC N°1000280422-6 de fecha 10 de agosto de 2011, integrada por los magistrados Irma Andrea Tapia Valdés, María Isabel Pantoja Merino y Tomás Gray Gariazzo, considerando trigésimo.

46 Ídem. Con un análisis similar, sentencia del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC 1000455477-4 de fecha 26 de noviembre de 2011 (ver n. 16), considerando vigésimo primero: “de la prueba rendida resulta evidente para el tribunal, la existencia de una agrupación bastante más débil y menos clara que la requerida para el delito de asociación ilícita, toda vez que si bien es posible ver en la acusada [...] una especie de líder, luego no es posible desprender normas claras de respeto hacia una estructura de orden permanente”.

47 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar RUC N°1000305354-2, de fecha 16 de enero de 2012 (ver n. 20), considerando décimo quinto. Finalmente concluye: “Así, de los antecedentes probatorios aportados por el ente persecutor y de los dichos de los propios acusados se pudo desprender que un grupo de individuos se reunió en diversas ocasiones y lugares con la finalidad de idear, coordinar y ejecutar una conducta delictiva consistente en reclutar mujeres jóvenes de buen físico para enviarlas al extranjero a efectuar entrega de drogas, organización en la que existía una jerarquía que fue acreditada”.

“Asimismo, de la prueba aportada por el persecutor surgieron otros numerosos elementos de convicción indiciarios del control, y por ende, rol jerárquico que desempeñaban ambas, como también de las actividades que cumplían los demás integrantes del grupo” (considerando décimo sexto).

que concurra, para luego señalar los antecedentes cuyo análisis lo corrobora. Si es rechazada, pero se afirma la agravante, se realiza una breve explicación en torno a su justificación, que aparece explícitamente a propósito del mayor peligro de una agrupación respecto de la mera coautoría, pero implícitamente como el peligro de convertirse en asociación ilícita^{48 49}.

Por último, resulta importante resaltar que el uso de estas herramientas tecnológicas permite avanzar de mejor manera en la investigación y luego durante el juicio oral, de organizaciones criminales *de nuevo cuño*, que con estructuras más flexibles se adecuan al mercado logrando los mismos resultados a menor costo. Así como en el ámbito empresarial lícito, las asociaciones con una estructura muy rígida tienen problemas para adecuarse a nuevos desafíos, por lo que demuestran un nivel superior de complejidad para la investigación aquellas que superan ese modelo y logran *buenos* resultados pero con mayor seguridad para los partícipes.

En este sentido, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes sostuvo que la estructura de las organizaciones criminales puede variar, sin que pierdan la calidad de asociación ilícita⁵⁰:

48 Sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago RUC N°0800472579-5, de fecha 20 de noviembre de 2011, integrado por los magistrados Carlos Carrillo González, Juan Antonio Poblete Méndez y Rossana Costa Barraza, considerando 64: “nos encontramos con un grupo de personas ligadas fundamentalmente por lazos familiares y en el caso de dos imputados, favorecidos por la vecindad, en que si bien compartían ciertas características como el modus operandi en la forma de vender y ocultar la droga en la vía pública, carece de la organización que permita determinarlo como asociación en términos jurídico penales, en que uno o alguno de sus miembros ejerciera efectivamente preponderancia sobre los otros; más bien existió una protección integral del grupo que no amerita una sanción por separado sino la agravación de la pena por esta vía y de la forma como se señala en el artículo 19 letra a) de la ley N°20.000.

Es así que se estableció la existencia de un grupo de personas coordinadas para la venta de droga, mas no que obedecieran las órdenes impartidas por una líder [...], éstos más bien aportaban sus influencias y sus contactos con funcionarios policiales y con ciertos proveedores que eran compartidos, pero no en el nivel organizado que se ha pretendido por el Ministerio Público y la parte querellante.

Tal como se dijera anteriormente, la idea de asociación implica la existencia de un orden, una organización interna, con cierto nivel jerárquico, con división de roles y funciones con una cierta estabilidad temporal que no se dan en la especie.

Así entonces cabe resaltar que la inclusión de esta agravante tiene la finalidad de lograr la imposición de penas de mayor entidad en caso de comprobarse la existencia de una asociación de personas que no llegue a configurar una asociación ilícita”.

49 Ver también n. 18.

50 Sentencia RUC N°0901120081-5, de fecha 13 de enero de 2012 (ver n. 21), considerando trigésimo tercero. “En la actualidad, se advierte que se evoluciona a la creación de emprendimientos colectivos que buscan un fin determinado en el mercado, para lo cual se organizan o crean, ya no con tanta regulación interna o estatutos incólumes en el tiempo, con escala de sanciones, disciplina estricta y obediencia devota, sino que al contrario, es cada vez más frecuente observar que se tiende a conseguir grupos afiatados de personas comprometidas, orientadas a la ganancia grupal, interrelacionados más por

“Esa tendencia, no tiene porque ser tan distinta a la que opera en clandestinidad para fines delictivos en que más que el conocimiento de todos sus miembros entre sí, se requiere la conciencia de estar formando parte de un mismo plan que llevan a cabo varias personas. [...] Sin embargo, ello no quiere decir que deba probarse un estatuto jerárquico ejercido a través de órdenes y sanciones disciplinarias extremas, sino que lo esencial es la distribución de funciones bajo un *centro de dirección* o mando que planifique las tareas y distribuya funciones como mejor se requiera para los fines de la organización y que a su vez, pueda relacionarse paralelamente con otros miembros de la misma, justamente para mejor coordinación de las tareas a realizar”.⁵¹

Las empresas evolucionan de acuerdo con un mercado más competitivo (tanto por la acción de otros competidores como la del Estado), en el que se requieren formas de organización más eficientes. Esto genera dificultades para la persecución penal, por lo que se requiere contar con mayores capacidades durante la investigación para enfrentar en el juicio oral a imputados con mayores conocimientos y un mejor relato de la defensa⁵². Justamente, es en este marco donde se insertan los programas computacionales i2, como herramientas novedosas y de gran utilidad para el trabajo del Ministerio Público.

sus funciones que por una escala de mando, en que más que reglas existen objetivos y en que la forma en que se concreten no importa tanto. También se puede observar que para abaratar costos, muchas veces las empresas externalizan funciones en otras, interrelacionándose para lograr su objetivo, sin que por ello se entienda que desaparezca la primera como tal, ella sigue existiendo, sigue operando pero ahora encarga ciertas labores a otros, que no son parte de la primitiva”.

- 51 Y luego continúa: “Por otra parte y en la especie, no debe perderse de vista que se trata de establecer la existencia de una asociación u organización que no se dedica a cualquier tipo de delito de la ley 20.000 sino que concretamente a la internación o importación de grandes cantidades de droga desde el exterior a territorio nacional, de modo que es lógico que exista una transacción de ella a través de dos o más personas en un plano de igualdad, esto es, vendedores, dueños de la droga, antes de la entrega y compradores que se convierten en propietarios, después de su transferencia”.
- 52 Así como el Fiscal y la defensa deben articular una explicación del análisis de la prueba, el tribunal tiene la obligación de motivar su decisión bajo la premisa de que debe hacerse cargo de todas las alegaciones y prueba rendida: “La motivación es fundamentalmente explicación de la decisión [...] constituye el porqué de la decisión pero no la forma de llegar a ella” (LÓPEZ BARJA, Jacobo, Tratado de Derecho procesal penal, Thompson Aranzadi, Navarra 2004, p. 1389).

LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE DESVÍO DE PRECURSORES QUÍMICOS

Lorena Rebolledo Latorre¹

I. Menciones relativas a la prueba indiciaria, indirecta, circunstancial o conjetural

A diferencia de lo que ocurre con la prueba directa que permite al órgano jurisdiccional entrar en contacto con el hecho probatorio, y en definitiva la obtención de “una referencia del delito mismo”², la prueba indiciaria es aquella que tiene por finalidad “demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados –indicios– y el que se trate de probar –delito–³”.

El Tribunal Constitucional de España, en el primer fallo dictado sobre esta materia “declaró que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se funde sobre la base de una prueba indiciaria; pues prescindir de la prueba indiciaria conduciría en ocasiones a la impunidad de ciertos delitos, especialmente los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social”⁴.

Ahora bien, nos parece del mayor interés mencionar la importancia que ha cobrado la prueba indiciaria en estos últimos años. Un claro ejemplo lo encontramos con la dictación de la “Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños”, también denominada Convención de Palermo del año 2000, publicada en el Diario Oficial con fecha 16 de febrero de 2005⁵. En este tratado, se hace un reconocimiento expreso de la procedencia de esta prueba en el ilícito de participación en un

- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Jauchen Eduardo M.: “Tratado de la Prueba en Materia Penal”. Rubinzal - Culzoni, Editores. Buenos Aires, Argentina. 2006. P. 25.
- 3 Rives Seva Antonio Pablo, Director: “La Prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”. Editorial Aranzadi SA. 4ª edición. España. 2008. P. 233.
- 4 Rives, ob. cit. P. 234.
- 5 Decreto N°342, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

grupo delictivo organizado y en el delito de lavado de activos. Así podemos observar:

Artículo 5. Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado

*Nº2: El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo **podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas**⁶.*

Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito

Nº2: Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:

*f) El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo **podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas**⁷.*

En nuestro país, en materia penal rige el denominado sistema de valoración de la prueba “de la sana crítica”. El Código Procesal Penal dispone en el inciso 1° del artículo 297:

Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

En efecto, la sana crítica contempla la valoración libre de la prueba, producida e incorporada en el proceso penal, pero con límites por cierto, mencionados en el acápite anterior. “De acuerdo a lo señalado por Couture, la sana crítica está integrada por reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y lugar; pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”⁸.

En este orden, el artículo 295 del CPP establece:

“Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”.

De esta forma, entendemos que en el sistema procesal penal chileno, posee especial trascendencia la prueba de indicios, es decir, aquel cúmulo de hechos presentes en una investigación penal, de los cuales se desprenden o infieren hechos desconocidos encaminados a construir la verdad judicial.

6 Negrilla añadida.

7 Negrilla añadida.

8 Maturana Miquel Cristián; López Montero Raúl: “Derecho Procesal Penal”. Tomo II. Editorial LegalPublishing. 1ª edición. 2010. Santiago, Chile. P. 922.

II. La figura penal de desvío de precursores químicos y la jurisprudencia

El delito de desvío de precursores químicos se encuentra descrito y sancionado en el artículo 2° de la Ley N°20.000⁹ de la forma que sigue:

“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”.

El tipo subjetivo doloso se encuentra presente en la frase “con el objetivo de destinarlos (los insumos químicos¹⁰) 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”. Es decir, realizar cualquiera de las hipótesis conductuales que señala la ley –transportar por ejemplo– con el objetivo de apartar del mercado lícito aquellas sustancias químicas per se lícitas.

Asimismo, la norma contempla el castigo, por la mera imprudencia en el actuar del sujeto activo, esto es, “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”.

Volviendo al tema que nos convoca, daremos revista a la reciente sentencia condenatoria, dictada por el Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Santiago¹¹, haciendo énfasis en el análisis del juzgador respecto a la valoración de la prueba rendida.

En el juicio se logró probar, más allá de toda duda razonable, llegando al estándar exigido por la legislación adjetiva penal para la comprobación del hecho punible y la participación criminal¹², la posesión y transporte doloso

9 “Que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2005”.

10 Paréntesis añadido.

11 RUC 1001050726-5, RIT 119-2011, de fecha 28 de septiembre de 2011.

El 8 de octubre de 2011, la defensa del imputado V.E.G.G, interpuso recurso de nulidad para ante la Excma. Corte Suprema, el cual fue rechazado. Lo mismo ocurrió con su adhesión.

12 Véase el artículo 340 del Código Procesal Penal.

de la sustancia química sujeta a control por la Ley de Drogas, carbonato de sodio¹³ (denominación del producto: Ceniza de Soda o Sosa). Asimismo, uno de los imputados fue castigado por la figura imprudente del mencionado artículo 2°, inciso 2°, de la Ley N°20.000.

El tribunal al apreciar la prueba rendida, refiere pormenorizadamente cada uno de los indicios que sirvieron de base a la construcción del tipo penal¹⁴:

1. Respecto del acusado V.E.G.G.;

1.1 Primer indicio: éste “aparece de forma casual y está constituido por la compra en tres ocasiones durante el año 2010 de más de 25 toneladas en total del precursor carbonato de sodio, realizadas por sí y para sí por el imputado¹⁵ ya individualizado”. Lo anterior se fundamenta a través del testimonio de una vendedora de la empresa química, quien efectuó ventas de carbonato de sodio al imputado, y con prueba documental que da cuenta de las operaciones de compraventa.

1.2 Segundo indicio: se conforma por el aporte de antecedentes personales incorrectos o falsos por el acusado V.E.G.G., en cuanto a su domicilio laboral y giro comercial. Además, el Servicio de Impuestos Internos informó que el acusado no registraba actividad económica entre los años 2008 y 2010. Lo anterior, se acreditó mediante prueba testimonial y documental (set fotográfico).

1.3 Tercer indicio: entregado por uno de los funcionarios policiales, el cual dio cuenta de la visita en la cárcel de Arica, del imputado V.E.G.G. a un sujeto condenado por el delito de desvío de sustancias químicas sujetas a control.

1.4 Cuarto indicio: modalidad de compra inusual en atención a las cantidades adquiridas por el imputado V.E.G.G., quien además pagó con dinero en efectivo y retirando de manera personal la mercancía. Este antecedente fue proporcionado por un testigo quien indicó “que lo común, en esa cantidad de sustancia, es que el traslado se realice por vía de “despacho” y que, a excepción de la primera compra, las demás sean -y resultaba más lógico- realizadas mediante documentación”.

En este punto, queremos mencionar cómo analiza el sentenciador, mediante un juicio de inferencia, el conjunto de hechos conocidos, para llegar a la convicción de la ocurrencia del hecho punible y la participación que le ha cabido al imputado V.E.G.G.:

13 12.500 kilogramos.

14 Considerando sexto.

15 V.E.G.G.

“-Cada uno de los tópicos que se analizan puede resultar insuficiente para dar por establecido el hecho y la responsabilidad de V.E.G.G.¹⁶ en el mismo, sin embargo, el análisis pormenorizado y conjunto es lo que logra construir el tipo penal de manera indubitada para el Tribunal, desde que, el acusado V.E.G.G. adquiere grandes cantidades de una sustancia controlada por la Ley 20.000 indicando un domicilio comercial que no es tal, una actividad económica que jamás ha desarrollado, cancelando con sendas sumas de dinero en efectivo, y luego de adquirida, la traslada personalmente hasta la ciudad de Iquique y la trasvasija en horas de la noche y en una situación de manifiesta clandestinidad hacia un segundo camión Tolva que resulta interceptado poco antes de llegar a la frontera, en un camino que sólo conduce a Bolivia.

A todo lo anterior se unirá el que V.E.G.G., no se encuentra inscrito en el registro especial de usuarios de sustancias químicas controladas, conforme reza el OFICIO N°1798, de fecha 17 de noviembre de 2010, remitido por Pablo Carvacho Traverso, Jefe del Área de Control de Conace y, que registra, a lo menos, una visita durante el período al ciudadano boliviano Edwin Choque, detenido por el delito que hoy se le imputa, precisamente, a V.E.G.G.

Recordemos finalmente que el acusado, no controvierte los hechos en su declaración e indica que sería un ciudadano boliviano de nombre Jaime Cruz quien le habría realizado el encargo de la adquisición de la sustancia química; que cuando resultó fiscalizado por personal aprehensor, fue detenido y jamás opuso resistencia al procedimiento, como tampoco el día de la audiencia, intentando colaborar por medio de su declaración ofrecida como medio de defensa en los términos del artículo 326 del Código Procesal Penal. Sin embargo, esta declaración resulta inverosímil, si tomamos en cuenta que son los propios funcionarios policiales –en especial LUIS DÍAZ VALENCIA– los que refieren que dicha operación comercial puede realizarse en ciudades como Iquique, que cuentan con empresas que venden el mismo producto y al mismo precio, siendo frecuente que quienes se dedican al desvío de precursores prefieran comprar estas sustancias en Santiago, por existir en esta última ciudad menos resguardo y requerimiento de información y fiscalización por parte de las empresas a los compradores”¹⁷.

2. Respecto del acusado E.F.Y. (nacionalidad boliviana);

2.2 Primer indicio: declaración inverosímil del acusado; el relato fue carente de lógica y sentido. A mayor abundamiento, se trató de dichos contradictorios que fueron evidenciándose con la rendición de la prueba.

16 Apellido del imputado sustituido por su nombre completo en iniciales. Esto se realizó en todo el texto citado de la sentencia.

17 Considerando 6°.

2.3 Segundo indicio: relato de diversos funcionarios especializados¹⁸ de la Policía de Investigaciones de Chile (PDI), quienes dieron cuenta que el dueño de la mercancía transportada era el imputado E.F.Y, y que éste, no está registrado ni autorizado en Bolivia para operar con insumos químicos controlados.

En relación a estos indicios el tribunal declara:

“-A todo lo anterior se unirá el que, si aceptáramos que E.F.Y¹⁹ no era el dueño de la carga, surge siguiente la interrogante: ¿Por qué el verdadero propietario le confía el traslado de la misma hasta Bolivia?, y la respuesta necesariamente nos conduce al conocimiento –elemento subjetivo– que exige la norma para configurar el tipo penal previsto en el inciso primero del artículo 2° de la Ley 20.000, toda vez que lo anterior significaría que el dueño de la carga confió en este acusado y le asignó esta labor como una suerte de “garante” de la operación, situación que lo hace también caer en calidad de autor material del ilícito propuesto por el Ministerio Público.

-Finalmente, y según los testimonios de los funcionarios policiales ya aludidos, E.F.Y no está registrado ni autorizado en Bolivia para operar con este tipo de sustancias”²⁰.

3. Respecto del acusado J.M.G.C.;

3.1 Primer indicio: considerando el tribunal la actividad laboral que desarrolla el imputado -chofer de camiones- infiere que según su experiencia como tal, más o menos diez años en el rubro, sabía necesariamente que la carga -carbonato de sodio– no puede ser transportada ni menos sacada del país sin la respectiva documentación, por lo que al menos debiera haber sabido que lo trasladado tenía un carácter ilícito.

3.2 Según indicio: argumenta el tribunal que “-Lo anterior se desprende inequívocamente además cuando al ser fiscalizado mientras conducía el camión Tolva, niega en principio el traslado de algún tipo de mercadería, como explicitaron los testigos **PANOZO ÁVILA y PÉREZ SALINAS**, ¿Por qué negaría el transporte de carga si no teme que ésta sea irregular?”²¹.

No obstante lo señalado, el juzgador aplica respecto a este imputado el tipo penal descrito y sancionado en el inciso 2° del artículo 2° de la Ley N°20.000, es decir, **la figura culposa de desvío de precursores**, estimando que el cúmulo

18 La policía civil especializada en el área de químicos se denomina DISUQ: “Departamento de Investigación de Sustancias Químicas”.

19 Ídem cita N°16.

20 Considerando 6°.

21 Considerando 6°.

de antecedentes allegados al juicio no permitieron acreditar el conocimiento del destino de esta sustancia química por parte del imputado.

Elementos comunes respecto a todos los imputados, apreciados por el tribunal para concluir su decisión de condena:

- a) Trasvasije en horas de la noche, en situación de clandestinidad.
- b) La inexistencia de inscripción en el “Registro Especial de Usuarios de Sustancias Químicas Controladas” respecto de los sentenciados V.E.G.G. y J.M.G.C., así como la falta de autorización para realizar operaciones con sustancias químicas controladas del acusado E.F.Y.
- c) La circunstancia de compra del carbonato de sodio en la ciudad de Santiago, en razón de que en la ciudad de Iquique, “del trasvasije”, se vende a un precio casi idéntico al de ésta. Uno de los testimonios explica que ello se debería al mayor control que existe en el norte del país, lo que llevaría a complejizar las operaciones de desvío.
- d) Set fotográficos, acta de recepción y protocolos de análisis de los químicos, éstos últimos confirman la naturaleza de la sustancia incautada²².

Algunas consideraciones del tribunal respecto al tipo penal²³

El Tribunal Oral trata al desvío de precursores como actos preparatorios especialmente punibles, en el cual existe multiplicidad de verbos rectores, presentando como dificultad el que la mayoría de las pruebas suele tener un carácter indiciario, por lo que la estructura lógica en la apreciación de la prueba resulta vital en la construcción del tipo.

En relación a este tópico, Politoff, Matus y Ramírez²⁴ señalan que “la naturaleza de acto preparatorio especialmente punible de esta figura 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 en ella” y el peligro que se pretende evitar –el tráfico ilícito de estupefacientes”.

22 La pericia practicada por el Instituto de Salud Pública de Chile, confirmó la presencia de carbonato de sodio en las muestras aleatoriamente analizadas (conforme a las recomendaciones de las Naciones Unidas). En consecuencia, nos encontramos dentro del listado del Decreto N°1.358, que establece medidas de control de precursores y sustancias químicas esenciales.

23 Considerando 7°.

24 Politoff/Matus/Ramírez: “Lecciones de Derecho Penal Chileno” Parte Especial. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2004. Pp. 599 y 600.

Por otro lado, el juzgador al referirse al tipo imprudente arguye que “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 consiente (SIC)”, de la cual luego busca reportar provecho”.

En esta parte, nos parece necesario hacer notar que el “Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves”²⁵, de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la Organización de Estados Americanos (OEA), utiliza la expresión “ignorancia intencional” en la descripción del delito de lavado de activos, interpretándola para efecto de este instrumento como dolo eventual.

Refuerza lo anterior el Manual de Apoyo para la Tipificación del Delito de Lavado²⁶ de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la Organización de Estados Americanos (OEA), al referirse a la ignorancia intencional de la siguiente forma: “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”. Según el Dr. R. Franzini-Batlle “la palabra intencional, en este contexto, permite afirmar, sin hesitación, que nos encontramos frente a un delito doloso”²⁷.

Regresando al razonamiento del tribunal sobre la ignorancia consciente²⁸, y haciendo una equivalencia de esta expresión a la ignorancia intencional o deliberada, podemos mostrar discrepancia en cuanto a que estaríamos ante una conducta imprudente o culposa. Manifestamos, entonces, nuestro acuerdo con la teoría angloamericana de la “willful blindness”²⁹ o la llamada “teoría de la ignorancia deliberada, para resolver “aquellos supuestos en los que el sujeto

25 Artículo 2°.

26 http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Manual%20tipificacion.dot

27 Franzini-Batlle Rafael: “Lavado de Dinero y Secreto Bancario”. Diciembre de 1996. P. 19 (Cita extraída del Manual).

28 Según el Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, la palabra “consciente” tiene las siguientes acepciones: 1. Que siente, piensa, quiere y obra con conocimiento de lo que hace. 2. Dicho de una cosa: Que se hace en estas condiciones. 3. Con pleno uso de los sentidos y facultades. <http://www.rae.es>

29 “La cuestión acerca del tratamiento jurídico de los desconocimientos provocados viene suscitando desde hace más de cien años un interesante debate tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de los Estados Unidos de América y, en general, en los sistemas de common law. En estos países se emplean expresiones diversas para hacer referencia a estas situaciones, como, entre otras, willful ignorance, willful (o wilful) blindness, contrived ignorance o deliberated ignorance. Con todas ellas se alude a aquellos supuestos en los que –como refleja el expresivo término blindness –un sujeto se coloca deliberadamente a sí mismo en una situación de “ceguera” ante las circunstancias de sus propios

activo de un delito ha renunciado voluntariamente a adquirir los conocimientos que, en caso de haber tenido en el momento de realizar el tipo, habrían dado lugar sin duda a una imputación dolosa³⁰. En consecuencia, podríamos decir que se trata de casos en los cuales existe una situación de correspondencia, entre el desconocimiento deliberado y el dolo.

El Tribunal Supremo Español desde el año 2000 viene dando aplicación a la mentada teoría, en especial para casos complejos, tales como tráfico de droga y lavado de activos. A modo de graficar esto, podemos citar la sentencia de fecha 30 de abril de 2003, en la cual “se desestima la alegación de un sujeto que fue detenido cuando transportaba droga y que afirmó en su descargo haber creído que se trataba de dinero objeto de blanqueo en lugar de sustancia estupefaciente. Según la Sala, la ignorancia deliberada que concurre en estos casos viene a ser un equivalente del conocimiento actual³¹:

“La explicación de que el objeto del viaje era blanquear unos millones de ptas. en Canarias no se compadece ni con la presencia de una maleta rígida con el sobrepeso de los tres kilos y medio de cocaína que ocultaba, pues el hipotético dinero a transportar no pesaría más de medio kilo, ni tampoco se compadece con el importe que iba a recibir por dicho transporte pues ni era precisa tan rocambolesca operación ni es ilícito llevar tal cantidad de una parte a otra del territorio nacional, ello le llevó a la Sala sentenciadora a estimar acreditado el elemento interno del conocimiento de la realidad de lo transportado. A la misma conclusión se llegaría por virtud del principio de “Ignorancia Deliberada” según el cual, quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, no puede alegar ignorancia alguna y, por el contrario debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar”.

III. Conclusión

En estas líneas, hemos intentado mostrar la relevancia de la prueba indiciaria en la investigación y juzgamiento del tipo penal de desvío de precursores químicos.

Nuestro país ha formado una sólida doctrina en torno a este tipo de probanza, dada la experiencia adquirida en estos últimos años, en especial bajo la vigencia de la reforma procesal penal, período en el cual ya sumamos una treintena de condenas por el delito en comento, desde fallos de juzgados de garantía hasta sentencias pronunciadas por tribunales superiores, en los cuales se ha confirmado el pronunciamiento del tribunal a quo³².

hechos”. Ragués I Vallès Ramón: “La ignorancia deliberada en Derecho Penal”. Editorial Atelier. Barcelona, España. 2007. P. 63.

30 Ragués, ob. cit. P. 22.

31 Ragués, ob. cit., p. 33 (Véase cita N°17).

32 Véase la sentencia sobre desvío de precursores y sustancias químicas esenciales, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, Chile, ROL 21-2007-Reforma, de 23 de

Ahora bien, en cuanto a los indicios que han sido considerados por el tribunal, para dar por establecido el hecho punible y la participación criminal, podemos citar muchos. A modo ejemplar señalaremos:

- La clandestinidad en el traslado de sustancias químicas;
- El medio de transporte utilizado (sin la documentación respectiva y sin las medidas de seguridad exigidas);
- El horario del transporte;
- La zona geográfica como destino final de la sustancia química;
- La inexistencia de negocios (giro comercial) o empresas lícitas;
- Utilización de empresas de fachada;
- La adulteración de registros de importación y exportación y facturas;
- Los vínculos con traficantes o desviadores de sustancias químicas;
- Los pagos en efectivo; el retiro de los productos, por terceros o intermediarios;
- Los rótulos o etiquetados falsos o genéricos;
- Los testimonios de los acusados carentes de lógica y verosimilitud;
- Aporte de datos personales incorrectos o falsos;
- Compras de cantidades de insumos químicos inusuales o sin justificación;
- Ausencia de autorización para operar con sustancias químicas; etc.

Empero, con todo, si el sentenciador no efectúa un acucioso **proceso lógico de deducción –vinculando los múltiples indicios entre sí y con el hecho a probar–**, atendiendo de igual forma, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos afianzados, no habremos de llegar a los resultados judiciales esperados.

febrero de 2007, y la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, Chile. RUC 0510007329-5, RIT 124-2006, de fecha 17 de julio de 2007. Ambos fallos corresponden a un mismo caso, ya que se trató de un recurso de nulidad acogido, anulándose por consiguiente, la sentencia y el respectivo juicio oral.

RECURSO DE NULIDAD ACOGIDO POR LA CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, INTERPUESTO POR LA FISCALÍA DE TARAPACÁ, EN CONTRA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE IQUIQUE, EL CUAL RECALIFICÓ A LA FIGURA DEL ARTÍCULO 4° DE LA LEY N°20.000, EL TRANSPORTE DE UNA CONSIDERABLE CANTIDAD DE DROGA

Juan Castro Bekios¹

I. Antecedentes

La Fiscalía Local de Pozo Almonte presentó acusación por el delito previsto y sancionado en el artículo 3° en relación al artículo 1° de la Ley N°20.000, a saber, tráfico ilícito de drogas, por cuanto el día 5 de marzo del año 2011, siendo aproximadamente las 20:15 horas, personal del Servicio de Aduanas, que se encontraba apostado en la Avanzada Aduanera de Quillagua, controló a los pasajeros del bus de la empresa Pullman Bus, y entre ellos al acusado Raúl Armando Gálvez Guerrero, quien fue sorprendido portando al interior de un banano dos paquetes engüinchados contenedores de cocaína base, además de encontrarle dos más, uno en cada bolsillo interior de su chaqueta, ascendiendo el contenido de todos éstos a dos kilos ochocientos gramos de cocaína base.

La mentada acusación fue conocida en audiencia de juicio oral, la que se siguió ante el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, quien conoció de la prueba de cargo presentada por la Fiscalía y entre ella, con el fin de acreditar el objeto material del delito, se rindió prueba pericial consistente en la declaración del perito del Instituto de Salud Pública, mediante la modalidad prevista en el artículo 315 del Código Procesal Penal, pericia que arrojó como resultado que la sustancia incautada correspondía a cocaína base con un 2% de pureza.

Una vez concluido el juicio y dictada la sentencia por el aludido Tribunal Oral, éste tuvo como hechos acreditados durante el juicio: *“El día 05 de marzo de 2011, siendo las 20:15 horas aproximadamente, personal del Servicio Regional de Aduanas apostado en la avanzada aduanera de Quillagua, controló a los pasajeros del bus de la empresa Pullman Bus, y entre ellos al acusado Raúl Armando Gálvez Guerrero, quién fue sorprendido portando cuatro paquetes contenedores de una sustancia con un peso aproximado de 2.095 gramos, de los cuales un 2% era cocaína base”*². Nótese, desde ya, la redacción utilizada por los sentenciadores, la que

1 Abogado Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica y Comunicacional, Fiscalía Regional de Tarapacá, Ministerio Público.

2 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 1110007238-8, RIT 264-2011, de veintiséis de septiembre de dos mil once, considerando 9°.

nos da luces acerca de cómo el Tribunal Oral, a la hora de calificar jurídicamente los hechos, consideró sólo una porción del total de la droga incautada, lo que redundará, como se verá mas adelante, en la forma en que el tribunal llegó a establecer los hechos de dicha manera y cómo los razonamientos y conclusiones que se extraen a partir de dicha redacción, a juicio de la Corte de Apelaciones no se ajustaron a lo previsto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, toda vez que el grave daño a la salud pública que representa el alcaloide incautado, no depende de la pureza o concentración que éste posea.

II. La sentencia, el recurso de nulidad y sus causales

El fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, conforme a los hechos que tuvo por acreditados, los calificó como constitutivos del delito previsto en el artículo 4° de la Ley N°20.000, esto es, tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas. Merece la pena subrayar que para ello el Tribunal fundamentó su decisión en el considerando noveno, exponiendo: *“En este juicio, si bien el monto total de la sustancia incautada alcanzó los 2.095 gramos, la cantidad en infracción ha de limitarse al 2% de su contenido, de acuerdo al resultado de la pericia química incorporada, que determinó que se trata de cocaína base de una pureza del mismo porcentaje, droga incluida en el listado 1 del Reglamento de la ley en referencia, lo que da un aproximado de 40 gramos de dicho alcaloide, y ello, por desconocerse la naturaleza y eventual toxicidad de los otros 2.045 gramos de la materia incautada, al no dar cabal cumplimiento el experto a lo ordenado en el artículo 43 de la Ley 20.000 para determinar los componentes tóxicos o psicoactivos asociados, a lo que debe unirse la circunstancia de que tal gramaje, para estos efectos, estaba distribuido dentro del resto de la sustancia, lo que en definitiva representó una puesta en riesgo o peligro de menor intensidad para el bien jurídico salud pública, protegido de igual manera por las dos figuras penales en análisis, perspectiva desde la cual la decisión por el tipo privilegiado del artículo 4° resultó para los juzgadores más acorde con el principio de proporcionalidad de la sanción en relación al daño que pudo causarse”*.

Ante este adverso resultado para los intereses del Ministerio Público, se impugnó la sentencia dictada por el Tribunal Oral de Iquique, a través de la interposición de un recurso de nulidad, con el fin de obtener la invalidación de la sentencia y del juicio. Dicho recurso se fundamentó aduciendo dos causales de dicho arbitrio procesal, las que se invocaron de forma subsidiaria, a saber, la establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia que influyó en lo dispositivo del fallo, en relación a los artículo 3° y 4° de la Ley N°20.000 y, por otra parte, el motivo absoluto de nulidad previsto en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, el cual a su turno dispone que el juicio y la sentencia serán siempre anulados cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letra c), del aludido código, esto es, la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favora-

bles o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del mismo cuerpo legal.

Consecuente con lo anterior, conforme a las causales de nulidad esgrimidas en el recurso interpuesto con el objeto de revertir lo resuelto por el Tribunal Oral, acerca de la primera de ellas, esto es, la errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia, nos interesa destacar, entre otros argumentos, cómo la calificación jurídica de los hechos como constitutivos del delito establecido en el artículo 4° de la Ley N°20.000 a la que arribó el Tribunal fue incorrecta. Se arguyó que conforme al texto de dicho precepto legal, en la redacción del tipo penal se emplea un concepto de aquellos llamados **regulativos**, al utilizar en dicha norma las expresiones “pequeñas cantidades”. En este orden de ideas, como lo ha señalado la Excma. Corte Suprema, “*el legislador ha empleado un concepto de los denominados “regulativos”, mediante las expresiones “pequeñas cantidades”, que prefirió no definir o explicitar y dejar entregada la determinación de su sentido y alcance a los jueces en cada caso concreto; como lo ha declarado este tribunal, la precisión de las circunstancias bajo la cuales resulte político-criminalmente apropiado reducir la penalidad asignada ordinariamente al tráfico ilegal de drogas, tiene necesariamente que hacerse atendiendo a los factores de hecho concurrentes en el supuesto específico de que se trata, de manera que la facultad para así proceder ha de entenderse conferida a los tribunales que se encuentran en posesión de tales antecedentes fácticos y en condiciones de evaluarlos a la luz de las normas jurídicas que rigen el caso. Por ello, en el ejercicio de esa atribución, deben gozar de una amplia flexibilidad y discrecionalidad, desde que los mencionados “conceptos regulativos” son puramente formales y neutrales, no procuran normas ni son constitutivos para la sentencia*”³.

El mismo fallo del máximo tribunal agrega: “*lo anterior no significa que al emitir sus decisiones los tribunales no puedan apartarse de las directrices ofrecidas por el “principio regulativo” e incluso, que lo efectúen de manera tan manifiesta que, en verdad, configure una auténtica falta o abuso grave, si la decisión adoptada contradice totalmente el sentido de tal orientación*”⁴. De hecho, la Excma. Corte Suprema en dicho fallo consideró que la cantidad de 67, 51 gramos de clorhidrato de cocaína que se encontró como resultado de la investigación en dichos autos, podía razonablemente no ser considerada como “pequeña” o de “poca importancia”, subrayando dentro de los razonamientos del fallo, que ello a pesar de tratarse de una concentración (pureza de la droga) reducida, considerando para esto especialmente la aptitud para ser dosificada en un número significativo o importante de dosis o “papelillos”.

3 Excma. Corte Suprema, sentencia Rol 1506-05, dos de enero de dos mil siete, considerando 4°.

4 Excma. Corte Suprema, sentencia Rol 1506-05, dos de enero de dos mil siete, considerando 5°.

En efecto, el empleo en la norma de la Ley N°20.000 del concepto “pequeñas cantidades” constituye un criterio cuantitativo indefinido que forma parte de aquello que la doctrina ha designado como principios o conceptos regulativos -a diferencia de las cláusulas normativas estrictas-, que constituyen orientaciones donde se instruye para recurrir en un fenómeno concreto. En este mismo orden de ideas, por intermedio del uso de estos conceptos el legislador entrega a los jueces del fondo la posibilidad de desarrollar la norma legal con un criterio judicial a partir del caso concreto, atendiendo a una multiplicidad de factores indeterminados teóricamente y cambiantes que no permiten una generalización normativa adecuada.

Pasando a otro orden de ideas, en el contexto del primer motivo de nulidad, se esgrimió además, que para comprender cuál fue la intención del legislador al introducir la figura del artículo 4° de la Ley 20.000, siguiendo en ello a POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ⁵, conviene considerar el Mensaje N°232-241 con que se acompañó el proyecto de la Ley N°20.000 al Congreso Nacional, según el cual el propósito fue ofrecer a los tribunales la posibilidad de imponer una pena inferior a aquellas personas que trafican con pequeñas cantidades de drogas en poblaciones urbanas, conocidos como “*deallers*” callejeros, puesto que la rigidez de la anterior legislación no facultaba a los jueces a imponer una pena inferior a aquellas personas que traficaban con pequeñas cantidades de drogas. Siguiendo esta línea argumentativa, una vez introducida la figura del artículo 4° de la Ley 20.000, el problema interpretativo se redujo a la intelección de la expresión “pequeña cantidad”. Ahora bien, según los referidos autores la dificultad dogmática está en qué debe entenderse por “pequeña cantidad”.

Así, se planteó en el recurso que resulta evidente a la luz de lo dicho precedentemente, que la calificación por la que optó el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique es errónea, pues 2.095 gramos netos de droga en total, están muy lejos de poder considerarse una “pequeña cantidad”.

En síntesis, se sostuvo en el recurso que en la definición de la fórmula pequeñas cantidades, los jueces del Tribunal Oral en lo Penal contravinieron el texto legal formal, y en consecuencia, su decisión es susceptible de anularse por esta vía extraordinaria recursiva.

A su turno, tratándose de la causal establecida en el artículo 374 letra e), en relación al artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal, los principales fundamentos esgrimidos por el Ministerio Público discurrieron sobre la base de los hechos que erróneamente fueron acreditados por el Tribunal a quo en la sentencia. En efecto, al señalar en el motivo noveno de su sentencia como hechos acreditados que: “*el día 5 de marzo de 2011, siendo las 20:15 horas aproximadamente, personal del Servicio Regional de Aduanas apostado en la avan-*

5 Cfr. POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Editorial, p. 583 ss.

zada aduanera de Quillagua, controló a los pasajeros del bus de la empresa Pullman Bus, y entre ellos al acusado Raúl Armando Gálvez Guerrero, quién fue sorprendido portando cuatro paquetes contenedores de una sustancia con un peso aproximado de 2.095 gramos, de los cuales un 2% era cocaína base”, el tribunal realiza una inusual división aritmética sobre el total de la sustancia incautada en el respectivo procedimiento, consecuente con lo cual efectúa una rebaja artificiosa del peso y por ende de la cantidad de sustancia ilícita incautada. Mediante este particular razonamiento el Tribunal extiende el manto de aplicación de la figura típica del artículo 4° de la Ley N°20.000, para poder encuadrar típicamente en él la cantidad de droga que nos ocupa. Como corolario de lo anterior, funda su convicción en la pequeña cantidad de droga que mediante este arbitrio se habría decomisado y en una puesta en riesgo o peligro de menor intensidad para la salud pública.

Frente a este razonamiento la Fiscalía impugnó dichas conclusiones señalando que lo acreditado por el tribunal en cuanto a la naturaleza y cantidad de la sustancia incautada no es congruente con aquello que se desprende de los medios probatorios en que se sustentaron estas conclusiones, Así, en lo fundamental, el acta de recepción de droga del Servicio de Salud de Iquique, indicó que el peso de la sustancia incautada fue de 2.095 grs., la que correspondía a cocaína base, con una valoración de 2% (pureza), según el protocolo de análisis químico, en otras palabras, la droga que se incauta son más de dos kilos de cocaína base con un 2% de pureza y no como de forma inconsistente pretendió concluir el Tribunal a quo, a saber, que del total de la droga decomisada únicamente 40 gramos de ésta corresponde a cocaína base y el total restante a una sustancia de otra naturaleza. A lo anteriormente señalado, debe necesariamente añadirse que lo que permitió establecer el medio probatorio antes aludido adolece de una diferencia sustancial y ostensible con la fórmula de redacción que utilizó el tribunal a la hora de establecer los hechos que se tuvieron por acreditados en el juicio. Dicho razonamiento y las conclusiones a las que se arriban a partir del mismo, infringen tanto las reglas de valoración de la prueba como lo dispuesto en el Art. 342 letra c) del Código Procesal Penal, cuando tiene por establecidas unas circunstancias fácticas diversas y extramuros de lo probado en juicio, toda vez que el Tribunal Oral arriba al tajante colofón que del total de la sustancia ilícita en cuestión sólo un 2% correspondía a cocaína base, cuando debió haber asentado que la sustancia incautada consistía en cocaína base de una valoración del 2% con un peso neto de 2.095 grs., lo que muta la esencia de la calificación de estos hechos como un tráfico ilícito de drogas y no un tráfico de pequeñas cantidades de las mismas.

A su vez, se argumentó que el razonamiento del tribunal infringió las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados al concluir que por la baja pureza de la droga, existió una puesta en riesgo o peligro de menor intensidad para el bien jurídico salud pública, siendo por ende la calificación efectuada más acorde con el principio de proporcionalidad de la

sanción en relación al daño que pudo causarse. Sobre el particular la Fiscalía sostuvo que, atendidas las características de la cocaína base, es posible concluir que la pureza no es el factor más importante para determinar su peligrosidad, al existir otras circunstancias que permiten sostener el grave daño que provoca este tipo de sustancia a la salud pública, así por ejemplo, el grave deterioro físico y psíquico que provoca a quienes la consumen, el elevado riesgo de adicción incluso mediante el consumo de pequeñas dosis, su extrema toxicidad agudizada precisamente por las sustancias que se emplean para aumentarla, son razones de público conocimiento respecto de las perniciosas consecuencias que representan estas sustancias para la salud pública.

Finalmente se arguyó que lo usual es que las drogas ilícitas incautadas no poseen un 100 % de pureza, circunstancia que no permite por ello que merme su carácter ilícito y que por otra parte, la pureza no es un factor que determine su toxicidad y peligrosidad para la salud pública, circunstancias que han sido validadas por los conocimientos científicamente afianzados, que postulan que la cocaína se considera un peligro para la salud pública independiente de ésta. En efecto, *“...no existe una concentración o pureza de cocaína que esté permitida o que no esté sujeta a control y sanción por la legislación chilena vigente, considerándose un peligro para la salud pública independiente de su pureza”*⁶.

De este modo, es posible observar que las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados sobre estos aspectos fueron contradichos por lo razonado y concluido por Tribunal Oral. En otras palabras, el porcentaje de pureza de este tipo de drogas no puede ser un factor que determine el mayor o menor peligro para la salud pública, en tanto que tratándose de esta naturaleza de sustancias siempre existe un grave peligro para la salud, lo que en el caso que nos ocupa es notorio por la posibilidad cierta de obtener una gran cantidad de dosis a partir de más de dos kilos de droga que portaba el acusado.

III. El fallo de la Corte de Apelaciones de Iquique Rol N°106-2011, de quince de noviembre de dos mil once

La sentencia fue dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique el 15 de noviembre de 2011, nos corresponde entonces hacernos cargo brevemente del pronunciamiento que la Corte hizo acerca de los dos reclamos, que por vía de recurso de nulidad, el Ministerio Público hizo valer.

En este sentido, luego de realizar una síntesis de las presentaciones y exposiciones orales tanto del Ministerio Público, como de la defensa, haciéndose cargo de la primera causal sustentada por la Fiscalía como recurrente, a saber, la errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia que ha influido en lo dispositivo del fallo, el motivo sexto de la sentencia del Tri-

6 Instituto de Salud Pública, Guía de Pericias Químicas en el marco de la Ley 20.000, p. 26, año 2011.

bunal ad quem, refiere que: “*tal como se ha reiterado en diversos fallos emanados de las Cortes de Apelaciones, que el recurso de nulidad ha sido concebido como uno de derecho estricto, que por su naturaleza y características otorga una competencia limitada a la Corte para la revisión del fallo, encontrándose impedida de realizar una nueva valoración de los distintos elementos probatorios rendidos con el fin de establecer la existencia de otros hechos diferentes a los que fueran determinados en la sentencia que se recurre, no constituyendo una instancia propiamente tal*”⁷. En este mismo sentido, se ha pronunciado también la Itma. Corte de Apelaciones de Rancagua señalando que: “*...tal como ha sostenido esta Corte, el recurso de nulidad se ha concedido como un recurso de derecho estricto, al que se accede solamente en virtud de las causales y para los fines consagrados en la ley: No constituye una instancia en que se puedan revisar los hechos establecidos en el juicio*”⁸.

Continuando con la revisión del fallo que comentamos, el mismo considerando sexto añade que: “*En el caso en cuestión, frente a la solicitud de calificar los hechos y sancionarlos de acuerdo con la figura del tráfico de pequeña cantidad de estupefaciente, contemplado en el artículo 4 de la ley 20.000, los sentenciadores concordaron con dicha pretensión, asilándose en las razones que expusieron, de modo que si la facultad de determinar el significado de pequeña cantidad, es una facultad que compete únicamente a los jueces del fondo, no es posible concluir que ellos hayan efectuado una errónea aplicación de derecho, que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al calificar y sancionar los hechos conforme a la norma legal recién mencionada, por lo que se rechazará el recurso de nulidad intentado por el Ministerio Público, por este capítulo*”⁹.

Las conclusiones a las que arribó la Itma. Corte de Apelaciones de Iquique van en la misma línea de lo que ha sostenido Raúl Tavorari, para quien en el contexto del análisis de las atribuciones del tribunal que conoce del recurso de nulidad en relación a los hechos consignados en la sentencia señala que: “*...no es permitido a la Corte, que conoce del recurso de nulidad, evaluar, valorar o ponderar la prueba, toda vez que esta actividad representa un poder exclusivo y excluyente del Tribunal de Juicio Oral y la nulidad no constituye una apelación*”.

Literalmente, si la Corte asumiera este proceder, desconocería la suprema garantía conferida por el ordenamiento procesal penal a los sujetos: el juzgamiento en juicio oral, toda vez que nadie ignora que éste exhibe como principal característica recibir la prueba, permitiendo a los jueces formarse convicción por la interacción de todos sus sentidos”¹⁰.

7 Itma. Corte de Apelaciones de Iquique, sentencia Rol 106-2011, quince de noviembre de dos mil once, considerando 6°.

8 Itma. Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia Rol 186-2004, diez de enero de dos mil cinco, considerando 3°.

9 Itma. Corte de Apelaciones de Iquique, sentencia Rol 106-2011, quince de noviembre de dos mil once, considerando 6°.

10 Raúl Tavorari Oliveros, “Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos”, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 203.

El mismo autor, al discurrir acerca del recurso de casación en el fondo recogido en el de nulidad añade que: *“...en estas materias el recurso de nulidad no aporta novedades: establecido que no se trata de una apelación, lo que importa afirmar que ha quedado vedado el control acerca de la apreciación de la prueba o, lo que es lo mismo, que el tribunal ad quem no puede efectuar su propia valoración del material probatorio, a fin de establecer hechos diversos a los consignados en el fallo del tribunal a quo, resultará que, invocada la causal contemplada en la letra b) del art. 373, la Corte sólo está autorizada para determinar si respecto de los hechos inamoviblemente sentados por el Tribunal de Juicio Oral, se ha efectuado por éste una adecuada o correcta aplicación del derecho”*¹¹.

Por otra parte, conviene subrayar que de lo expuesto en el motivo sexto del fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique pueden extraerse dos conclusiones, las que llevaron a dicha Corte a rechazar la primera de las causales de nulidad invocadas por la Fiscalía de Tarapacá para obtener la nulidad del juicio y la sentencia. En primer lugar, la Corte, haciendo suya la opinión que otras Cortes de nuestro país han sostenido, es explícita al recoger y manifestar su opción por aquella postura que propugna el carácter extraordinario, de derecho estricto y que considera en cuanto las competencias de las Cortes al conocer del recurso de nulidad, que las potestades de las Cortes se encuentran restringidas en sus facultades para valorar y/o modificar los hechos conocidos y acreditados por el respectivo Tribunal Oral en lo Penal. De acuerdo con esta concepción del recurso de nulidad les corresponde de manera privativa a los tribunales del fondo realizar la valoración de la prueba rendida en el juicio, velando así por uno de los principios rectores del proceso penal, a saber, el de la inmediación, evitando con ello el riesgo que para la estructura del sistema significaría convertir a las Cortes de Apelaciones en suertes de terceras instancias con el consecuente riesgo de convertir sus actuaciones en juicios formados a través del conocimiento de actas o documentos.

En segundo lugar, como consecuencia de los principios mencionados, para la Corte no es posible y por tanto le está vedada la posibilidad de realizar alguna modificación o variación de los hechos que estableció como probados el tribunal a quo. Por lo tanto, en el conocimiento de esta causal debe necesariamente atenderse a ellos.

Idéntica situación e íntimamente relacionada con ésta, se presenta respecto de la calificación jurídica de los hechos por la que optó el tribunal de fondo, pues si conforme a los hechos establecidos y la valoración que el tribunal de instancia hizo de los mismos a través de los diversos razonamientos que expresó la sentencia, para llevarlo a concluir que en el caso que nos ocupa éstos se encuadran dentro de la hipótesis del artículo 4° de la Ley 20.000, entendiendo dentro de este contexto que también es facultad soberana del tribunal a quo la interpretación del elemento típico que lo diferencia con la hipótesis del artículo 3° de la misma ley, quedando comprendida dentro de las facultades

11 TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, ob. cit., p. 205.

soberanas del tribunal la intelección de la expresión “pequeñas cantidades”, no siendo posible a través de esta causal obtener la nulidad del juicio y de la sentencia, toda vez que no existiría una errónea aplicación del derecho.

A su turno, tratándose del segundo capítulo del recurso interpuesto por la Fiscalía, esto es, la causal absoluta de nulidad establecida para velar por el cumplimiento de ciertos requisitos de la sentencia, y en la especie, cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letra c), del Código Procesal Penal, esto es, la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del código del ramo, la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique en su motivo octavo comienza realizando una exposición acerca de su concepción sobre la sana crítica razonando que: *“por sana crítica se entiende aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón y el criterio racional puesto en juicio. Luego, si bien la ley permite a los jueces apreciar la prueba con libertad, dicha labor debe atenerse necesariamente a los referentes expresados con anterioridad, puesto que de no respetárselos se cae en la arbitrariedad y en la incertidumbre. Por ende, es característica de la sana crítica la racionalidad, por lo que las consideraciones que realicen los jueces deben encadenarse de tal modo que conduzcan sin dificultad alguna a la conclusión establecida, confrontándose sus juicios con las normas de la razón, debiendo la prueba analizarse de un modo lógico, esto es, que la apreciación realizada no se aleje de una coherencia que debe primar entre los distintos antecedentes, o, en su caso, no importen conclusiones contradictorias”*¹².

Enseguida, la Corte en el mismo considerando agrega que: *“En ese contexto, a esta Corte sólo corresponde analizar si al ponderar y valorar la prueba producida el tribunal recurrido se ha sujetado a lo que prevé el artículo 297 del Código ya citado, de manera que el control que se ejerce no recae sobre los hechos que se han establecido, sino respecto de la forma cómo los sentenciadores llegan a establecerlos, la cual obviamente no debe sobrepasar las limitaciones que impone la mencionada norma legal y que se traduce en el señalamiento de los medios de prueba por los cuales ellos se dan por probados”*¹³.

Como se observa, en el aludido considerando la Corte recalca la idea de que mediante el recurso de nulidad y en particular a través de esta precisa causal, lo que el tribunal ad quem controla es la presencia de fundamentación en la sentencia al momento de valorar la prueba rendida durante el juicio. A contrariu sensu, lo que no le corresponde a la Corte es efectuar un examen de las conclusiones que extrajo el tribunal a quo a raíz de la valoración realizada

12 Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, sentencia Rol 106-2011, quince de noviembre de dos mil once, considerando 8°.

13 Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, sentencia Rol 106-2011, quince de noviembre de dos mil once, considerando 8°.

por los sentenciadores, añadiendo que el límite y por lo tanto el objeto de fiscalización por la vía de la nulidad es que dicho razonamiento en ningún caso puede excederse de los principios establecidos por el legislador procesal penal en el artículo 297, es decir, de los principio de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados.

Posteriormente, en el motivo noveno del fallo de la Corte, se ocupa de exponer, si en la especie, el tribunal del fondo satisface en su sentencia las exigencias requeridas por el legislador en el razonamiento efectuado. De esta forma dicho considerando expresa al respecto que: *“...examinada la sentencia impugnada, en particular su motivo noveno, que trata del establecimiento de los hechos que configuran el delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, aparece que estas exigencias de texto no se cumplieron, advirtiéndose una valoración o apreciación de la prueba que contradice los parámetros de la sana crítica, desde que el tribunal del grado estima que si bien el monto total de la sustancia incautada alcanzó los 2.095 gramos, la cantidad en infracción ha de limitarse al 2% de su contenido, conforme al resultado de la pericia química que determinó que se trata de cocaína base de una pureza de dicho porcentaje, arrojando un aproximado de 40 gramos de dicho alcaloide, por lo que en definitiva representó una puesta en riesgo o peligro de menor intensidad para el bien jurídico salud pública, lo que resulta contradictorio con la conclusión expresada en el mismo motivo, esto es, que se trata de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. En este sentido cabe añadir que el informe sobre tráfico y acción de la cocaína en el organismo, consigna el grave daño que el alcaloide produce en la salud pública, de suerte que no existe una concentración o pureza de cocaína base que no esté sujeta a control y sanción por la legislación vigente, considerándose un peligro para la salud pública independientemente de su pureza, pues ello no afecta a la naturaleza de la sustancia analizada, que sigue siendo dañina”¹⁴.*

De la lectura de esta parte de la sentencia se aprecia como la Corte denuncia la notoria contradicción que adolece la sentencia impugnada pues, en efecto, el referido fallo del tribunal a quo, por una parte en el considerando noveno¹⁵ refiere de forma explícita que tanto la figura típica establecida en el artículo 4°, como en el 3° de la Ley N°20.000 exigen que las sustancias ilícitas o en

14 Considerando 9° sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, Rol 106-2011, quince de noviembre de dos mil once.

15 El considerando noveno de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique en la causa RIT 264-2011 en la parte pertinente a la que alude el fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique expresó: “Tanto en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes del artículo 3° de la ley del ramo, como en el delito de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes de su artículo 4°, la misma exige que se trafique con sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, siendo el único elemento de especialidad en el segundo caso “la pequeña cantidad”, elemento normativo cuyo contenido han de llenar los juzgadores teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

general las drogas con que se trafiquen sean capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud y posteriormente en el mismo motivo, infringiendo el principio lógico de no contradicción, luego de realizar la antes mencionada división aritmética del total de la droga incautada que le permitió reducir artificialmente a cuarenta gramos la cantidad de droga, concluye que como dicha cantidad estaba distribuida en el resto de la sustancia incautada, ello implicó un peligro menor para la salud pública¹⁶.

Por otra parte, es de capital importancia destacar del fallo de la Corte de Iquique la conclusión a que arriba cuando concluye que en el grave daño a la salud pública que éstas sustancias ocasionan la pureza o concentración de la droga es indiferente y que cualquiera que ésta sea siempre está sujeta a control, de suerte que detectada que sea la presencia del alcaloide en alguna sustancia, por disminuida que se presente su concentración, ésta siempre será apta para ocasionar el peligro para la salud pública típicamente exigido por el legislador.

Nos parece pertinente detenernos brevemente aquí y recordar lo que ya a mediados del siglo XIX el penalista español Joaquín Francisco Pacheco señalaba en sus célebres comentarios realizados al Código Penal español, pues ya en esa época en que no existían los actuales niveles de comercio ilícito de drogas, era una preocupación el control de las sustancias medicinales por los efectos que podían ocasionar a la salud pública. Así Pacheco señalaba: *“Si las sustancias medicinales no pudiesen hacer mas que bien, y fueran indiferentes cuando no lo hicieran, nada tendría que decir la ley penal respecto a su elaboración y despacho... Pero el hecho no es así. Si esas sustancias tienen fuerza y vigor para producir algunas veces el bien, es a costa de tenerlo para causar en otras muchas el mal. Todo remedio heroico es un veneno: todo lo que sirve para curar sirve asimismo para dar la muerte... De estos principios se sigue la natural y necesaria intervención del Estado en el comercio y despacho de medicinas. Lo que se roza con un interés tan grande como es la salud pública... Todo lo que ha hecho la ley es declarar delito en vez de falta... El interés de la salud lo ha exigido con mucha justicia”*¹⁷.

16 En el mismo considerando noveno en abierta contradicción a lo señalado previamente en el mismo motivo la sentencia del tribunal a quo estableció: “En este juicio, si bien el monto total de la sustancia incautada alcanzó los 2.095 gramos, la cantidad en infracción ha de limitarse al 2% de su contenido, de acuerdo al resultado de la pericia química incorporada, que determinó que se trata de cocaína base de una pureza del mismo porcentaje, droga incluida en el listado 1 del Reglamento de la ley en referencia, lo que da un aproximado de 40 gramos de dicho alcaloide, y ello, por desconocerse la naturaleza y eventual toxicidad de los otros 2.045 gramos de la materia incautada, al no dar cabal cumplimiento el experto a lo ordenado en el artículo 43 de la Ley 20.000 para determinar los componentes tóxicos o psicoactivos asociados, a lo que debe unirse la circunstancia de que tal gramaje, para estos efectos, estaba distribuido dentro del resto de la sustancia, lo que en definitiva representó una puesta en riesgo o peligro de menor intensidad para el bien jurídico salud pública, protegido de igual manera por las dos figuras penales en análisis, perspectiva desde la cual la decisión por el tipo privilegiado del artículo 4° resultó para los juzgadores más acorde con el principio de proporcionalidad de la sanción en relación al daño que pudo causarse”.

17 FRANCISCO PACHECO, JOAQUÍN, “El Código penal concordado y comentado”, Tomo III, Madrid, 1867, pp. 362 y 363 citado por Javier Ignacio Prieto Rodríguez, “El

Antes de continuar refiriéndonos al fallo en comentario, nos urge dedicar un par de líneas respecto a lo que hoy la ciencia nos puede ofrecer respecto del peligro que para la salud pública importa la sustancia que fue materia de incautación, a saber, la cocaína base, pues fue justamente el peligro grave para la salud pública que ella importa lo que llevo a la Corte, al advertir la antes mencionada contradicción, lo que llevó a anular la sentencia del tribunal a quo. En efecto, la cocaína base *“aumenta el riesgo de sufrir trombosis, derrame cerebral y paranoia transitoria en la mayoría de los adictos. El uso continuo mediante el fumado ocasiona obstrucción severa y daños a nivel cardiorespiratorio. Además, puede producir complicaciones cardiovasculares en las arterias del corazón y del cerebro, lo que puede provocar un infarto del corazón y la muerte”*¹⁸.

Es en el considerando décimo del fallo de la Corte de Iquique donde se hace cargo de evidenciar de qué modo el Tribunal Oral en lo Penal que conoció del fondo, en sus razonamientos se apartó de los principios que el Código Procesal Penal establece en el artículo 297 como límites para el sentenciador a la hora de realizar la valoración de la prueba rendida ante él. Así expresa: *“Que como puede observarse, e independiente de la convicción que puedan haber adquirido los sentenciadores, la fundamentación por ellos realizada no cumple las exigencias que impone el artículo 342 letra c) del Código procesal penal y tampoco aquellas que establece el artículo 297 del mismo texto legal, por cuanto las razones expuestas para sostener las conclusiones relativas a que se trata de una pequeña cantidad de droga, no aparecen sustentadas en hechos objetivos y unívocos de los cuales hubiera sido posible extraer tales conclusiones, indicándose incluso que la decisión de optar por el tipo privilegiado del artículo 4° de la Ley 20.000 les pareció más acorde con el principio de proporcionalidad de la sanción en relación al daño que pudo causarse, lo que no pasa de ser una mera afirmación, carente de sustento fáctico”*¹⁹.

La libertad con que cuentan los jueces en la apreciación de la prueba que se rinde en el juicio y que consagra el ya varias veces mencionado artículo 297, está sujeta a los márgenes que la misma norma impone lo que también importa una exigencia para los sentenciadores en orden a que las conclusiones que extraigan y que expongan en sus razonamientos deben estar fundadas en la prueba rendida en el juicio, de manera que la mentada libertad probatoria les impide arribar a conclusiones sin que a su vez, exista un correlato probatorio coherente, ya que es uno de los principios cardinales de la lógica el que exista coherencia en el razonamiento lógico expuesto en la sentencia. De este modo se requiere necesariamente cada vez que se establezca una aseveración determinada que ella tenga sustento en un enlace entre las diversas nociones que lo constituyen. Lo antes dicho es lo que no ocurrió en la sentencia del tri-

delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español”, Barcelona, 1986, p. 160.

18 Instituto de Salud Pública, Guía de Pericias Químicas en el marco de la Ley 20.000, p. 9, año 2011.

19 Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, sentencia Rol 106-2011, quince de noviembre de dos mil once, considerando 10°.

bunal a quo cuando arriba a la conclusión de sancionar por la figura del artículo 4° de la Ley N°20.000 ya que sería más acorde con el daño que se pudo causar, coincidiendo con el criterio de la Corte en cuanto a que tal afirmación, conforme a lo expresado anteriormente, es carente de solidez toda vez que no tiene soporte fáctico.

Agrega el mismo considerando que: *“Luego, con dicho razonamiento el tribunal se apartó de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, desde que acreditada la incautación de 2.095 gramos de pasta base de cocaína, con 2% de pureza, y no sólo 40 gramos de dicho alcaloide, lo lógico es entender que el porte de aquella sustancia estaba destinada a su comercialización en su totalidad, y no separada de las otras sustancias del contenido bruto, pudiendo ser comercializada ya con la venta total, es decir los 2.095 gramos, o bien dividida en múltiples papelillos, de manera que no importando la forma en que se venda, siempre llevará consigo el principio activo de la droga, con lo cual producirá daño a la salud de las personas que la consuman, que es el bien jurídico protegido por el legislador y cuya puesta en riesgo o peligro permanece, cualquiera sea el grado de pureza o concentración de la misma”²⁰.*

De este modo, coherentemente con los razonamientos vertidos en las motivaciones previas, la Corte explicita en su fallo como se infringieron los principios establecidos en el artículo 297 del Código Procesal Penal, exponiendo que al establecerse como premisa que se incautaron más de dos kilos de cocaína base, siendo indiferente la pureza de la droga para entender que existe peligro para la salud pública, toda vez que siempre en dicha sustancia estará presente el principio activo que la ley ha establecido como capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, la consecuencia lógica conforme a las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, es que dicha droga estaba destinada a ser comercializada en su totalidad y no como estableció el tribunal a quo, vulnerando estos principios, al separar del total del alcaloide mediante una artificiosa división que arrojaba como resultado que sólo cuarenta gramos de la sustancia en cuestión debían considerarse como objeto material del delito, y conforme a ello pronunciarse acerca de la calificación jurídica.

Finalmente, el considerando undécimo concluye de manera categórica e íntegramente coherente con lo plasmado en los considerando expuestos previamente que: *“la sentencia recurrida no satisface la rigurosidad que exige la ley para resolver sobre la manera en que arriba a los hechos pesquisados, como tampoco acerca de la calificación jurídica que les otorga, infringiendo las normas señaladas en los motivos anteriores, dado que no contiene una exposición completa y lógica respecto de las circunstancias de hecho que conforman dicha calificación, dando simplemente*

20 Itma. Corte de Apelaciones de Iquique, sentencia Rol 106-2011, quince de noviembre de dos mil once, considerando 10°.

*por sentado que se trata de una pequeña cantidad de droga, conclusión que no es sino el resultado de apreciaciones que vulneraron los límites razonables de la sana crítica, por lo que concurriendo la causal de nulidad denunciada por la Fiscalía, se dará lugar a su pretensión*²¹.

Para recapitular, y lejos de pretender ser la voz más autorizada en la materia, nos atrevemos a arribar a la conclusión de que resulta trascendental para comprender el alcance de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, en relación al daño que a la salud pública ocasionan sustancias, como en este caso la cocaína base, con este pronunciamiento ha quedado asentado, como lo han señalado diversos tribunales de nuestro país y como invariablemente lo han ido sosteniendo los peritos del Instituto de Salud Pública en innumerables juicios orales, que el daño al bien jurídico ofendido salud pública, como principal bien jurídico lesionado en los delitos de la Ley N°20.000, y en particular en los de los artículos 3° y 4° de esta norma legal, se produce cada vez que se encuentra presente el principio activo de la cocaína en una sustancia, ello de forma totalmente independiente del grado de pureza que tenga la misma, en otras palabras, constatada la presencia de la sustancia en cuestión se entiende que existe peligro para la salud pública.

Por otra parte, la sentencia de la Corte ha sido tajante al reafirmar el criterio respecto del recurso de nulidad como medio de impugnación de carácter extraordinario y de derecho estricto, el que en ningún caso puede transformarse en una instancia bajo el pretexto de invocar causales de nulidad como la del artículo 374, letra e) en relación al artículo 342, letra c) del Código Procesal Penal, alegando trasnochadas infracciones a los principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, cuando lo que realmente se busca a través de dichos recursos es que las Cortes realicen una nueva valoración de los hechos que ya fueron establecidos por el tribunal de fondo, función que escapa de las competencias de dichos tribunales. En consecuencia, con sentencias como la que comentamos se asienta el criterio de que lo que corresponde revisar por esta vía impugnativa no es la valoración que ha realizado el tribunal a quo sino que la forma, o siendo más preciso, que los razonamientos que utilizó dicho tribunal no vulneren los principios que estableció el legislador procesal penal en el artículo 297, con lo cual se busca que el control que ejerzan las Cortes de Apelaciones tenga por objeto velar que los tribunales que conocen los hechos fundamenten sus sentencias con libertad, pero jamás utilizando criterios arbitrarios o irracionales que vulneren los derechos de todos los intervinientes a un debido proceso.

21 Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, sentencia Rol 106-2011, quince de noviembre de dos mil once, considerando 10°.

Texto de la sentencia

Iquique, quince de noviembre dos mil once.

VISTO:

Que en estos autos RUC 1110007238-8, RIT N°O-264-2011, el Fiscal Regional del Ministerio Público don Manuel Guerra Fuenzalida, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada el 26 de septiembre del año 2011, por una Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, en la que se condena al acusado Raúl Armando Gálvez Guerrero, como autor del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 4° de la ley 20.000, ocurrido en esta ciudad el 5 de marzo del año 2011.

Funda el presente recurso en que la sentencia recurrida incurre en las siguientes causales: Aquélla prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación con los artículos 3 y 4 de la ley 20.000 sobre tráfico de estupefacientes; y la causal contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, que prescribe que el juicio y la sentencia serán siempre anulados cuando en la sentencia se hubieren omitidos algunos de los requisitos previstos en el artículo 342 letra c), esto es, la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavora-

bles para el acusado y de la valoración de los medios de pruebas que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297. Las causales de nulidad se interponen subsidiariamente en el orden señalado. Respecto de ambas solicita, en definitiva, que se invalide el juicio oral y la sentencia condenatoria individualizada, determinándose por esta Corte el estado en que ha de quedar el procedimiento.

En la audiencia dispuesta para conocer esta acción de nulidad, el Ministerio Público, a través del abogado don Stephan Justiniano Hofer, reiteró los argumentos invocados en el recurso, y por el acusado, el Defensor Penal Público, don Marcelo Lara Pol, solicitó el rechazo del arbitrio.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que los hechos que se dieron por probados en el juicio, según se lee en el considerando Noveno, ocurrieron el día 5 de marzo del año 2011, cuando a las 20:15 horas aproximadamente, personal del Servicio Regional de Aduanas, apostado en la Avanzada Aduanera de Quillagua, controló a los pasajeros del bus de la empresa Pullman Bus, y entre ellos, al acusado Raúl Armando Gálvez Guerrero, quien fue sorprendido portando cuatro paquetes contenedores de una sustancia con un peso aproximado de 2.095 gramos, de los cuales un 2% era cocaína base.

SEGUNDO: Que la interviniente que recurre manifiesta, en síntesis, que en el fallo impugnado se dio por acreditada la comisión de los hechos por los cuales básicamente se acusó,

no obstante lo cual, el tribunal procedió a recalificarlo como un delito de microtráfico del artículo 4° de la ley 20.000, señalando que tanto en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes del artículo 3° de la ley del ramo, como en el delito de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes de su artículo 4°, la misma exige que se trafique con sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencias física capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, siendo el único elemento de especialidad en el segundo caso “la pequeña cantidad”, elemento normativo cuyo contenido han de llenar los juzgadores, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En este juicio, si bien el monto total de la sustancia incautada alcanzó los 2.095 gramos, la cantidad en infracción ha de limitarse al 2% de su contenido, de acuerdo al resultado de la pericia química incorporada, que determinó que se trata de cocaína base de una pureza del mismo porcentaje, droga incluida en listado 1 del Reglamento de la ley en referencia, lo que da un aproximado de 40 gramos de dicho alcaloide, y ello, por desconocerse la naturaleza y eventual toxicidad de los otros 2.045 gramos de la materia incautada, al no dar cabal cumplimiento el experto a lo ordenado en el artículo 43 de la ley 20.000 para determinar los componentes tóxicos o psicoactivos asociados, a lo que debe unirse la circunstancia de que tal gramaje, para estos efectos estaba distribuido dentro del resto de la sustancia, lo que en definitiva, representó una

puesta en riesgo o peligro de menor intensidad para el bien jurídico salud pública, protegido de igual manera por las dos figuras penales en análisis, perspectiva desde la cual la decisión por el tipo privilegiado del artículo 4°, resultó para los juzgadores más acorde con el principio de proporcionalidad de la sanción en relación al daño que pudo causarse.

TERCERO: Manifiesta el recurrente que la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal se configura desde que el fallo recurrido ha efectuado una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en su parte dispositiva toda vez que la conducta que da por establecida en su fundamento Noveno, es calificada como constitutiva del delito previsto en el artículo 4° de la ley 20.000, es decir, tráfico de pequeñas cantidades de droga y no de tráfico del artículo 3°, en relación con el artículo 1° de la misma ley.

Sostiene, asimismo, el recurrente, que el legislador empleó en el artículo 4° de la ley 20.000, las expresiones “pequeñas cantidades”, sin definir o explicitar mayormente el concepto, dejando entregada la determinación de su sentido y alcance a los jueces en cada caso concreto y que la mención en la referida norma del concepto pequeñas cantidades, constituye un criterio cuantitativo indefinido que forma parte de aquello que la doctrina (Heinrich Henkel y Claus Roxin) ha designado como principios o conceptos regulativos, que permite desarrollar la norma legal con criterio judicial a partir del

caso que se juzga, atendiendo a una multiplicidad de factores indeterminados teóricamente y cambiante que no permiten una generalización normativa adecuada.

CUARTO: Que en estrados, el defensor del acusado, participa de la argumentación hecha por el Ministerio Público en cuanto señala que el artículo 4° de la Ley 20.000 entrega un concepto regulativo de lo que significa la expresión pequeñas cantidades de droga, pero no entrega al tribunal, ni al sentenciador en términos concretos, una cantidad determinada para establecer qué, a partir de ella, debe entenderse tráfico, microtráfico o consumo, sino que da elementos genéricos para que el juzgador evalúe conforme a los antecedentes fácticos presentados en el juicio, facultad que le permitió al tribunal ponderar, en el caso presente, que la figura más adecuada, era la del artículo 4° de la ley 20.000 y no la del artículo 1° de la misma normativa.

QUINTO: Que examinada la sentencia de autos, se advierte que en Considerando Noveno el tribunal hizo uso de la facultad que le confiere el legislador en el artículo 4° de la Ley 20.000, ya que luego de establecer el hecho punible, señala que la sustancia incautada de un peso aproximado de 2.095 gramos, contiene un grado de pureza de un 2% lo que equivale a 40 gramos.

Afirman los sentenciadores, que si bien el monto total de la sustancia incautada alcanzó a los 2.095 gramos, la cantidad en infracción ha de limitarse al 2% de su contenido,

que representa un riesgo o peligro de menor intensidad para el bien jurídico salud pública, protegido también en el artículo 3° de la misma ley, perspectiva desde la cual la decisión por el tipo privilegiado del artículo resultó para los juzgadores más acorde con el principio de proporcionalidad de la sanción en relación al daño que pudo causarse.

SEXTO: Que cabe señalar, tal como se ha reiterado en diversos fallos emanados de las Corte de Apelaciones, que el recurso de nulidad ha sido concebido como uno de derecho estricto, que por su naturaleza y características otorga una competencia limitada a la Corte para la revisión del fallo, encontrándose impedida de realizar una nueva valoración de los distintos elementos probatorios rendidos con el fin de establecer la existencia de otros hechos diferentes a los que fueran determinados en la sentencia que se recurre, no constituyendo por tanto una instancia propiamente tal.

Del tenor del recurso deducido, se desprende que el recurrente utiliza la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal para sustentar su discrepancia con la calificación jurídico penal dada por los sentenciadores al hecho tenido por acreditado en el respectivo proceso, sosteniendo que concurren elementos suficientes para haber arribado a una conclusión distinta de la impugnada.

En el caso en cuestión, frente a la solicitud de calificar los hechos y sancionarlos de acuerdo con la figura del tráfico de pequeña cantidad de estupefaciente, contemplado en el

artículo 4 de la ley 20.000, los sentenciadores concordaron con dicha pretensión, asilándose en las razones que expusieron, de modo que si la facultad de determinar el significado de pequeña cantidad, es una facultad que compete únicamente a los jueces del fondo, no es posible concluir que ellos hayan efectuado una errónea aplicación de derecho, que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al calificar y sancionar los hechos conforme a la norma legal recién mencionada, por lo que se rechazará el recurso de nulidad intentado por el Ministerio Público, por este capítulo.

SEPTIMO: Que el Ministerio Público invoca, en forma subsidiaria, la causal de nulidad establecida en el artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal.

Al respecto, el recurrente manifiesta que el considerando noveno de la sentencia recurrida dio por establecido que el día 5 de marzo del 2011, siendo las 20:15 horas aproximadamente, personal del Servicio Nacional de Aduana, apostado en la avanzada aduanera de Quillagua, controló a los pasajeros del bus Pullman Bus, y entre ellos al acusado Raúl Armado Gálvez, quien fue sorprendido portando cuatro paquetes contenedores de una sustancia con un peso aproximado de 2.095 gramos, de los cuales un 2% era cocaína base, calificando estos hechos como un delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, previsto y sancionado en el artículo 4° de la ley 20.000.

Afirma, que el tribunal de la instancia, para arribar a esta conclusión procedió a realizar una división aritmética de la sustancia, lo que llevó a rebajarle artificialmente el peso de lo incautado para encuadrarlo en el ilícito por el cual se condenó, fundado en la poca cantidad de cocaína base incautada, lo que en definitiva representó una puesta en riesgo o peligro de menor intensidad para el bien protegido salud pública.

Dice que lo acreditado en el tribunal en torno a la naturaleza y cantidad de la sustancia incautada no se corresponde con lo que se desprende de los medios probatorios en que se sustentaron estas conclusiones, ya que según el Acta de Recepción N°44, del Servicio de Salud, el peso de la sustancia incautada fue de 2.095 gramos, la que correspondía a cocaína base, con una valorización del 2%, según protocolo de análisis químico respectivo, lo que representa una diferencia sustancial con la redacción que realiza el tribunal en torno a lo acreditado en juicio, lo que infringe tanto las reglas de valoración de la prueba como lo expuesto en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, al concluir o dar por establecida una circunstancia distinta de la que se probó en juicio, pues el sentenciador en los hechos que da por asentado señala que del total de lo incautado sólo un 2% era cocaína base, debiendo haber indicado en el párrafo correspondiente, que la sustancia incautada consistía en cocaína base de una valorización de 2%, con un peso neto de 2095 gramos, lo que necesariamente llevaba a calificar los hechos como un tráfico ilícito de

droga y no un tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Agrega en segundo término, que el razonamiento del tribunal infringe los principios de la lógica, las máximas de la experiencias y los conocimientos científicamente afianzados, al concluir que por la poca concentración de cocaína dentro de la sustancia incautada, existe una puesta en riesgo o peligro de menor intensidad para el bien jurídico salud pública, siendo por ende la calificación efectuada más acorde con el principio de proporcionalidad de la sanción en relación al daño que pudo causarse.

En relación con lo anterior sostiene que es de público conocimiento que las muestras de cocaína son usualmente diluidas con otras sustancias con la finalidad de aumentar su rendimiento económico, por lo que ningún decomiso de este tipo de droga alcanza una valorización al 100% de pureza, no variando así su carácter ilícito. Agrega que la pureza no es el factor más importante para determinar la peligrosidad de la droga, pues es de público conocimiento el alto grado de adicción que produce el consumo de pequeñas dosis, el deterioro físico y psíquico que provoca a quienes la consumen, su extrema toxicidad, por todo lo cual esta droga representa perniciosas consecuencias para la salud pública.

OCTAVO: Que para los fines de la decisión que se adoptará, cabe recordar que las exigencias establecidas en el artículo 342 letra c), en relación al artículo 297, ambos del Código Procesal Penal, dan cuenta de una obligación impuesta a los jueces, y

es que deberán hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubieren desestimado, indicando en tal caso las razones que hubieren tenido en cuenta para hacerlo. También el tribunal, al momento de valorar la prueba rendida, debe evitar contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, es decir, las reglas de la sana crítica.

Asimismo, resulta útil señalar que por sana crítica se entiende aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón y el criterio racional puesto en juicio. Luego, si bien la ley permite a los jueces apreciar la prueba con libertad, dicha labor debe atenerse necesariamente a los referentes expresados con anterioridad, puesto que de no respetárselos se cae en la arbitrariedad y en la incertidumbre. Por ende, es característica de la sana crítica la racionalidad, por lo que las consideraciones que realicen los jueces deben encadenarse de tal modo que conduzcan sin dificultad alguna a la conclusión establecida, confrontándose sus juicios con las normas de la razón, debiendo la prueba analizarse de un modo lógico, esto es, que la apreciación realizada no se aleje de una coherencia que debe primar entre los distintos antecedentes, o, en su caso, no importen conclusiones contradictorias.

En ese contexto, a esta Corte sólo corresponde analizar si al ponderar y valorar la prueba producida el Tribunal recurrido se ha sujetado a lo

que prevé el artículo 297 del Código ya citado, de manera que el control que se ejerce no recae sobre los hechos que se han establecido, sino respecto de la forma cómo los sentenciadores llegan a establecerlos, la cual obviamente no debe sobrepasar las limitaciones que impone la mencionada norma legal y que se traduce en el señalamiento de los medios de prueba por los cuales ellos se dan por probados.

NOVENO: Que examinada la sentencia impugnada, en particular su motivo noveno, que trata del establecimiento de los hechos que configuran el delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, aparece que estas exigencias de texto no se cumplieron, advirtiéndose una valoración o apreciación de la prueba que contradice los parámetros de la sana crítica, desde que el tribunal del grado estima que si bien el monto total de la sustancia incautada alcanzó los 2.095 gramos, la cantidad en infracción ha de limitarse al 2% de su contenido, conforme al resultado de la pericia química que determinó que se trata de cocaína base de una pureza de dicho porcentaje, arrojando un aproximado de 40 gramos de dicho alcaloide, por lo que en definitiva representó una puesta en riesgo o peligro de menor intensidad para el bien jurídico salud pública, lo que resulta contradictorio con la conclusión expresada en el mismo motivo, esto es, que se trata de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. En este sentido

cabe añadir que el informe sobre tráfico y acción de la cocaína en el organismo, consigna el grave daño que el alcaloide produce en la salud pública, de suerte que no existe una concentración o pureza de cocaína base que no esté sujeta a control y sanción por la legislación vigente, considerándose un peligro para la salud pública independientemente de su pureza, pues ello no afecta a la naturaleza de la sustancia analizada, que sigue siendo dañina.

DECIMO: Que como puede observarse, e independiente de la convicción que puedan haber adquirido los sentenciadores, la fundamentación por ellos realizada no cumple las exigencias que impone el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal y tampoco aquellas que establece el artículo 297 del mismo texto legal, por cuanto las razones expuestas para sostener las conclusiones relativas a que se trata de una pequeña cantidad de droga, no aparecen sustentadas en hechos objetivos y unívocos de los cuales hubiera sido posible extraer tales conclusiones, indicándose incluso que la decisión de optar por el tipo privilegiado del artículo 4° de la Ley 20.000 les pareció más acorde con el principio de proporcionalidad de la sanción en relación al daño que pudo causarse, lo que no pasa de ser una mera afirmación, carente de sustento fáctico.

Luego, con dicho razonamiento el tribunal se apartó de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, desde que acreditada la incautación de 2.095 gramos de pasta base

de cocaína, con 2% de pureza, y no sólo 40 gramos de dicho alcaloide, lo lógico es entender que el porte de aquella sustancia estaba destinada a su comercialización en su totalidad, y no separada de las otras sustancias del contenido bruto, pudiendo ser comercializada ya con la venta total, es decir los 2.095 gramos, o bien dividida en múltiples papelillos, de manera que no importando la forma en que se venda, siempre llevará consigo el principio activo de la droga, con lo cual producirá daño a la salud de las personas que la consuman, que es el bien jurídico protegido por el legislador y cuya puesta en riesgo o peligro permanece, cualquiera sea el grado de pureza o concentración de la misma.

UNDÉCIMO: Que en consecuencia, la sentencia recurrida no satisface la rigurosidad que exige la ley para resolver sobre la manera en que arriba a los hechos pesquisados, como tampoco acerca de la calificación jurídica que les otorga, infringiendo las normas señaladas en los motivos anteriores, dado que no contiene una exposición completa y lógica respecto de las circunstancias de hecho que conforman dicha calificación, dando simplemente por sentado que se trata de una pequeña cantidad de droga, conclusión que no es sino el resultado de apreciaciones que vulneraron los límites razonables de la sana crítica, por lo que concurriendo la causal de nulidad denunciada por la Fiscalía, se dará lugar a su pretensión.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto

en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, SE ACOGE el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, con fecha veintiséis de septiembre del presente año, en sala integrada por los jueces Sres. Felipe Ortiz de Zarate Fernández, Juana Ríos Meza y Marilyn Fredes Araya, y en consecuencia se declara que dicha sentencia es nula, como también el juicio en que ella incide, debiendo procederse a la realización de un nuevo juicio oral por la Sala no inhabilitada que corresponda del mencionado Tribunal.

Regístrese, dése a conocer a los intervinientes y devuélvase.

Redacción del Fiscal Judicial señor Jorge Araya Leyton.

Rol I. Corte N°106-2011.

Pronunciada por los Ministros Titulares Sr. ERICO GATICA MUÑOZ, Sr. PEDRO GÜIZA GUTIÉRREZ y el Fiscal Judicial sr. JORGE ARAYA LEYTON. No firma el Ministro Sr. GATICA MUÑOZ, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo, por encontrarse ausente haciendo uso de feriado legal. Autoriza doña MARÍA FERNANDA GAZMURI VILLALOBOS, Secretaria Titular.

En Iquique, a quince de noviembre de dos mil once, notifiqué por el estado diario la sentencia precedente.-

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENTOS

INEXISTENCIA DE LAS RELACIONES NORMATIVAS DE PREORDENACIÓN Y EJECUTIVAS EN EL TIPO DE ALMACENAMIENTO Y DIFUSIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO DE MENORES EN LA LEGISLACIÓN PENAL CHILENA¹

Edison Carrasco Jiménez²

I. Exposición

Uno de los problemas que ha surgido con la introducción del artículo 374 bis al Código Penal por la Ley 19.927 del 2004 –fuera de algunos otros ya comentados³–, es la relación normativa existente entre el inciso 2° del artículo y que recoge la conducta típica del almacenamiento, con el inciso 1° del mismo artículo que contempla las conductas de comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición y al que la doctrina penal nacional refiere genéricamente con las denominaciones de “difusión” / “comercialización” / “tráfico”. Ello, porque algunas opiniones de la doctrina penal nacional ante la concurrencia de ambas figuras, proponen que el almacenamiento es presupuesto o condición indispensable y necesaria de la difusión⁴, relacionándolo incluso con el delito de emprendimiento⁵, lo cual los conduce a concluir fundamentalmente, el concurso de leyes penales como efecto dogmático.

- 1 Utilizamos esta denominación, antes que el de pornografía infantil, por entenderse confusa la aplicación del término “infantil”, por referirse a un margen etario diferente a la minoría de edad.
- 2 Abogado de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 3 Vid. TORRES GONZÁLEZ, Luis, “El delito de almacenamiento de material pornográfico infantil: la plena vigencia del tipo penal del inciso segundo del artículo 374 bis, a la luz de la opinión doctrinaria y jurisprudencial”, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°35, 2008, pp. 234-242; AGUILAR ARANELA, Cristián, “Comentario a sentencia dictada en Causa RUC 0700297031-1, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, así como al fallo recaído en recurso de nulidad contra aquella en rol 190-2008, sobre el delito de producción de material pornográfico infantil”, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°36, 2008, pp. 179-189; SOTO DONOSO, Francisco, “La regulación del delito de almacenamiento de material pornográfico infantil como delito de tenencia: consecuencias normativas”, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°40, 2009, pp. 169-175.
- 4 MOLINA CANTILLANA, René, *Delito de pornografía infantil*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2008, p. 123; SÁNCHEZ, PECAREVIC, Claudio, *Delito de almacenamiento de pornografía infantil*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2010, p. 234.
- 5 POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de derecho penal chileno, Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 287; OSSANDON WIDOW, María Magdalena, “El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo”. *Ius et Praxis*, Talca, v. 14, N°1, 2008. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0122008000100003&lng=es&nrm=iso, fecha de visita: 11-11-2011.

Nuestra hipótesis de trabajo va en el sentido contrario, esto es, no considerar el almacenamiento en relación de preordenación al tipo del inciso 1° del art. 374 bis, como si el almacenamiento estuviese en una relación de dependencia necesaria a la comercialización o difusión del material pornográfico del menor (*relación normativa de preordenación*); ni tampoco, y como *especie* de la anterior, considerar que ambos tipos encuentran unidad ejecutiva en el tramado dogmático inferido de la legislación penal nacional (*relación normativa ejecutiva*), y por ello, que el almacenamiento sería una fase ejecutiva previa a la difusión⁶.

Las consecuencias dogmáticas, no dejan de ser relevantes. De estimarse la existencia de una relación normativa de preordenación o una relación normativa de tipo ejecutiva, la doctrina penal deriva de dicho argumento, la existencia de un concurso de leyes penales⁷. Sin embargo, la argumentación sobre la existencia de un concurso de leyes penales, no es tan clara, si y sólo si el fundamento a considerar, son justamente tales relaciones normativas.

Sin ocuparse directamente del problema concursal, el motivo del artículo es la crítica a la tesis de la existencia de relación normativa de preordenación y de relación ejecutiva como especie de la primera, y por el contrario, la afirmación de la tesis de su inexistencia.

II. La crítica a la tesis del delito de emprendimiento para el tipo penal del 374 bis inciso 2°

Los llamados “delitos de emprendimiento” (*Unternehmensdelikte*) o también denominados “delitos de preparación” (*Vorbereitungsdelikte*), son aquellos en los que se equiparan la tentativa a la consumación, agravando las consecuencias penales por ello⁸. Respecto de un delito específico, representa el inicio de la ejecución de un *iter criminis* global a realizarse y consumarse por otro tipo penal, encontrándose el primero preordenado al segundo que constituiría el

6 Distinguímos entre *relación de preordenación* de las *relaciones ejecutivas*, ya que si bien ambas se basan en la consideración del tipo del almacenamiento como etapa previa del tipo de difusión, la primera no se orienta necesariamente a ser entendido como un delito de emprendimiento para el almacenamiento, como sí ocurre para la segunda. Las relaciones de preordenación, así, pueden sugerir disminución de la pena vía concurso de leyes penales, no así las relaciones ejecutivas que al apuntar a un delito de emprendimiento, elevan, por el contrario, la penalidad del tipo considerado ejecutivo. Además, la relación de preordenación mira a considerar que concurra en un mismo sujeto la realización de dos tipos (almacenamiento y difusión), diferente al caso del delito de emprendimiento donde basta la realización del tipo de una ejecución menos “perfecta”, como el almacenamiento, para equiparar su penalidad al de mayor perfección, aunque éste no necesariamente concurra en los hechos.

7 CANTILLANA, SÁNCHEZ, *loc.cit.*

8 JESCHEK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, [trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel], Comares, Granada, 2002, p. 565.

tipo principal⁹. En Alemania, en razón de lo que se desprende del §11.1 N°6 StGB, éste ha sido el fundamento dogmático para su inferencia, donde se distinguen figuras propias e impropias¹⁰, siendo sus consecuencias no admitir la atenuación respecto de la tentativa (§23.II del StGB) ni el desistimiento (§24 StGB), salvo para casos especiales¹¹.

Una de las principales consecuencias para el delito de almacenamiento, es que respondería a la comisión de un solo delito de mayor globalidad¹², lo que por ende conduce a la consideración del tipo del artículo 374 bis inciso 2° del Código Penal dentro de la globalidad de un *iter criminis* único, donde el tipo consumado habría de ser el tipo del inciso 1° del mismo artículo, es decir, el delito de difusión como se le conoce genéricamente. Ello significaría que de ser considerado de este modo y ante la concurrencia de ambas conductas respecto de un mismo sujeto –art. 374 bis inciso 1° e inciso 2°–, la pena habría de ser la del tipo que se estima como la consumación del tipo global, el cual sería la conducta típica de difusión del inciso 1° del art. 374 bis.

Pues bien, y como se señalaba más atrás, algún sector de la doctrina penal nacional ha intentado extender la idea del delito de emprendimiento al almacenamiento, estableciendo equiparaciones entre la extensión que se ha hecho con cierta fortuna del concepto del delito de emprendimiento en relación a los delitos sobre tráfico de estupefacientes en nuestro derecho¹³. Si sólo se utilizara este argumento, no viene a cuento, ya que ambos fenómenos no comparten características similares como lo reconoce la doctrina penal española¹⁴, provocándose problemas al tratar de establecer analogías.

- 9 GÓMEZ MARTIN, Víctor, “El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (ART. 270, PÁRR. 3° CP). A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995...”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-16, 2002, p. 8.
- 10 JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, [trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ], 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 856.
- 11 JESCHEK/WEIGEND, ob. cit., p. 589.
- 12 POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 287.
- 13 OSSANDÓN ya realiza esta mención y su extensión al tipo del almacenamiento. Vid. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *loc. cit.* Existen sentencias que hacen igual extensión, por ejemplo, SCS, 9-5-2002, Rol 6-02, considerando 4°; SCA San Miguel, 11-07-2007, N°1276-2006.
- 14 MORALES, y justamente a propósito de la equivalencia entre el almacenamiento con los delitos de tráfico de estupefacientes en su legislación penal (no muy diferente de la chilena, Vid. RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio, “Algunas sombras de la regulación de los delitos sexuales (una comparativa Chile/España)”, *Revista de la Justicia Penal*, Librotécnica, Santiago de Chile, pp. 265-284, pp. 274-275), señala: “Por consiguiente, la mera y estricta posesión no puede quedar incriminada como conducta consistente en “facilitar” el tráfico, lo que significa que en todo caso deberá quedar probada una preordenación al tráfico en las conductas de posesión a incriminar ex artículo 189.1 b) apartado segundo. La cuestión sugiere múltiples interrogantes, por cuanto no se podrá operar con pau-

Sin embargo, los delitos de emprendimiento constituyen una elaboración de la doctrina penal alemana inferida de su propia legislación penal, y que contempla la mención general y de forma expresa en el §11.1 N°6 StGB, y donde los casos para el “delito de emprendimiento propio” (*echte Unternehmungsdelikte*) se reduce a tipos específicos y limitados, y para el caso de los “delitos de emprendimiento impropio” (*unechte Unternehmungsdelikte*), se reduce a tipos en cuya descripción se utilizan “verbos finales”¹⁵. Es así como el delito de emprendimiento no responde a una generalidad de casos, sino más bien a un conjunto excepcional de la legislación penal, sobre todo por virtud del efecto agravatorio y “expansivo” de la conducta¹⁶.

Esto significa, en primer lugar, que existe un punto de apoyo dogmático para la elaboración de los delitos de emprendimiento en el sistema legislativo alemán, cuestión que no existe en nuestra legislación patria. Por lo cual, no se entiende la extensión de una elaboración doctrinal que tiene como base estructural una realidad normativa cuya inexistencia dogmática es un hecho notorio en nuestra legislación penal general, más aún si consideramos la oscuridad de la figura del delito de emprendimiento y su disputa doctrinal no libre de controversia¹⁷. Y en segundo lugar, la excepcionalidad del delito de emprendimiento en el constructo dogmático alemán, no se compadece con la facilidad con que alguna doctrina penal chilena lo hace procedente para el almacenamiento, y aun sin existir una cláusula general como la del §11.1 N°6 StGB.

Por otra parte, surgirían contradicciones tanto desde el punto de vista de la sistematicidad dogmática como de las consecuencias penales, ya que el delito de emprendimiento al equiparar la tentativa a la consumación, obligaría a que en el caso del sujeto activo del almacenamiento se pene por el delito consumado que corresponde a la globalidad, como es del caso del tipo del inciso 1° del art. 374 bis, lo que vulnera el *principio de legalidad*. Esta interpretación conduce, y por la sola vía de la equiparación ejecutiva, a la inconstitucionalidad

tas como las fijadas por la jurisprudencia para el tráfico de drogas. En efecto, en este ámbito no es hacedero fijar convenciones interpretativas sobre posesión para el propio consumo, y conceptualmente son inaplicables criterios estándar tales como “patrones de consumo diario” o “patrones de acopio o abastecimiento para el propio consumo”. Salvo que existan múltiples copias de un mismo material, el juicio de inferencias se torna muy dificultoso (por ejemplo el coleccionismo es propio del simple consumo)” (MORALES, Fermín, “Pornografía infantil e Internet”, (ponencia), UOC, Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001), Disponible online: <http://www.uoc.edu/in3/dt/20056/index.html>, fecha de visita: 16/2/2012, p. 10.

15 JAKOBS, ob. cit., p. 857.

16 JAVATO MARTÍ, Antonio M^a, “Libertad de reunión y Derecho Penal. Análisis de los artículos 513 y 514 del Código Penal”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 3, julio, 2011, pp. 1-49, p. 37.

17 GÓMEZ MARTIN, “El delito de fabricación...”, p. 8; ALVARADO URÍZAR, Agustina, *Delito de emprendimiento en el Código Tributario*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2011, p. 73.

dad por vulneración de lo preceptuado en el art. 19 N°3 incisos 7° y 8°. A esto se suman los efectos desfavorables para el reo por la elevación de la penalidad, cuestión nada menor si de privación de libertad se trata, como sanción a las conductas ya referidas.

Siendo así, ¿por qué para los casos de concurrencia entre ambos tipos (incisos 1° y 2°, art. 374 bis) se habría de fundamentar el delito de emprendimiento y rechazarlo para la equiparación al tipo consumado globalmente considerado? ¿Se hace suficiente la aplicación poco sistemática de un constructo dogmático foráneo¹⁸, invocando para compensar sus consecuencias dogmáticas y sistemáticas desfavorables el *indubio pro reo*?, o dicho de otro modo, ¿justifica desbaratar una construcción sistemática mediante la ilogicidad de su aplicación en razón de favorecer al reo, aun a riesgo de suprimir por vía interpretativa el elemento de generalidad que garantiza la ley?

Esta incoherencia, obstaculiza aplicar interpretativamente el delito de emprendimiento en toda su extensión al constructo dogmático chileno, y con ello, el almacenamiento no podría ser considerado, a la luz de la tesis del emprendimiento y según el tejido jurídico-penal chileno, como un momento ejecutivo anterior a la difusión.

III. El tipo de almacenamiento como necesariamente previo al del inciso 2° del Art. 374 bis: revisión del tipo subjetivo del almacenamiento

Los “delitos impropios de emprendimiento”, son aquellos cuya acción se expresa a través de, y como señala JAKOBS, un “verbo final”¹⁹. El almacena-

18 Traigamos a colación, las palabras de NOVOA MONREAL: “Resulta, en consecuencia, que la legislación de una nación pasa a ser explicada y entendida conforme a doctrinas foráneas con pretensiones de cientificismo y de profundidad conceptual, no obstante que ellas fueron concebidas y estructuradas para servir a la mejor aplicación de la correspondiente legislación extranjera, en el caso propuesto el Código penal de Alemania Federal; con ello se injertan en una legislación determinada de desarrollos lógicos que tuvieron en mente a una legislación diferente (NOVOA MONREAL, Eduardo, *Cuestiones de derecho penal y criminología*, Editorial Jurídica de Chile-Ediar Conosur, Santiago de Chile, 1987). En similar sentido MATUS, Jean Pierre, “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”, *Política Criminal*, N°5, 2008, Disponible online: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_5_5.pdf, fecha de visita: 15/02/2012. Esto generó la controversia MATUS/WEEZEL en la misma revista, Vid. WEEZEL, Alex van. “¿Por qué no citamos más (por ejemplo, a los alemanes)? Réplica a J.P. Matus”, *Política Criminal*, N°6, 2008, disponible online: http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_2_6.pdf, fecha de vista: 15/02/2012; MATUS A., Jean Pierre “¿Por qué deberíamos conocer más y no menos? Respuesta a A.v. Weezel”, *Política Criminal*, N°7, 2009, disponible online: http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_07/Vol4N7D1.pdf, fecha de visita: 15/02/2012. Actualmente el artículo y su respuesta, se encuentran compilados en MATUS, Jean Pierre, *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo*, XIII, Colecciones de Ciencias Penales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011, pp. 311-341.

19 JAKOBS, ob. cit., p. 857. Los mismos ejemplos de JAKOBS son ilustrativos al señalar el “influir” §125, “prestar auxilio” en el §257.1, en el §323 c, así como «acechar la caza»

miento, no se expresa en términos finales en la descripción de sus verbos rectores “adquiera” o “almacene”. Tampoco hace utilización de otras expresiones que indiquen una cierta tendencia, o donde los verbos se orienten a describir una finalidad a alcanzar, como por ejemplo, la de poner el material pornográfico en circulación²⁰, o cualquier otra cláusula o expresión que identifiquen al almacenamiento como un delito mutilado en dos actos²¹.

Esto es importante, ya que se recurre en algunos casos a la finalidad del almacenamiento, para subordinar su acción de modo necesario a la del tipo del inc. 1° del art. 374 bis. Sin embargo, la no expresión de finalidad, ahuyenta la posibilidad de ser considerada necesariamente como una etapa previa del tipo recién mencionado. Y esto es tan así, que aun los defensores del concurso de leyes penales, entienden que no existen elementos subjetivos en el tipo de almacenamiento de material pornográfico de menores que indiquen preordenación a la difusión²².

Para el caso de la cláusula “maliciosamente” que usa el inciso 2° del art. 374 bis, vale extender el significado que a otras figuras se da por la doctrina penal por utilizar la misma voz²³, y que indicaría que la comisión del hecho sólo soporta el dolo directo con exclusión del dolo eventual y la culpa²⁴ -en el obvio entendimiento que es la conducta típica la mencionada como objeto de ser abarcada por el dolo, y no del conocimiento de otros elementos, tales como la edad de los sujeto pasivos-, lo que por ende, deslegitima que aquella

en el §292.1 todos del StGB. El §125.1 StGB señala: “Quien como autor o participe tome parte en: quien influya en la multitud para propiciar su participación en tales actividades [de peligro para la seguridad pública]; el §257.1 señala: “Quien ayuda a otro que ha cometido un hecho antijurídico, con la intención de prestarle ayuda para asegurarle las ventajas del hecho”; en el §323c expresa: “Quien en casos de accidentes o de peligro público o de necesidad no preste ayuda pese a que es requerida y le es exigible”.

- 20 COIX LEIXELARD, Juan Pablo, “Los delitos de producción, adquisición y tenencia maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del derecho penal”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, 2005, Semestre I, pp. 145-154, p. 152.
- 21 Esta es la situación que ocurría, por ejemplo, en el antiguo artículo 189.1.b inciso 2° del Código Penal español, antes de la reforma por la LO 15/2003, el cual rezaba “A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior”. Al menos en ese sentido era interpretada la disposición por la doctrina penal española. Vid. TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 130.
- 22 CANTILLANA, op.cit., p. 112.
- 23 POLITOFF, Sergio/GRISOLÍA, Francisco/BUSTOS, Juan, *Derecho penal chileno, Parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 149, 199, 201.
- 24 Por todos, DE LA FUENTE, op.cit., p. 185; CANTILLANA, op.cit., p. 111. Igualmente en SCS, considerando décimo, 18-8-2009, en *Revista de la Justicia Penal*, N°5, septiembre, II. Jurisprudencia, Librotecnia, Santiago de Chile, pp. 225-240, 2009, p. 230.

haya de constituir un significado subjetivo para el tipo distinto, o la de abarcar una finalidad adicional a aquella que signifiquen preordenación del almacenamiento a la conducta típica de la difusión o comercialización.

Además, el tipo penal del almacenamiento consignado en el art. 374 bis inciso 1°, no contiene expresiones gramaticales que correspondan a elementos que posean una significación orientada a la preordenación del almacenamiento a la difusión, comercialización o tráfico, fuera del elemento subjetivo que indica exclusión de todo lo que no sea dolo directo y de las conductas típicas. Algunas opiniones en doctrina, van en ese sentido. DE LA FUENTE, por ejemplo, y para dar un concepto de almacenamiento, desecha el significado equivalente a la finalidad para difundir el material, que en los debates legislativos de la Ley 19.927 se vertió como probable, basada en el hecho que “en aquellos ordenamientos en los que se han optado por castigar el almacenamiento preordenado al tráfico (...) se ha establecido expresamente en la ley esa voluntad, cuestión que no ocurre en el tipo penal chileno”²⁵.

IV. Relaciones entre el tipo mixto del art. 374 bis inc 1°, y el tipo de la adquisición o almacenamiento: la unidad de significación como base

El artículo 374 bis inciso 1° ha de considerarse como un *tipo con pluralidad de hipótesis*, como habría de ser referido por la doctrina nacional²⁶, y de la clase de los *tipos mixtos alternativo*, como llama la doctrina penal alemana y española a esta clase en general²⁷, y como tal, se expresan seis conductas típicas representadas por sus verbos rectores (“comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba”), del mismo modo que el Código Penal español para el tipo penal de su artículo 189.1.b²⁸. Esto supone dos clases de relaciones lógicas, como es la relación de unidad al interior del tipo alternativo y de exclusión respecto de otras conductas típicas.

En primer lugar, la técnica del legislador de la Ley 19.927 ha sido, para aquellos casos en que ha regulado más de una conducta típica en un artículo, conve-

25 DE LA FUENTE, ob. cit., p. 182.

26 Si bien esta categorización se ha utilizado en Chile sólo para señalar los que la doctrina alemana y española llama *tipos mixtos alternativos* (*Infra.*, nota al pie siguiente), se ha preferido utilizar ésta por el autor, como una fórmula genérica de categoría que englobe tanto a estos últimos como a los *tipos mixtos cumulativos*.

27 Vid. BELING, ERNST VON, Esquema de derecho penal -La doctrina del delito-tipo, [trad. SANTIAGO SOLER], Editorial DePalma, Buenos Aires, 1944, §15, N°1, III, p. 38 y ss.; MEZGER, EDMUND, *Tratado de Derecho Penal*, [trad. JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ], Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pp. 327-328; GIL Y GIL, ALICIA, “Los tipos mixtos alternativos y su clasificación”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N°Extra 1, 2000, pp. 77-92; y en *Derecho Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 289 y ss.

28 TAMARIT SUMALLA, op.cit., p.127.

nir en su unión a través de tipos con pluralidad de hipótesis (art. 361), o bien, la separación de dichas conductas (art. 366 quáter). En los casos señalados, las conductas que han sido separadas en incisos distintos, no representan una relación que responda a posibles etapas dentro de una planificación criminal o empresa delictual, siendo consideradas sistemáticamente, y según este criterio, ontológica y fenomenológicamente como unidades típicas independientes.

En segundo lugar, las conductas descritas en el inciso 1° del art. 374 bis en su relación con la adquisición o el almacenamiento descrito en el inciso 2° del art. 374 bis, no se encuentran necesariamente orientadas como configurando una posible unidad de empresa criminal, si se consideran sus significados semánticos y jurídico-penales. En efecto, los verbos rectores del inc. 1° podrían incluir el almacenamiento como conducta previa a las descritas, pero no en una relación de necesidad, ya que, no toda comercialización implica necesariamente un previo almacenamiento como no toda exportación, distribución, difusión y exhibición implican a su vez previo almacenamiento. Dicho de otro modo, siempre pueden existir las conductas del inciso 1° del art. 374 bis sin almacenamiento previo.

El lector avezado advertirá que una de las conductas descritas en el art. 374 bis fue omitida en su mención, en el párrafo anterior, por el autor de este artículo científico, cual es, la de “importación”. Y fue suplida su mención, puesto que ésta es excepcional a las anteriores en su significación relacionada, ya que una importación nunca implica almacenaje previo, si la conducta ha de mirarse en su sentido jurídico-penal, esto es, como conductas típicas descritas por la ley nacional. Ello porque claro, si consideramos las conductas en cuanto meros hechos sin tipicidad alguna, o bien tipos penales a considerar bajo la luz de leyes de aplicación inter, extra o supranacional, la importación como conducta puede, aunque no necesariamente, implicar el almacenamiento. Sin embargo, y dado a que la descripción de las conductas se efectúa dentro del derecho nacional, la importación nunca podría integrar típicamente al almacenamiento, por ser la importación *necesariamente* el primer hecho en suelo nacional, tanto desde el punto de vista fáctico como típico²⁹. Como el inciso 1° del art. 374 bis responde a una unidad típica y de sentido, las conductas descritas son igualmente así consideradas, con lo que no puede ser posible –salvo de estimar la ley ilógica o un absurdo– que una de sus conductas haga excepción sobre un punto dogmáticamente significativo. Los elementos acumulados, en tanto conductas típicas alternativas, responden a la unidad de significado que posibilitó el efecto del tipo alternativo.

Bajo esta premisa, no se puede por consecuencia entender una cosa respecto de un elemento y otra respecto de los otros. Por ello, si la importación no implica nunca el almacenamiento, entonces tampoco puede colegirse que el

29 Esto más aún, cuando no existen en Chile principios como el de *justicia universal*, que el artículo 23 LOPJ de la legislación española consagra para sí.

significado de las otras conductas típicas alternativas, lo impliquen jurídico-penalmente.

Siendo así, y conforme a este argumento, no podríamos estimar que la adquisición o el almacenamiento hubiese de entenderse interpretativamente como un acto integrante de una empresa criminal, sino más bien, como un acto separado para su punibilidad, y por ende, un tipo penal que no entra en una relación de subordinación fenomenológica con respecto al tipo alternativo del inciso 1° del art. 374 bis.

V. Conclusión

Los argumentos esgrimidos, como se había anunciado en la exposición, se dirigen en el sentido de desestimar la existencia de las relaciones de preordenación y ejecutivas entre el tipo penal del inciso 2° del art. 374 (almacenamiento material pornográfico de menores) y el inciso 1° del art. 374 (difusión material pornográfico de menores) del Código Penal. Esto lleva a considerar la inexistencia de necesidad de la difusión o comercialización frente al almacenamiento, lo que excluye la preordenación y la unidad ejecutiva. No se desconoce que en la realidad, se presenten situaciones en las cuales quien almacene con posterioridad difunda. Pero ello ya pertenece a las relaciones fácticas, y no normativas, y el presupuesto desde donde se parte aquí para el análisis, son las relaciones que se infieren del tejido dogmático que presenta la legislación penal chilena.

APROXIMACIONES A LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS Y A LAS CUESTIONES CONCURSALES EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS VINCULADOS A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

*Alejandra Vera Azócar
Ivonne Sepúlveda Sánchez¹*

*“Los niños son el recurso más importante
del mundo y la mejor esperanza
para el futuro”*

I. Presentación

Normalmente sucederá que una sola acción satisfaga el contenido de un tipo penal, caso en el cual el sujeto será condenado por un único delito, no teniendo aplicación las reglas concursales. Sin embargo, puede ocurrir que varias acciones constituyan otros tantos hechos típicos, por lo cual nuestro legislador, para el cumplimiento del principio de necesidad de la pena y por razones de política criminal, ha establecido reglas para la determinación de la pena en los casos de pluralidad de delitos. En virtud de estas reglas se persigue determinar qué pena deberá aplicarse en los casos en que existan varios hechos cometidos por un solo agente, y que importen la comisión de más de un delito.

En los delitos sexuales y especialmente en los delitos relativos a la pornografía infantil, se han suscitado algunos inconvenientes en torno a la pluralidad de conductas típicas que pueden ejecutarse en un mismo contexto espacio temporal. En este sentido, en la comisión de estos delitos será preciso determinar si se trata de varios hechos que dan lugar a varios delitos, si es un solo hecho que constituye dos o más delitos, o si el hecho aparentemente está comprendido en varios tipos delictivos, pero en definitiva sólo es aplicable uno de ellos.

En los delitos de producción, distribución y almacenamiento de material pornográfico infantil, esta problemática se ha visto acrecentada debido a la habitualidad con que se presenta, convirtiéndose este punto en una materia usualmente debatida al momento de la determinación de la pena que le corresponde al autor. Así, es frecuente que nos encontremos en presencia de un sujeto que produzca, distribuya y almacene material pornográfico infantil, o que incluso para la comisión de estos ilícitos ejecute otras agresiones

1 Abogadas de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

sexuales, tales como violación o abuso sexual, lo que implicará determinar si estamos frente a un concurso ideal, real, medial, o aparente, disyuntiva que buscaremos ir dilucidando a lo largo de estas páginas.

Con todo, antes de profundizar en el estudio del tema concursal, será necesario abordar una cuestión que también ha sido ampliamente discutida tanto doctrinal como jurisprudencialmente, cual es, la determinación de los bienes jurídicos protegidos en los delitos relativos a la pornografía infantil, materia que juega un rol fundamental y que resultará indispensable disipar para identificar el tipo de concurso que será aplicable en estas situaciones.

II. Bienes jurídicos protegidos en los delitos vinculados a la pornografía infantil

Tradicionalmente, en el ámbito de los delitos sexuales, se ha sostenido que los bienes jurídicos protegidos son fundamentalmente la libertad e indemnidad sexual, entendiéndose por consiguiente, que el objeto de tutela en esta clase de ilícitos es la capacidad de autodeterminación de una persona en lo que se refiere a su vida sexual y el libre y normal desarrollo de su sexualidad, esto es, “el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual, en atención al daño –físico, psíquico o emocional– que tal experiencia puede ocasionar en el común de los seres humanos”².

Esto aparece reforzado por los cambios introducidos por la Ley N°19.927 que “Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil”, toda vez que dicho cuerpo normativo incorporó un numeral 10 en el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, reconociendo expresamente a la libertad e indemnidad sexual como bienes jurídicos protegidos, al menos en los ilícitos sexuales que allí se consignan.

Sin perjuicio de lo anterior, gran parte de la doctrina ha venido sosteniendo que no existe un bien jurídico único y común, presente a lo largo de todos los delitos sexuales, planteándose posturas que utilizan otras locuciones para referirse al objeto de tutela en estas infracciones. Así, concibiendo a estos delitos como pluriofensivos, se ha referido que, además de la libertad e indemnidad sexual, concurrirían como bienes jurídicos protegidos, la intangibilidad sexual,

2 RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS. “Delitos Sexuales”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 124. Para el autor, la indemnidad sexual alude a un estado de bienestar relacionado con la forma en que cada cual asume la vida sexual, en atención a su edad, su desarrollo físico y psíquico, su orientación sexual, su escala de valores, su educación, su nivel de relaciones sociales y sus experiencias vitales previas. Asimismo, presupone tanto la existencia de un ámbito de privacidad referido al ejercicio de la actividad sexual, el que forma parte y al mismo tiempo condiciona el estado de bienestar en que aquél se concreta, como la facultad de no verse expuesto a ningún tipo de daño o perturbación a consecuencia de los actos que pueda ejecutar un tercero.

la dignidad humana, la honestidad, la protección de la intimidad sexual e integridad personal, y la moral pública o social.

Ante este complejo escenario, pareciera ser adecuado procurar albergar un concepto más comprensivo del objeto de tutela en los delitos sexuales, el cual incluya al menos las expresiones de libertad e indemnidad sexual. En este sentido, cabe señalar que el legislador, mediante la Ley N°19.927, reemplazó el epígrafe del Título VII del Libro II, que rezaba “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”, por “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. Esta modificación, al acuñar la nomenclatura de integridad sexual, constituye un avance en la tradicional discusión doctrinaria relativa a los bienes jurídicos susceptibles de protección, proporcionando un factor de adhesión o criterio más unificador para las diversas infracciones sexuales³. Asimismo, dicho concepto guarda relación con lo establecido por la Carta Fundamental, que en su Art. 19 N°1 asegura a todas las personas el derecho a la integridad física y psíquica, entendiéndose que esta protección constituye un concepto amplio que debe abarcar las distintas esferas que forman parte de la integridad de la persona, dentro de la cual se encuentra ciertamente, la integridad sexual.

Se ha entendido que la integridad sexual es una proyección de la integridad personal llevada al plano de la sexualidad, lo que según René Molina implica que “la persona ha de quedar a salvo –o incólume– frente a toda conducta sexual de un tercero, capaz de producirle un detrimento físico, psíquico o emocional. En este sentido, desde un punto de vista sistemático, nos parece que la integridad sexual es un criterio que permite aglutinar la totalidad de los delitos sexuales y, desde una perspectiva político-criminal, permite valorar las conductas sexuales de acuerdo con la importancia que reviste cada una de las formas de lesión a las referidas esferas de la existencia humana, como asimismo permite explicar el trato más severo que merecen aquellas conductas que tiene como sujeto pasivo a menores de edad; todo lo anterior en concordancia con las expectativas de la opinión pública”⁴.

Sin duda, el terreno se pone aún más pedregoso tratándose de los delitos vinculados a la pornografía infantil. Este punto no ha estado exento de discusiones y controversias, tanto en el plano doctrinal como jurisprudencial, por

3 En este punto, resulta necesario esclarecer que si bien estamos contestes en que las locuciones dispuestas en los epígrafes de un texto legal, pueden no determinar necesaria y suficientemente los bienes jurídicos protegidos bajo dichas normas, no deja de revestir alta relevancia el hecho de que dicha mención constituye un elemento decisivo para la interpretación de los tipos penales. Véase en este sentido a Molina Cantillana, “Delitos de pornografía infantil”. Santiago, Librotecnia, 2008, p. 55.

4 MOLINA CANTILLANA, RENÉ. “Delitos de pornografía infantil”. Santiago, Librotecnia, 2008, p. 57.

lo cual y sin pretender zanjar finalmente las posturas, buscaremos adelantar algunos pasos en esta enmarañada materia de la tutela penal.

Bienes jurídicos protegidos en el delito de producción de material pornográfico infantil

No existe duda de que el delito de producción de material pornográfico infantil, contemplado en el Art. 366 quinquies del Código Penal, se erige como una grave lesión a bienes jurídicos de trascendente significación, cuya transgresión es digna e indispensablemente objeto de tutela penal.

Sin embargo, el tema que sí ha suscitado controversias, es el relativo a los bienes jurídicos que se proclaman como merecedores de protección en este tipo de ilícitos. En nuestro país este tema no se ha desarrollado a cabalidad y, al igual que en la doctrina comparada, no existe una unificación de criterios que permita establecer con claridad el bien amparado. Así, para los efectos de la determinación del bien jurídico protegido, parte de la doctrina española ha distinguido entre las infracciones sexuales cometidas a menores o mayores de edad, viendo en el primer caso una protección dirigida a los procesos de formación y socialización de los menores o a la indemnidad sexual, y en el segundo una tutela a la libertad sexual⁵. Por su parte, Morillas Fernández, distingue entre aquellos casos en que la elaboración de material pornográfico infantil se ha efectuado subrepticamente o estando consciente el sujeto pasivo de que es objeto de la realización de la conducta típica; en el primer supuesto el bien jurídico será la intimidad del menor, mientras que el segundo será la indemnidad sexual⁶. Finalmente, Tamarit Sumalla, es del parecer de que el bien jurídico protegido en este delito es la libertad sexual⁷.

Ahora bien, para comenzar a desentrañar el bien jurídico protegido en el delito de producción de material pornográfico infantil, será necesario determinar el objetivo que tuvo el legislador al consagrar este tipo penal. Conforme a la historia de la Ley N°19.927, la intención de su tipificación estaba dirigida a la protección de los menores de edad, sin el establecimiento de distinciones etarias, señalándose en este sentido que “estamos en presencia de una categoría de hechos que francamente esconde una impunidad que requiere la adopción de medidas legislativas, con el objeto de lograr no sólo la protección de los menores, que es el bien jurídico más importante de cautelar, sino fun-

5 En este sentido Orts Berenguer y Alonso Rimo, pp. 31, 32, 42 y 50 a 53, citados en De La Fuente, Claudia. de pornografía infantil”. Santiago, LegalPublishing, 2008, p. 58.

6 MORILLAS FERNÁNDEZ, DAVID. “Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil”. Madrid, Editorial Dykinson, 2005, p. 178.

7 DE LA FUENTE, CLAUDIA. “Delitos de pornografía infantil”. Santiago, LegalPublishing, 2008, p. 58 y 59.

damentalmente la sanción de los responsables de estos ilícitos”⁸. Asimismo, se indicó que era indispensable un cambio en la legislación que incluyera a todos los menores de edad, por cuanto la disposición anterior fijaba en doce años la protección legal frente al delito, pero en lo que se refería a mayores de esa edad y menores de dieciocho años, requería, además, la concurrencia de circunstancias comisivas, como la violencia o intimidación, por tanto, respecto de los mayores de doce y menores de dieciocho años, la conducta quedaba impune si no concurrían tales circunstancias, lo que abiertamente “estaría en contradicción con la tendencia que se desprende del estudio comparado de las normas de derecho de los distintos países y que da lugar a la posibilidad de que los pederastas busquen niños mayores de 12 años, evitando deliberadamente la concurrencia de alguna circunstancia que haga punible su conducta, para producir pornografía. En tales casos, añaden los autores, el aparente consentimiento de la víctima dejaría a los autores en la impunidad”⁹.

Conforme lo anterior y al tenor del Art. 366 quinquies del Código Penal, que sanciona a todo aquel que participe en la producción de material pornográfico, en cuya elaboración “hubieren sido utilizados menores de dieciocho años”, no queda sino concluir que el ordenamiento jurídico penal no concede a los menores de dieciocho años en este tipo de ilícitos –como tampoco en los delitos de distribución y almacenamiento de material pornográfico infantil–, capacidad para consentir válidamente su utilización en la producción de material pornográfico infantil, o que dicho material se distribuya o almacene, negándoseles por consiguiente, la posibilidad de disponer de su autodeterminación sexual.

En este orden de ideas, los bienes jurídicos que pueden vislumbrarse amparados por esta figura, son la indemnidad y libertad sexual, sin perjuicio de lo cual nos parece más adecuado, tal como hiciéramos mención precedentemente, referirnos a la integridad sexual como objeto de tutela en el delito de producción de material pornográfico infantil, pues su utilización en la elaboración de material pornográfico infantil “constituye una conducta susceptible de producir un detrimento en su bienestar físico, psíquico y emocional, repercutiendo así de manera grave en el normal desarrollo de su sexualidad”¹⁰.

Es posible considerar a la indemnidad como bien amparado, toda vez que lo que la ley considera y desvalora no es la efectiva producción de las reacciones o consecuencias negativas de la infracción sexual, “sino la mera potencialidad de afectación que ella asigna a las distintas hipótesis conductuales que sanciona.

8 Senado, Discusión en Sala. Proyecto de ley que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal en materia de delitos de pornografía infantil, 8 de octubre de 2003, p. 3.

9 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, p. 4.

10 MOLINA, R. *Op cit.* p. 58.

Esto trae consigo dos importantes consecuencias: primero, que puede tenerse por configurado un ataque contra la indemnidad sexual, aun cuando la víctima no experimente ninguna reacción adversa frente a su involucramiento en un contexto sexual (y, más todavía, aunque experimente algún grado de placer o bienestar)...”¹¹.

La situación se torna más compleja al sostener que también la libertad sexual se ve amparada por esta figura, pues si concebimos dicho concepto restrictivamente, esto es, sólo como la “facultad de disponer del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto por la libertad ajena y, al mismo tiempo, como facultad de repeler las agresiones sexuales de otro”¹², no guardaría mayor sentido que la incorporemos como bien jurídico, pues, tal como señaláramos unas líneas atrás, el legislador no otorga en el delito de producción de material pornográfico infantil –como tampoco en los delitos de distribución y almacenamiento de material pornográfico infantil– capacidad de autodeterminación sexual a los menores de dieciocho años, en consecuencia, mal podrían éstos consentir válidamente la ejecución de actos de connotación sexual.

De esta forma, nos referiremos acá a la libertad sexual con una visión no tan delimitada y a la luz de lo sostenido por gran parte de la doctrina y legislación comparada, tomando especial consideración al Código Penal Español, que reconoce expresamente a la libertad e indemnidad sexual como bienes jurídicos protegidos en este tipo de ilícitos, contemplando este delito en el Capítulo V del Título VIII bajo el epígrafe “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Así las cosas, entendemos a la libertad sexual de forma coincidente a lo sostenido por Díez Ripollés, esto es, como valor conformado por dos vertientes, una positiva y otra negativa, de acuerdo a la positiva “la libertad sexual consistiría en la libre disposición de la persona de sus propias potencialidades sexuales, tanto en el comportamiento particular como frente a los demás, y en virtud de la vertiente negativa en el derecho de la persona a no verse involucrada sin su consentimiento por otra persona en un contexto sexual”¹³. En virtud de esta concepción es que coincidimos con el autor en que “con la tutela de la libertad sexual no se aspira simplemente a garantizar a toda aquella persona que posea la capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, sino que el objetivo es más ambicioso: se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad... En suma pasan a ser objeto de atención del derecho penal todas aquellas conductas que invo-

11 RODRÍGUEZ, L. *Ob. cit.* p. 126.

12 BAJO FERNÁNDEZ, p. 171, citado en Rodríguez Collao, Luis, “Delitos Sexuales”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 61.

13 DÍEZ RIPOLLES, citado en De la Fuente, Claudia, “Delitos de Pornografía Infantil”, LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 105.

lucran a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad”¹⁴. En este orden de ideas y salvando aquellas teorías que la ven sólo como un valor en aquellos casos en que exista posibilidad de autodeterminación sexual, la libertad sexual aparece ciertamente en este tipo de delitos, como un bien jurídico cuya tutela penal resultará indispensable.

Conjuntamente a la integridad sexual y tratándose este ilícito de un delito pluriofensivo, estimamos además, que en estos casos concurren como bienes jurídicos protegidos la dignidad, el derecho a la protección de la imagen, y el honor. En este contexto, cabe señalar que si bien en un primer momento se discutió lo relativo a la dignidad como bien jurídico protegido, arguyéndose principalmente que por tratarse de una condición inherente a la persona humana no alcanzaba concordancia con la percepción de derechos de la persona, dicha noción se ha ido superando hasta forjarse actualmente, con bastante aceptación, el planteamiento de concebir a la dignidad como valor a tutelar¹⁵. Existen poderosos argumentos de orden constitucional para sustentar aquello, toda vez que el constituyente consagró a la dignidad como base de la institucionalidad y como principio orientador de todo el ordenamiento jurídico, debiendo tanto el Estado como los individuos, ajustar sus actuaciones conforme a la consideración que merece la persona humana en su dignidad, favoreciendo “las condiciones para que cada cual se desarrolle y exista conforme a su situación de ser dotado de dignidad”¹⁶. Por otro lado y en cuanto a los restantes bienes jurídicos mencionados, parece ser plausible sostener que la utilización de menores de edad en la producción de material pornográfico infantil involucrará además, una tutela al derecho a la propia imagen del menor y a su honor, toda vez que el menor no advierte o consiente su participación en la filmación, se accede a un ámbito de su vida privada mediante la captación de su imagen y se la utiliza en forma contraria a sus intereses. En este sentido, destaca especialmente la sentencia del Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en virtud de la cual el tribunal afirma que en el delito de producción de material pornográfico infantil “además se busca proteger la imagen y el honor del menor de edad en función de su desarrollo integral, a fin de evitar el peligro de verse expuestos a una divulgación de ese material lo que naturalmente vulneraría aquello”¹⁷.

14 Ibid.

15 Autores como González Pérez y Rodríguez Collao entienden a la dignidad como el rango o categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado, en definitiva, es la superioridad e importancia de que es merecedora la persona humana por el sólo hecho de ser tal.

16 RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS. “Proyecciones penales del concepto de dignidad de la persona”. Anuario Universidad Internacional Sek, Santiago, 1996, p. 186. Cabe señalar que esta concepción relativa a considerar a la dignidad como bien jurídico protegido, ha tenido asentimiento tanto en la doctrina como en la legislación comparada, así por ejemplo, el Código Penal Francés regula estas figuras en el epígrafe “Atentados contra la dignidad de la persona”.

17 Sentencia RUC N°0700266513-6, RIT N°214-2007, Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago de fecha 12 de diciembre de 2007.

Bienes jurídicos protegidos en el delito de distribución de material pornográfico infantil

Pretenderemos aproximarnos a la identificación de los bienes jurídicos tutelados en el delito de distribución de material pornográfico infantil, contemplado en el artículo 374 bis inciso primero del Código Penal, refiriéndonos primeramente a la historia fidedigna de la Ley N°19.927 que incorporó esta figura al Código Punitivo. En el marco de las ideas matrices o fundamentales del proyecto, se consignó que el pilar jurídico primordial en esta materia lo constituía la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo, instrumentos internacionales en virtud de los cuales, los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales, y con este fin deberán tomarse todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir, entre otros, la explotación del niño en materiales pornográficos. De acuerdo a ello, cabe concluir que “los bienes jurídicos protegidos no se reducirían únicamente a la integridad y libertad sexual de los menores, sino que tendrían también especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la indemnidad de los menores, cuya voluntad, sin la necesaria información para ser considerada verdaderamente libre, no puede ser relevante respecto de la licitud de conductas que sí podrían serlo entre personas adultas”¹⁸.

De esta forma, –y además de lo ya referido en el delito de producción de material pornográfico infantil respecto a la dignidad humana–, el legislador tuvo a la vista dicho valor como objeto de protección. Así las cosas, es factible concluir que la dignidad humana es uno de aquellos bienes jurídicos tutelados por el precepto legal en comento, pues al distribuirse o difundirse el material ilícito en cuya elaboración se utilizó a menores de edad, se les está cosificando o instrumentalizando, desconociéndose su calidad jurídica de sujetos de derecho y apartándolos, en definitiva, a la mera categoría de cosas u objetos.

Por otro lado, ha resultado más bien consensuado, tanto en la doctrina nacional como comparada, que la intimidad del menor es uno de los bienes jurídicos fundamentales protegidos por esta norma. En este sentido, el autor argentino Pandolfi sostiene que lo que esta figura defiende es la reserva e inexperiencia sexual de los más jóvenes y, paralelamente, su derecho a la intimidad. Por su parte, Morillas Fernández afirma que el objeto tutelable en la figura del tráfico de pornografía infantil es la intimidad del menor, en tanto se procede a vender, distribuir, difundir o exhibir material obtenido de manera ilegítima, independientemente de si ha mediado su consentimiento, guardando este valor una representación acorde y específica de lo que el legislador penal ha preten-

18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, pp. 11-12.

dido amparar con la tipificación de esta conducta. Todo lo anterior encuentra mayor sustento en la mencionada imposibilidad de consentir que poseen los menores de dieciocho años, lo cual refleja que para aquellos la intimidad es un bien jurídico no disponible tratándose de la distribución de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados¹⁹.

Como sabemos, este derecho a la intimidad del menor se encuentra consagrado en el artículo 19 N°4 de la Constitución, el cual asegura a todas las personas “el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia”, y en el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación” y que “el niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”. Rodríguez Collao ha entendido este derecho como el reconocimiento que se le brinda al individuo de la posibilidad de mantener en secreto y como inviolables ciertas manifestaciones de su vida; “básicamente por ser ello absolutamente necesario para el desarrollo humano y para el pleno ejercicio de los atributos de la personalidad”²⁰. Ahora bien, la intimidad sexual constituye uno de los enfoques de la intimidad orientada a la “inviolabilidad de un ámbito de actuación que toda persona aspira a mantener para sí, con exclusión de cualquier injerencia proveniente del exterior... alude, específicamente, al espacio vital que cada cual deja para sí, en todo lo que respecta a las manifestaciones del instinto carnal; de manera que se afecta la intimidad sexual de un individuo cada vez que alguien cruza el umbral de aquella zona de reserva, con el propósito de involucrarlo en un contexto lúbrico... el concepto de intimidad se aprecia aquí en estrecha relación con la idea de bienestar físico y psíquico, puesto que la proscripción de cualquier intromisión en el plano de la sexualidad se justifica, precisamente, en la necesidad de sustraer al individuo de cualquier posible detrimento emocional o que afecte el desarrollo de su personalidad”²¹.

De esta forma, la comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición de material pornográfico infantil, implica una intromisión indebida o transgresión a aquel ámbito de la esfera de la intimidad que todos los seres humanos desearían guardar para sí, lo que en definitiva, produce graves detrimentos al bienestar físico, emocional o espiritual de los menores involucrados.

No olvidemos que, tal como en el caso del delito de producción de material pornográfico infantil, en el delito de distribución de dicho material ilícito,

19 Morillas Fernández y Pandolfi, citado en Molina Cantillana, René. “Delitos de pornografía infantil”. Santiago, Librotecnia, 2008, p. 83.

20 RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS. “Delitos Sexuales”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 84.

21 Idem, pp. 85-86.

existe una pluralidad de bienes jurídicos protegidos. En consecuencia, es dable sostener que en esta figura también se encuentran amparados el derecho a la imagen y el honor, conforme a los argumentos ya reseñados respecto del delito del artículo 366 quinquies del Código Penal²².

Bienes jurídicos protegidos en el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil

El tema del bien jurídico protegido en el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil, consagrado en el artículo 374 bis inciso segundo del Código Penal, ha sido uno de los más debatidos y que mayor complejidad ha presentado a la hora de adoptar alguna posición, toda vez que esta figura no supone una preordenación de las conductas de adquirir o almacenar a la posterior difusión o distribución del material ilícito, sancionándose en nuestro ordenamiento, la mera tenencia o posesión de dicho material, sin necesidad de verificar la concurrencia de alguna intención o finalidad en el autor.

En este contexto, se han presentado innumerables discusiones doctrinarias y jurisprudenciales en torno a considerar a la libertad e indemnidad sexual de los menores de edad como bienes jurídicos protegidos por el delito de almacenamiento, pues la acción típica de adquirir o almacenar guardará relación con el material ilícito que ya fue producido y no con los menores de edad que fueron utilizados para producir dicho material.

Como este tipo de encrucijadas escapan de una simple apreciación, será indispensable recurrir primeramente a analizar la intención que tuvo el legislador para tipificar esta conducta.

Conforme a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°19.927, uno de los principales fundamentos o ideas matrices para introducir estas conductas en nuestro ordenamiento, estaba referida a la necesidad de sancionar a toda la cadena criminal que participa en la producción del material pornográfico infantil, esto es, el que produce, el que distribuye, y finalmente el que almacena, por cuanto este último contribuye al mantenimiento y expansión de la industria dedicada a la explotación sexual infantil. En este sentido, se señaló que “quienes poseen pornografía infantil son parte de la cadena criminal que destruye la dignidad de los niños y promueve su utilización en prácticas sexualmente abusivas y dañinas”²³.

22 Es importante tener presente que no pretendemos descartar a priori la indemnidad sexual como bien jurídico protegido en este tipo de delitos, por cuanto en ellos se afectan condiciones síquicas, físicas y emocionales de los menores, referidas a un aspecto de su vida que cada cual debería guardar para sí, esto es, la esfera sexual. Asimismo, podría sostenerse que la indemnidad sexual se vería afectada como probabilidad futura al brindarse al agente la posibilidad de disponer o utilizar a su arbitrio el material ilícito, lo cual representa un riesgo para el menor que el Derecho Penal no puede estar dispuesto a dejar sin tutelar.

23 Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, Primer Trámite

Desentrañando la intención del legislador, es posible concluir que consideró a la dignidad de los menores de edad como el bien jurídico cuya tutela penal resultaría imprescindible. Esto aparece reforzado por la doctrina extranjera, así en España Gimbernat Ordeig manifiesta que el adquirente de pornografía infantil, por una parte y cada vez que pasan en el video las imágenes reproducidas, perpetúa el ataque a la dignidad y a la libertad de los niños que han sido grabados previamente; y, por otra parte, contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante industria, que tiene como objeto y presupuesto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra niños y niñas²⁴.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, estimando que la dignidad del menor es el bien jurídico protegido en el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil, señalando en lo pertinente que *“consideran estos sentenciadores que el bien jurídico tutelado en este delito es la dignidad del menor expuesto en un contexto de representación de su corporeidad con fines primordialmente sexuales, lo que importa cosificarlo, reduciendo su propia imagen a un objeto destinado a satisfacer los deseos sexuales de otro, alienándola de su calidad de sujeto y, en definitiva, instrumentalizar una característica primordial en la constitución de la personalidad, nuestra propia imagen”*²⁵.

A esto se suma y como ya lo mencionáramos, el hecho de que el legislador tuvo presente en la redacción de estas normas lo preceptuado por la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales ratificados por Chile, en virtud de los cuales resulta posible afirmar que los bienes jurídicos protegidos por estos tipos penales no pueden referirse exclusivamente a la integridad y libertad sexual de los menores, pues se trata de delitos pluriofensivos que atentan además, contra aspectos tales como la dignidad de los menores, su intimidad, y su indemnidad.

Así las cosas, estimamos más apropiado sostener que la dignidad y la intimidad de los menores de edad son los bienes jurídicos que se encuentran amparados por esta figura²⁶. En efecto, aquel que adquiere o almacena material pornográfico en cuya elaboración han sido utilizados menores de dieciocho

Constitucional, Cámara de Diputados, p. 1.

24 GIMBERNAT ORDEIG, E. “Prólogo a la Novena Edición”, Código Penal. Madrid, citado en De la Fuente, Claudia, *ob. cit.*, p. 172.

25 Sentencia RUC N°0900238875-5, RIT N°22-2011, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, de fecha 13 de mayo de 2011.

26 Es posible sostener que no se descarta acá la indemnidad sexual como bien jurídico protegido, entendiéndose que ésta podría resultar afectada como probabilidad futura, encontrándose el tipo vinculado político-criminalmente a los fines de la prevención general negativa. Véase en este sentido a Esquinas y a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 43/2002, de 6 de febrero, citada en Morillas Fernández, en virtud de la cual la circunstancia de poseer material pornográfico infantil conlleva un eventual riesgo futuro de lesionar el bien jurídico protegido, señalándose en lo pertinente que *“...quedando además la grabación en poder del adulto..., posibilitando una utilización ulterior por su parte, a su libre disposición y decisión sin control por aquella, incluso con*

años, no hace otra cosa más que instrumentalizarlos, desconociendo su calidad de sujetos de derecho, y reduciéndolos en definitiva, a la mera categoría de objetos o cosas. Asimismo, esta adquisición o almacenamiento vulnerará el derecho a la intimidad del menor –que como ya señaláramos se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel legal como constitucional–, toda vez que existe una intromisión a la esfera privada e íntima del menor, quien tiene derecho, en palabras de Rodríguez Collao, a la inviolabilidad de un ámbito de actuación que toda persona aspira a mantener para sí, con exclusión de cualquier injerencia proveniente del exterior²⁷.

Igualmente, resulta posible advertir que el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil tutela además, la moral sexual colectiva, por cuanto este tipo de conductas son lo suficientemente lesivas para ocasionar la intervención del ius puniendi estatal, persiguiéndose proscribir la adquisición o almacenamiento de cualquier tipo de imagen u obra con contenido pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad, y desincentivar o reducir la demanda de este tipo de material por medio de una disminución de la oferta, todo lo cual, tiene por finalidad resguardar ciertos cánones valiosos para el bienestar de la sociedad y reprimir o evitar la proliferación de las desviaciones, perversiones o bajos instintos sexuales²⁸.

Finalmente, es importante destacar que en este ilícito, tal como ocurre en los delitos de producción y distribución de material pornográfico infantil, también podemos observar que existe una pluralidad de bienes jurídicos protegidos y, por tanto, además de la dignidad, intimidad de los menores y la moral sexual colectiva, será objeto de tutela el derecho a la imagen y el honor, de acuerdo a los fundamentos ya mencionados precedentemente.

III. Cuestiones concursales entre los delitos vinculados a la pornografía infantil y entre éstos y otros delitos sexuales

Tal como lo adelantamos al inicio de estas páginas, en el ámbito de los delitos sexuales asociados a la pornografía infantil, esto es, los delitos de producción, distribución y almacenamiento del referido material, es frecuente que se produzcan situaciones que implican efectuar un estudio acabado de todas las posibles hipótesis jurídicas que resuelvan la controversia fáctica. En efecto, cuando un sujeto produce, distribuye y almacena material pornográfico infantil e incluso cuando a su vez ejecuta otras agresiones sexuales, necesariamente debemos analizar si estamos en presencia de un único delito o de una plurali-

trascendencia a terceros, tratándose este de un riesgo del que la ley penal, quiere proteger al menor”.

27 RODRÍGUEZ, L. *op. cit* p. 128.

28 En este sentido, Cristián Aguilar Aranela. “Delitos Sexuales, Doctrina y Jurisprudencia”. Santiago, Editorial Metropolitana, p. 170.

dad de delitos, y si así fuera el caso, si estamos frente a un concurso real, ideal, medial, o aparente de leyes penales.

A continuación, intentaremos esbozar algunas ideas en torno a los concursos de delitos que se producen entre los hechos punibles vinculados a la pornografía infantil y luego entre estos delitos y el resto de las agresiones sexuales que contempla nuestro ordenamiento jurídico.

Cuestiones concursales entre los delitos de producción, distribución y almacenamiento de material pornográfico infantil

En la actualidad, con el avance de la tecnología y especialmente con el fenómeno de internet, es muy probable que el mismo agente ejecute acciones que impliquen la producción, distribución y almacenamiento de material pornográfico infantil. De este modo, será posible encontrarnos con un sujeto que filme a un menor de edad ejecutando actos de significación sexual y de relevancia, que posteriormente difunda estas imágenes en la web y que además, las guarde en su computador.

Frente a estas situaciones deberemos analizar, en primer lugar, si existe unidad o pluralidad de delitos. Para determinar si estamos frente a uno o varios delitos no debemos recurrir al número de acciones realizadas por el autor, sino que al número de realizaciones de las descripciones típicas. Entonces, existirá unidad de delito cada vez que se realiza una sola descripción típica, con independencia del número de acciones ejecutadas. Por lo tanto, sostener que a todo tipo penal corresponde una única acción u omisión, constituye una comprensión simple de la estructura del tipo que generalmente en la práctica no se da, siendo común encontrar en nuestra legislación un tipo penal compuesto por un conjunto de acciones que se consideran un único hecho para los efectos de su sanción, como ocurre por ejemplo, en el delito de robo con intimidación, en que el agente ejecuta distintas acciones tales como la sustracción de especies y mecanismos de coacción sobre la víctima. Estas situaciones que implican una pluralidad de acciones, pero que configuran un solo tipo penal, son las denominadas tradicionalmente por la doctrina como “unidad jurídica de acción”²⁹.

29 Véase Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal, Parte General”, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 110; Garrido Montt, Mario. “Derecho Penal, parte General” Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 336; y Cury, Enrique. “Derecho Penal, Parte General”, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 263. Ahora bien, cabe hacer presente respecto a esta materia que en la actualidad, otras corrientes doctrinarias han señalado que es más preciso utilizar la terminología de unidad de hecho por sobre la de unidad de acción. En este sentido, Santiago Mir Puig señala que emplear la denominación unidad de hecho tiene ventajas por sobre la unidad de acción, toda vez que permite “vincularla a la unidad típica sin desconocer que el tipo describe a menudo varias acciones: toda unidad típica supondrá unidad de hecho, aunque implique en ciertos casos pluralidad de actos típicos”. Asimismo, nuestro Código Penal parece preferir la noción de unidad de hecho en vez de unidad de acción, al utilizar en su artículo 75 el vocablo “hecho” disponiendo que “la disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso

Ahora bien, lo que ocurre normalmente es que una acción conforme un sólo delito, pero esto no siempre sucede así. En efecto, una o distintas acciones u omisiones pueden satisfacer la descripción de varios tipos penales diversos, configurando por consiguiente, más de un delito.

Esta múltiple valoración jurídica de los hechos es lo que doctrinariamente y conforme a la teoría del delito, se ha denominado concurso o concurrencia de delitos. Esta pluralidad de delitos puede adoptar dos formas: el *concurso real o material* y el *concurso ideal o formal*.

Dentro del concurso real, es posible distinguir el supuesto de que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro, lo que constituye el denominado *concurso medial*, el cual tendrá el mismo tratamiento jurídico que el concurso ideal.

En virtud de lo expuesto, parece claro que en estos casos estamos en el ámbito de la pluralidad de delitos, puesto que las distintas acciones desplegadas por el agente configuran las hipótesis fácticas de los tres tipos penales señalados. De este modo, el sujeto ejecuta un conjunto de acciones efectuadas con el objeto de realizar un producto que contenga pornografía infantil –lo que configura el tipo penal del delito de producción de material pornográfico infantil–, trafica dicho material producido –verificándose la distribución de material pornográfico infantil– y posee el referido material por él producido y además traficado –lo que configura el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil–³⁰.

Entonces, como en estas situaciones estamos frente a una múltiple valoración jurídica de los hechos y, en consecuencia, a un concurso de delitos, debemos determinar ahora si éste es real o material, ideal o formal, medial, o aparente.

Estaremos ante un concurso ideal cuando un hecho constituya dos o más delitos. Será real cuando un mismo sujeto ejecuta una pluralidad de hechos independientes entre sí que conforman más de un delito, y medial cuando los delitos cometidos se encuentren conectados entre sí por una relación de medio a fin.

En atención a estas conceptualizaciones, no es posible sostener que en los casos propuestos exista un concurso ideal, toda vez que los delitos de produc-

de que un solo *hecho* constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro...”. Este criterio también ha sido recogido por el derecho alemán y español, en que el legislador penal hace referencia a la unidad de hecho y no de acción. De esta forma, la sección 2ª del Código Penal Español relativa a “Reglas especiales para la aplicación de las penas” establece en su artículo 77 que “lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo *hecho* constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra...”.

30 Es necesario aclarar que no necesariamente estas tres conductas pueden ejecutarse simultáneamente, pudiendo verificarse tan sólo dos de ellas para que igualmente estemos en presencia de un concurso.

ción, distribución y almacenamiento de material pornográfico infantil contemplan descripciones típicas diversas que se realizan con independencia las unas de las otras. En efecto, no estamos frente a un solo hecho sino a tres, uno de ellos constituido por las conductas relativas a elaborar o fabricar material pornográfico infantil, el otro conformado por la comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición del mismo material, y el tercero por la adquisición, posesión o tenencia del referido producto ilícito.

Tampoco podría afirmarse que estamos frente a un concurso medial, puesto que para su configuración se requiere que los delitos se encuentren conectados entre sí por una relación de medio a fin, la cual deberá juzgarse en concreto, es decir, su concurrencia dependerá de las circunstancias particulares del caso, en el cual se juzgará si efectivamente un delito no pudo cometerse sin el otro.

En este orden de ideas, no puede fundamentarse que estaremos en presencia de un concurso medial por la mera sucesión temporal en que se puedan encontrar los hechos o por la supresión hipotética que se realice respecto de una de las conductas que aparece como medio necesario para cometer la otra, ya que estos presupuestos no constituyen los requisitos exigidos para configurar el concurso medial. Por consiguiente, tal como lo señaláramos precedentemente, para que exista el concurso en comento se requerirá un vínculo de necesidad objetiva del delito que es medio para realizar el fin perseguido. En definitiva, la interrogante que debemos resolver es si para la comisión de un determinado delito era necesaria e indispensable la realización de uno previo. Un criterio “válido para resolver este problema tiene que partir de la situación concreta en el momento de la realización de los hechos considerando el plan de autor, y *cómo* conforme a ese plan pensaba llevar a cabo su acción delictiva, para enseguida, responder *si* en esa situación concreta se podría haber realizado de otra manera el delito. Se trata de combinar criterios abstractos con criterios concretos, pero partiendo de estos últimos”³¹. Por ejemplo, Pedro entra en la casa de Juan ilegítimamente para golpear a Diego, en abstracto se podría decir que no era necesario para cometer el delito de lesiones el perpetrar el de violación de morada. Pero si resulta que Diego se encontraba postrado en cama, la entrada que hace Pedro en el domicilio de Juan, aparece como necesaria. De allí que la necesidad aparece tanto en abstracto, pues cualquier otra persona en la situación del autor no podría haber realizado de otra manera en delito de lesiones; y también en concreto, pues estaba Diego enfermo en casa de Juan, conforme al plan de Pedro³². En consecuencia, para determinar si estamos en presencia de un concurso medial será forzoso verificar si en abstracto y en la situación concreta, se podría haber realizado de otra manera el delito, de lo contrario, si el sujeto tenía otras posibilidades para llevar a cabo su conducta

31 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. “Obras Completas. Derecho Penal”, Parte General, Tomo I. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, p. 464.

32 Idem, pp. 464 y 465.

delictiva, caerá este vínculo de necesidad que es requisito indispensable para configurar un concurso medial.

En los delitos relativos a la pornografía infantil la discusión en torno a la presencia de esta relación concursal, se ha suscitado fundamentalmente entre los delitos de producción y distribución de material pornográfico infantil, toda vez que algunos autores han sostenido que en las hipótesis en que se produce este material *para* traficarlo o difundirlo, aquél será el medio necesario de este último³³. Si bien esta reflexión podría ser razonable, efectuándose un análisis más acabado de los presupuestos del concurso medial veremos que no es posible llegar a dicha conclusión. En efecto, cuando un sujeto produce material pornográfico para distribuirlo se requerirá determinar, tanto en abstracto como en concreto, si cualquier individuo en su posición no podría haber realizado de otra forma la distribución y si el agente podría haber distribuido ese tipo de material, sin haberlo producido. En estos casos, claramente la respuesta es positiva, ya que es perfectamente posible ejecutar conductas constitutivas del delito de distribución sin incurrir en la producción, por ejemplo, un sujeto puede fácilmente exportar sin producir, ya sea obteniendo el material ilícito o exportando el almacenado. Así, en estas situaciones no será procedente aplicar las normas relativas al concurso medial, pues al analizar el vínculo de necesidad de manera objetiva, verificamos que en el caso concreto el plan de autor podría haberse llevado a cabo de otra manera.

Sin perjuicio de que la discusión doctrinaria en torno al concurso medial se ha centrado principalmente entre los delitos de producción y distribución de material pornográfico infantil, no debe soslayarse el hecho de que también podría sostenerse su concurrencia entre los restantes delitos vinculados a la pornografía infantil. De este modo, es posible que un sujeto para distribuir adquiera material pornográfico infantil o que para poseer dicho material lo produzca, hipótesis en las cuales deberá evaluarse si el vínculo de necesidad aparece tanto en abstracto como en concreto, esto es, si cualquier otra persona en su situación no podría haber realizado el delito de distribución sin haber adquirido el material, y si para distribuir era necesaria la adquisición.

Ahora bien, algunos autores han entendido que en las hipótesis anteriormente mencionadas se configura el llamado concurso aparente de leyes penales. Este mal llamado concurso aparente³⁴ se produce cuando un hecho o conducta

33 Es necesario acotar que esta discusión sólo se ha sostenido en los casos en que se produce material pornográfico infantil *para* distribuirlo, no existiendo mayores controversias en las hipótesis en que se produce dicho material y se distribuye, casos en los cuales se entiende que se aplicarán las normas del concurso real.

34 Sostenemos que es mal llamado, por cuanto concordamos con la crítica que ha efectuado gran parte de la doctrina en torno a la terminología que se utiliza para denominar esta situación jurídica, toda vez que no estamos propiamente frente a un concurso, ya que por un lado se trata solamente de un hecho y por otro, no existen varias disposiciones aplicables sino una sola, de esta forma, lo que efectivamente existe es un problema de interpretación.

puede subsumirse aparentemente en dos o más tipos penales diversos, siendo en definitiva sólo uno de ellos el que resulte adecuado para regularlo.

En este contexto, se ha sostenido que el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil constituye un agotamiento del delito de producción y que es un presupuesto indispensable del de distribución, dándose lugar en esos casos a un concurso aparente, el cual deberá resolverse mediante la aplicación del principio de absorción.

No concordamos con este planteamiento, por cuanto quienes efectúan esta interpretación, incorporan a la figura del artículo 374 bis inciso 2°, una finalidad que el legislador expresamente no contempló en su tipificación. Tanto es así, que nuestro legislador a sabiendas de la forma en que fue tipificado este delito en legislaciones comparadas –como la española en que conforme al artículo 189.1 letra b) requiere que el almacenamiento se efectúe con la finalidad de distribuir³⁵–, optó por la redacción empleada por países como Suecia e Italia, donde no se establece una finalidad o preordenación con el delito de distribución, sancionándose por tanto, en nuestro estatuto jurídico penal, la mera tenencia o posesión del material ilícito sin necesidad de verificar la concurrencia de alguna intención o finalidad en el agente.

Por consiguiente, en ningún caso podría sostenerse que entre los delitos de producción y almacenamiento, y los de distribución y almacenamiento de material pornográfico infantil, existe un concurso aparente de leyes penales, pues como ya se señaló, la intención del legislador fue sancionar, con independencia una de la otra, todas las conductas que impliquen formar parte de esta cadena criminal, es decir, desde el productor, pasando por el distribuidor, y hasta el último eslabón, cual es, el consumidor de pornografía infantil.

De esta forma, habiendo desechado la posibilidad de resolver esta problemática jurídico penal conforme a los concursos ideal, medial y aparente, cabe entonces determinar si es el concurso real el que responderá a los problemas concursales que se suscitan entre los delitos asociados a la pornografía infantil.

Para dar respuesta a esta interrogante, será necesario conceptualizar y analizar los requisitos de procedencia del concurso real verificando su concurrencia en este tipo de delitos.

En palabras de Cury hay concurso real o material de delitos “cuando un sujeto ha ejecutado o participado en la ejecución de dos o más hechos punibles jurídica y fácticamente independientes, respecto de ninguno de los cuales se ha

35 Artículo 198.1, “Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:...b) el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido”.

pronunciado sentencia condenatoria, firme o ejecutoriada”³⁶. Consecuentemente, los requisitos para que estemos en presencia de un concurso real son la unidad de sujeto activo, la pluralidad de hechos, la ausencia de conexión entre los hechos y la inexistencia de sentencia condenatoria intermedia.

A continuación, para determinar si se configura el concurso real entre los delitos de producción, distribución y almacenamiento de material pornográfico infantil, procedemos a analizar la presencia de sus requisitos en este tipo de delitos:

- Unidad de sujeto activo: Se requerirá que un mismo individuo realice diversos hechos punibles, pudiendo su intervención ser a título de autor, cómplice o encubridor. En estos casos se trataría de un mismo sujeto que ejecute dos o más hechos constitutivos de los delitos de producción, distribución y/o almacenamiento de material pornográfico infantil.
- Pluralidad de hechos: Debe existir más de un hecho punible y que cada uno de ellos constituya un delito material y jurídicamente independiente. Los delitos podrán ser de una misma o de diferente especie, y también podrán encontrarse en distinta etapa de desarrollo, por ejemplo, una violación tentada con un almacenamiento de material pornográfico consumado.

En estos delitos, es perfectamente posible separar e identificar cada uno de los hechos punibles constitutivos de producción, distribución y/o almacenamiento de material pornográfico infantil, recordando que para estar en presencia de una pluralidad de delitos no debemos recurrir al número de acciones realizadas por el autor sino que al número de realizaciones de las descripciones típicas.

- Ausencia de conexión entre los hechos: Los hechos punibles deben encontrarse fáctica y jurídicamente independientes para diferenciarlos principalmente del concurso ideal, del delito continuado y del concurso aparente de leyes. Estimamos que los hechos punibles constitutivos de estos delitos vinculados a la pornografía infantil se encuentran fáctica y jurídicamente independientes entre sí y sin relación de preordenación entre ellos, pues cuando un sujeto produce material pornográfico infantil no necesariamente lo distribuirá o almacenará, ya que basta que realice la conducta descrita en el tipo penal para que el delito se configure, entonces bastará que participe en la elaboración o fabricación del material pornográfico infantil, cualquiera sea su soporte, audiovisual, impreso u otro, para que éste se de por establecido. Asimismo, bastará que el sujeto trafique o difunda este material para que se configure ese tipo penal, y será suficiente, para estar en presencia del delito de almacenamiento de este material, su mera posesión.

36 Cury, Enrique. “Derecho Penal”, Parte General, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 272.

A mayor abundamiento, si estos tres ilícitos protegen bienes jurídicos distintos, malamente podría concluirse que configuran un mismo injusto, ya que como anteriormente sostuviéramos, el bien jurídico base que protege la producción de material pornográfico infantil es la integridad sexual, junto con la dignidad, el derecho a la protección de la imagen y el honor; distinto al caso de la distribución del mismo material producido, pues ya no se tutela la integridad sexual sino la intimidad, junto con la dignidad, el derecho a la imagen y al honor; por último, en el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil, se protege la dignidad, el derecho a la intimidad, la protección de la imagen y el honor, conjuntamente con bienes jurídicos de carácter más bien colectivo, cual es, la moral sexual colectiva.

En consecuencia, sostenemos que al existir plena identificación de hechos diferenciables, con independencia fáctica y jurídica entre sí, que se configuran con la sola ejecución del tipo penal, sin existir una preordenación o dependencia entre aquellos, y que, al protegerse bienes jurídicos distintos que permiten diferenciar claramente uno de otro delito, no queda más que concluir que se trata de un concurso real.

- Inexistencia de sentencia condenatoria intermedia: Ninguno de los hechos punibles debe haber sido sancionado por medio de sentencia condenatoria ejecutoriada. Usualmente sucederá que en una misma investigación penal se persiga la sanción por estos tres tipos penales relativos a la pornografía infantil, sin haya mediado sentencia condenatoria.

En cuanto al tratamiento jurídico de este concurso de delitos, sostenemos que debe aplicarse la regla general que establece nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 74 del Código Penal, esto es, la acumulación material o aritmética de las penas, que consiste en sumar cada una de las penas correspondientes a los diversos delitos cometidos. De este modo, se aplicarán las sanciones que correspondan a los delitos de producción, distribución y/o almacenamiento de material pornográfico infantil, según se determine en el caso en concreto.

Estimamos que esta es la solución jurídica a la determinación de las penas, no sólo porque constituye la regla general en materia de concurso real, sino porque efectivamente es aquella que representa la manera más adecuada de resolver estas situaciones y de comprender los diversos injustos contemplados por estos delitos.

No obstante ello, existe jurisprudencia que estima que en aquellos casos en que sea más favorable al imputado la utilización de la acumulación jurídica de las penas -una de las excepciones a la regla general de la acumulación material-, se aplicará lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 351 del Código Procesal Penal, por tratarse de delitos que no afectan a un mismo

bien jurídico protegido. Así por ejemplo, el Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en su sentencia de fecha 29 de octubre de 2011, en causa RIT 160-2011, RUC N°0900824805-K por los delitos de violación impropia, abuso sexual agravado, producción de material pornográfico infantil y distribución y almacenamiento de material pornográfico infantil, señala en su considerando décimo cuarto que *“siendo más beneficioso para el sentenciado la aplicación del sistema jurídico de aplicación de las penas establecido en el artículo 351 inciso segundo del Código Procesal Penal (puesto que se ha descartado que los diversos delitos de que resulta responsable... puedan estimarse como un solo delito dado que los mismos no afectan un mismo bien jurídico), que el sistema de aplicación aritmética de las penas que consagra el artículo 74 del Código Punitivo, habida consideración que el tribunal estima estar en presencia precisamente de la situación prevista en la norma del artículo 351 la que dispone “Si por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados según fuere el número de delitos”.*

Cuestiones concursales entre los delitos de producción, distribución y almacenamiento de material pornográfico infantil y otros delitos sexuales

Los problemas concursales se darán principalmente entre los delitos de producción de material pornográfico infantil y otros delitos sexuales, pues en la mayor parte de los casos, al producir material pornográfico infantil se comete otro ilícito de carácter sexual. Ejemplo de ello ocurre cuando el agente accede carnalmente a una menor de catorce años y además graba en un video esta agresión sexual. También puede darse el caso en que un menor de dieciocho años, pero mayor de catorce, consienta en el acto sexual que es registrado por el sujeto activo, en estas situaciones, no habiendo circunstancias comisivas del delito de violación ni estupro, solamente subsistirá el delito de producción de material pornográfico infantil.

En cambio, respecto de los delitos de distribución y almacenamiento de material pornográfico infantil y otros delitos sexuales, la cuestión será mucho más simple de dilucidar, toda vez que en estos casos estaremos frente a un concurso real de delitos que, como señalamos, se resolverá conforme a la regla general que establece nuestro ordenamiento jurídico penal, esto es, la acumulación material o aritmética de las penas. Sostenemos aquello, puesto que es absolutamente diferenciable y separable la determinación de cada ilícito, ya que la agresión sexual contenida en el soporte que se distribuirá o almacenará constituye un hecho distinto y sin ninguna conexión respecto de los otros dos en cuestión. Más aún, cuando hemos señalado que el bien jurídico protegido respecto de los delitos sexuales en general es la integridad sexual, a diferencia de los delitos de distribución y almacenamiento de material pornográfico, en

que deja de protegerse fundamentalmente la integridad sexual de las víctimas y pasan a ser otros los bienes tutelados por la norma jurídica, identificándose, en el caso de la distribución, a la intimidad, dignidad, el derecho a la imagen y el honor; mientras que en el de almacenamiento de material pornográfico infantil mencionamos como bienes jurídicos merecedores de tutela penal a la intimidad, la dignidad, el derecho a la imagen, el honor y la moral sexual colectiva.

Volvamos entonces al concurso entre la producción de material pornográfico infantil y el resto de los delitos sexuales. Como esta materia por su complejidad ha sido controvertida tanto en sede doctrinal como jurisprudencial, será necesario detenernos a analizar la procedencia de cada una de las posibles situaciones concursales para determinar si en definitiva en estos casos estamos frente a un único delito o a una pluralidad, y en este último caso, si se verifica un concurso ideal, medial, real o aparente.

Recordemos que para determinar si estamos frente a uno o varios delitos no debemos recurrir al número de acciones realizadas por el agente, sino que al número de realizaciones de las descripciones típicas, de modo que existirá unidad de delito cada vez que se realiza una sola descripción típica, con independencia del número de acciones ejecutadas. Por lo tanto, en estas situaciones estamos frente a una pluralidad de delitos, toda vez que las distintas acciones desplegadas por el sujeto configuran las hipótesis fácticas de los tipos penales que éste ejecute. Así, si el individuo realiza un conjunto de acciones con el objeto de producir material que contenga pornografía infantil, se configura el tipo penal del delito de producción de material pornográfico infantil, y si además, realiza acciones de significación y de relevancia sexual respecto de una víctima, como por ejemplo, efectuarle tocaciones en las partes púdicas de una menor de diez años, se configura el delito de abuso sexual. En efecto, claramente en estas situaciones estamos frente a una múltiple valoración jurídica de los hechos y, por lo tanto, a un concurso de delitos.

Parte de la doctrina ha pretendido ver en estas situaciones, –en que confluye la producción de material pornográfico infantil y otro delito sexual como la violación–, un concurso ideal, al constituir un único hecho en donde la abrazadera del tipo reúne esta unidad que está conformada por una pluralidad de acciones. No concordamos con esta interpretación, pues en ese planteamiento se parte de un supuesto errado, cual es, considerar dos descripciones típicas como un único hecho. En efecto, no estamos frente a un solo hecho sino a dos, uno de ellos constituido por las conductas relativas a elaborar o fabricar material pornográfico infantil y el otro conformado por el acceso carnal, hechos jurídica y fácticamente independientes con finalidades perfectamente diferenciables, que si bien a priori podrían considerarse como unitario, levantado el velo de la apariencia, resultan manifiestamente visibles la pluralidad de acciones tipificadas independientemente en nuestro ordenamiento jurídico penal. Este mismo razonamiento puede replicarse para descartar un concurso

aparente, puesto que ya se ha aclarado latamente que las acciones realizadas en estos casos configuran descripciones típicas distintas, diferenciables e independientes entre sí.

De esta forma, la dificultad concursal verdaderamente se centra en lo relativo al concurso medial, pues se ha sostenido que la conducta relativa al delito sexual, v.gr. violación, se ejecuta para conseguir la producción del material ilícito, resultando entonces que un delito es el medio necesario del otro. En este sentido, se ha pronunciado la Exma. Corte Suprema, estimando en su considerando undécimo que *“En estos antecedentes se han tenido por demostrados dos ilícitos diferentes, por un lado, el abuso sexual de que fue objeto la menor tanto por su madre (en tres ocasiones) y del conviviente de aquella (en una oportunidad) y que consistían en tocaciones en su cuerpo, senos y genitales e incluso en introducir la acusada sus dedos en la vagina o el ano de la niña.*

Y, por otra parte está la producción de material pornográfico que consistió en la grabación de estos mismos actos.

Sólo en uno de los casos concurrió a los abusos el filmador, que era XX, ayudando a desnudar a la víctima para proceder con su actividad posterior, pero en general mientras la madre “actuaba” para la filmación y abusaba de su hija, XX filmaba.

No se advierte entonces, que se trate de un solo hecho o una sola acción que pueda recibir diferentes calificaciones. La mujer está haciendo dos cosas, actúa un video y abusa de su hija menor, estando de acuerdo con XX para grabarlo, mientras este último desarrolla una sola acción, produce el material pornográfico, con acuerdo de la mujer.

No hay concurso aparente, porque hay dos acciones diferentes claramente delimitadas, tanto en el proceder del hombre respecto de la mujer, como en el de ésta, que está quebrantando de una sola vez dos bienes jurídicos protegidos por el sistema legal respecto de su hija: su indemnidad sexual y su integridad sexual y, la primera, con las agravantes de hacerlo encontrándose la chica privada de sentido y encontrándose la acusada a cargo de su cuidado.

Sin embargo, sí existe entre ambas conductas una relación de medio a fin, en el sentido que de suprimirse una de las acciones, no podría cumplirse efectivamente la otra. Suprimidos los abusos, no era posible proceder con la producción del material pornográfico infantil, sino que sólo habría existido la grabación de una menor dormida o inconsciente, lo que no aparece relevante para el derecho penal. En este sentido, aparece efectiva la protesta de la defensa, verificándose en la especie la situación del artículo 75 del Código Penal, que en su inciso final ordena sancionar sólo el delito más grave³⁷.

37 Sentencia Rol 2576-2011 de fecha 11 de mayo de 2011, respecto de causa RUC N°0900663872-1.

No coincidimos con el criterio de considerar que en estos casos exista un concurso medial, pues efectuando un riguroso razonamiento y conforme a lo ya señalado respecto de este tipo de concursos, no puede afirmarse que por la mera sucesión temporal en que se encuentren los hechos o por la sola supresión hipotética que se realice respecto de una de las conductas que aparece como medio necesario para cometer la otra, nos encontraremos en presencia de un concurso medial. En este sentido, no olvidemos que, para que exista el concurso en comento, se requerirá un vínculo de necesidad objetiva del delito que es medio para realizar el fin perseguido, es decir, se deberá verificar si para la comisión de un determinado delito era necesaria e indispensable la realización de uno previo. Para ello, se utilizarán criterios concretos y abstractos, los primeros implicarán partir de la situación concreta en el momento de la realización de los hechos considerando el plan de autor, para luego establecer cómo conforme a ese plan el agente pensaba llevar a cabo el hecho ilícito, y los segundos, importarán determinar si en esa situación concreta se podría haber realizado de otra manera el delito; ergo, si el autor o cualquier persona en su lugar tuviere otras posibilidades para llevar a cabo su conducta delictiva, desaparecerá el elemento fundamental para que se verifique un concurso medial, cual es, el vínculo de necesidad.

En el ejemplo propuesto, donde un sujeto para producir material pornográfico infantil comete el delito de violación, se debe analizar tanto en abstracto como en concreto, si cualquier individuo en su posición podría haber realizado de otra forma la producción de material pornográfico infantil, y si el agente podría haber producido ese tipo de material sin haber incurrido en un acceso carnal. En este caso, podemos concluir que es perfectamente posible, tanto para cualquier individuo como para el agente, elaborar material pornográfico infantil sin ejecutar conductas constitutivas del delito de violación, puesto que puede ocurrir por ejemplo, que el sujeto para dicha elaboración capte a un niño que se baña desnudo tranquilamente en la playa y emplee su imagen con fines primordialmente sexuales. Entonces, en esta situación el autor cometerá solamente el delito de producción, pero no el de violación u otro delito sexual, por lo tanto, la ejecución del delito de violación deja de ser necesaria e indispensable para la realización del delito de producción de material pornográfico infantil.

A mayor abundamiento y teniendo presente las discusiones en torno al establecimiento de este tipo de concurso, para su utilización deben existir poderosas razones político-criminales que hagan plausible morigerar considerablemente la pena aplicable al autor de hechos que afecten gravemente bienes jurídicos distintos, máxime si gran parte de la doctrina no justifica el tratamiento más benigno que se efectúa respecto a este tipo de concursos.

De esta forma, descartando la posibilidad de aplicar a esta pluralidad de hechos las normas relativas a los concursos ideal, medial y aparente, procederemos a examinar si concurren los presupuestos del concurso real:

- Unidad de sujeto activo: En este caso se trata de un mismo individuo que realizó diversos hechos punibles, esto es, ejecutó hechos constitutivos de producción, y otra agresión sexual constitutiva de delito, como sucede en el caso que además, acceda carnalmente a su víctima.
- Pluralidad de hechos: Debe existir más de un hecho punible y que cada uno de ellos constituya un delito material y jurídicamente independiente. Al respecto, cabe señalar que los hechos constitutivos de los distintos ilícitos –producción y violación por ejemplo– son perfectamente separables e identificables, de manera que cada uno conforma un injusto material y jurídicamente distinto.
- Ausencia de conexión entre los hechos: Los hechos punibles deben encontrarse fáctica y jurídicamente independientes para diferenciarlos principalmente del concurso ideal, del delito continuado y del concurso aparente de leyes. Dado que el delito de producción de material pornográfico infantil es totalmente distinto al de violación, abuso sexual u otro delito sexual, estimamos que los hechos punibles constitutivos de estos ilícitos efectivamente se encuentran fáctica y jurídicamente independientes entre sí, pues cuando un sujeto comete una agresión sexual no necesariamente se produce material pornográfico infantil. Así, basta que realice la conducta descrita en el tipo penal para que el delito se configure, entonces bastará que realice las conductas típicas descritas en el tipo penal que corresponda –por ejemplo acceso carnal– y participe en la elaboración o fabricación del material pornográfico infantil, cualquiera sea su soporte, audiovisual, impreso u otro, para que ambos delitos se den por establecidos.

Refuerza esta idea la circunstancia de que en estos delitos –producción y otra agresión sexual– se protegen bienes jurídicos distintos, pues de acuerdo a lo referido, en los delitos sexuales en general se tutela el bien jurídico que denominamos integridad sexual, mientras que el objeto de protección jurídica en el delito de producción de material pornográfico infantil no sólo es la integridad sexual, sino que al ser pluriofensivo, se resguardan también la dignidad, el derecho a la protección de la imagen y el honor.

Siguiendo esta tesis, la sentencia del Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 15 de marzo de 2011, en causa RIT N°140-2010, RUC N°0900663872-1 por los delitos de abuso sexual agravado reiterado, producción y almacenamiento de material pornográfico infantil, en su considerando séptimo señala que *“Es opinión de estos sentenciadores que en este caso no se violenta el principio de non bis in idem, desde que de un punto de vista fáctico es perfectamente posible separar ambas conductas y cometer el abuso sexual sin necesariamente consentir en que se graben las imágenes y en posar para ellas facilitando visiblemente las tomas de la cámara. En efecto, este mismo delito pudo haberse cometido sin necesidad de ser filmado y si mentalmente se eliminare la grabación de lo sucedido, el núcleo imputativo que quedaría incólume, sería suficiente para*

configurar el delito de abuso sexual, lo que demuestra que son situaciones de hecho relacionadas, pero diferentes y diferenciables, en un caso se sanciona ciertos contactos corporales con las partes pudendas de la víctima y en la otra se sanciona el empleo con procacidad manifiesta de un artefacto electrónico para registrar y almacenar ciertas imágenes prohibidas, sin que la fijación pueda ser estimada una consecuencia necesaria del abuso sexual a nivel de dolo desde que la gran mayoría de los delitos de abuso sexual no llevan implícita de parte de sus agentes activos no pudiendo entonces alegarse que se está sancionando dos veces un mismo comportamiento.

*Por otro lado, desde un punto de vista dogmático, parece claro que en ningún caso pueden atentar en contra de un mismo bien jurídico y es lo certero que ambos delitos atentan en contra de bienes jurídicos diferentes. En efecto, hay pocas dudas de que el delito de abuso sexual cometido en contra de una adolescente de 14 años de edad, atenta en contra de su libertad sexual, entendida como la “facultad de disponer del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto de la libertad ajena –libertad sexual en sentido positivo– y, al mismo tiempo, como facultad de repeler las agresiones sexuales de otro” –libertad sexual en sentido negativo– (Luis Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, página 60 y 61). En cambio, el bien jurídico protegido por el delito de producción de pornografía infantil en este caso preciso en que se ha filmado a la víctima en actos sexuales explícitos realizados en estado de inconsciencia, es en concepto del tribunal la integridad sexual del menor, porque como señala René Molina Cantillana en la obra antes citada (página 58) “su utilización en un contexto sexual para la elaboración de material pornográfico constituye una conducta susceptible de producir un detrimento en su bienestar físico, psíquico y emocional, repercutiendo así de manera grave en el normal desarrollo de su sexualidad...”.*

- Inexistencia de sentencia condenatoria intermedia: Ninguno de los hechos punibles debe haber sido sancionado por medio de sentencia condenatoria ejecutoriada.

En cuanto al tratamiento jurídico de estos concursos, nos remitimos a señalar que, por las mismas razones dadas respecto al concurso que se configura entre los delitos vinculados a la pornografía infantil, debe aplicarse el régimen de acumulación material o aritmética de las penas que establece el artículo 74 del Código Penal, a saber, “al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones”.

Compartiendo nuestra opinión, la sentencia recién referida, señala en su considerando undécimo que “*La pena asignada al delito del artículo 366 inciso primero y al contemplado en el artículo 366 quinquies, ambos del Código de Castigo es presidio menor en su grado máximo.*”

Habiéndose decidido que ambos delitos afectan bienes jurídicos diferentes y de conformidad a lo dispuesto en el inciso final del artículo 351 del Código Procesal Penal, no es posible arreglar la pena de conformidad a lo prevenido en la citada disposición,

por lo que ésta deberá ser dictada de conformidad a lo prescrito en el artículo 74 del Código Penal...”.

IV. Consideraciones finales

A lo largo de este estudio hemos podido advertir las complejas y debatidas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que se han producido en torno al entramado tema concursal, y la escasa y divergente delimitación de los bienes jurídicos protegidos por los delitos vinculados a la pornografía infantil, situación que puede deberse en gran medida al poco tiempo de existencia que presentan las normas que tipifican estos ilícitos, los que fueron introducidos recientemente el año 2004 por la Ley N°19.927. Estas cuestiones jurídico-penales se tornan más complicadas si a ello se suma que deben aplicarse a delitos que por su estructura y axiología son per se de difícil abordaje en el ejercicio del ius puniendi.

De esta forma, para analizar el tema concursal y efectuar una adecuada interpretación de los preceptos, se tornó indispensable estudiar los valores tutelados por los delitos de producción, distribución y almacenamiento de material pornográfico infantil, lo que en definitiva nos permitió transitar por el pedregoso camino concursal hasta pavimentar los cimientos que forman el sustento jurídico para sostener la aplicación del concurso real como hipótesis final de nuestro recorrido.

Sin pretender zanjar estas temáticas, que por sus aristas no estarán exentas de debates, hemos procurado proporcionar algunas herramientas que permitan comprender, construir argumentos y, en definitiva, dar soluciones a la problemática concursal que se produce al momento de determinar la pena de quien forme parte de la creciente y degradante industria que promueve la comisión de graves agresiones sexuales contra niños, niñas y adolescentes.

Referencias bibliográficas

- Aguilar Aranela, Cristian. “Delitos Sexuales. Doctrina y Jurisprudencia”. Santiago, Editorial Metropolitana, 2008.
- Bustos Ramírez, Juan. “Obras Completas. Derecho Penal”, Parte General, Tomo I. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.
- Bustos Ramírez, Juan. “Obras Completas. Derecho Penal”. Parte Especial, Tomo III. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.
- Cerezo Mir, José. “Derecho Penal”, Parte General. Buenos Aires, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2008.

- Cury, Enrique. “Derecho Penal”, Parte General, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- De la Fuente, Claudia. “Delitos de pornografía infantil”. Santiago, LegalPublishing, 2008.
- Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal”, Parte General, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal”, Parte Especial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Garrido Montt, Mario. “Derecho Penal”, Parte General, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Matus, Jean Pierre. “El Concurso Aparente de Leyes”. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008.
- Mir Puig, Santiago. “Derecho Penal”, Parte General. Buenos Aires, Editorial B de F, 2005.
- Molina Cantillana, René. “Delitos de pornografía infantil”. Santiago, Librotecna, 2008.
- Morillas Fernández, David. “Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil”. Madrid, Editorial Dykinson S.L., 2005.
- Novoa, Eduardo. “Curso de Derecho Penal Chileno”, Parte General, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Parte Especial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- Politoff, Sergio, Ortiz, Luis. “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- Rodríguez Collao, Luis. “Delitos Sexuales”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Sánchez Pecarevic, Claudio. “Delito de almacenamiento de pornografía infantil”. Santiago, Librotecna, 2010.

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

LA REGULACIÓN DEL SECRETO EN LA LEY 19.913

Marcelo Contreras Rojas¹

I. Introducción

Nuestro legislador al momento de establecer el Sistema Antilavado Nacional, contenido en la Ley 19.913, consideró de suma relevancia la regulación específica del “secreto” en los diferentes ámbitos que conforman este sistema. Es así como se introdujeron regulaciones relacionadas tanto con el pilar preventivo, en el cual participan esencialmente diversos sectores económicos que tienen como principal obligación informar sobre determinadas operaciones a la Unidad de Análisis Financiero (en adelante UAF), como también otras referidas a la fase de control y sanción penal del delito de lavado de dinero, ámbito en el cual participan las policías, los Tribunales de Justicia y el Ministerio Público. De una revisión general de la ley uno puede advertir la importancia otorgada por el legislador a esta materia, pudiendo destacar que se establecieron tres tipos penales distintos que buscan proteger de forma integral el secreto de la información que fluye a través del sistema antilavado.

La regulación del secreto en el ámbito preventivo se focalizan en establecer que el flujo de información que se produce entre los sujetos obligados y la UAF es secreto, sancionándose penalmente si alguno de ellos o sus empleados informa al afectado o a terceras personas la circunstancia de haber remitido información o el hecho que ésta fue requerida. Del mismo modo, los empleados de la UAF deben mantener en estricto secreto (de forma indefinida) las informaciones que conozcan en el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, en el ámbito de control y sanción penal de estos delitos se establecieron normas especiales referidas al secreto de la investigación (artículo 31) y se efectuó una remisión a las normas de la Ley 20.000 (artículo 33 letra a) referida al secreto de determinadas actuaciones, registros o documentos como medida de protección cuando exista riesgo para la seguridad de determinadas personas.

En este contexto, cabe preguntarse por qué se reguló de forma tan estricta el secreto en la Ley de Lavado de Dinero, cuál es la fundamentación que tuvo el legislador para establecer normas excepcionales en esta materia, sobretodo, teniendo presente que uno de los principios básicos de la Reforma Procesal Penal instaurada en nuestro país, es el principio de publicidad. Ciertamente, para contestar estas inquietudes será necesario realizar una serie de distincio-

¹ Abogado, Subdirector de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

nes que permitan ponderar adecuadamente los intereses que se encuentran en juego, dado que la fundamentación del secreto no siempre es la misma, pudiéndose advertir diferencias entre el ámbito preventivo y de control, dado que generalmente en el primero de ellos la finalidad del secreto es de protección hacia las mismas personas que pueden haber participado en una determinada operación, en cuanto podrían existir justificaciones plausibles respecto de su actuar, en cambio, en la etapa de persecución penal su fundamentación se encontrará ligada a las posibilidades de éxito de la investigación y a las necesidades de protección de víctimas, testigos o peritos.

En el presente trabajo nos focalizaremos esencialmente en analizar los objetivos del secreto en el marco de una investigación penal de lavado de dinero, con la finalidad de proponer algunos elementos que nos permitan establecer los límites o contornos de su ámbito de aplicación, principalmente, respecto de su extensión, duración, requisitos y efectos que este produce.

II. Estructura de la Ley 19.913 y regulación del secreto

Como señalamos anteriormente, la Ley 19.913 estableció un sistema que se compone de dos grandes pilares, que son el preventivo y el de control y sanción penal. En ambos se aborda el secreto, pero desde diferentes ópticas.

a. Pilar preventivo

Dentro del ámbito preventivo se aborda el secreto desde diferentes ángulos, por un lado existen una serie de normas referidas a mantener en secreto el flujo de información que se produce en el sistema², estableciéndose obligaciones estrictas para las personas que presten servicios a la UAF³ y a los empleados

2 Por ejemplo en el artículo 2 se establece que la UAF “sólo podrá utilizar la información que reciba para los propósitos establecidos en esta ley, no pudiendo en caso alguno darla a conocer o entregarla a organismos o servicios distintos del Ministerio Público”.

3 En el artículo 13 se establece un tipo penal respecto de los funcionarios de la UAF: “El que preste servicios, a cualquier título, para la Unidad de Análisis Financiero deberá mantener en estricto secreto todas las informaciones y cualquier otro antecedente que conozca en el ejercicio de su cargo y que se relacione directa o indirectamente con sus funciones y actividades.

Lo previsto en el inciso anterior no obsta a la facultad del Director para dar a conocer o proporcionar información global y no personalizada, para fines exclusivamente estadísticos o de gestión.

La infracción de esta prohibición se sancionará con la pena de presidio menor en sus grados mínimos a máximo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Esta prohibición se mantendrá indefinidamente después de haber cesado en su cargo, comisión o actividad.

Sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente, el Director de la Unidad deberá concurrir anualmente a la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados con el objeto de informar sobre aspectos generales de su gestión, en sesión secreta.

de las personas jurídicas y naturales que según el artículo 3 son consideradas sujetos obligados a informar⁴.

Por otro lado, se establecieron una serie de normas que tienen por objeto regular como la UAF puede obtener información⁵ sujeta a secreto⁶, la cual será

Se exceptúan del deber de secreto las informaciones y antecedentes que requiera el fiscal del Ministerio Público o el tribunal que conozca del procedimiento criminal por alguno de los delitos a que se refieren los artículos 27 y 28”.

- 4 En los artículos 6 y 7 de la ley se establece una prohibición para los sujetos obligados y sus empleados:

Artículo 6°.- Prohíbese a las personas e instituciones señaladas en el artículo 3°, inciso primero, y a sus empleados, informar al afectado o a terceras personas, la circunstancia de haberse requerido o remitido información a la Unidad de Análisis Financiero, como asimismo, proporcionarles cualquier otro antecedente al respecto.

Igual prohibición regirá para quienes sean requeridos en conformidad a la letra b) del artículo 2°, y para las personas que presten servicios a cualquier título a las personas e instituciones aludidas en el inciso anterior, que hayan tenido conocimiento de la circunstancia de haberse requerido o remitido información a la Unidad de Análisis Financiero.

Artículo 7°.- La infracción a lo dispuesto en el artículo 6° será castigada con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cien a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

- 5 En la historia de la ley resulta interesante la discusión en torno al secreto profesional, la cual fue bastante extensa y con variadas y fundamentadas opiniones, tales como intervenciones del Colegio de Abogados y de Periodistas, como también de varios senadores. Esta discusión concluyó con un acuerdo de la Comisión en torno a que esta obligación no rige respecto de las personas mencionadas en el artículo 303 del CPP. “El Honorable Senador señor Espina manifestó su preocupación por la eventual ruptura del secreto profesional, particularmente de abogados y periodistas, profesionales que pueden recibir información por parte de sus clientes o fuentes. En el caso de su profesión, que es el que conoce más de cerca, de aceptarse el criterio del proyecto de ley se destruiría la necesaria confianza que debe tener el cliente con su abogado, si éste se viera obligado a revelar la información que recibe.

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 señor Livacic añadió que esto se produce en una etapa prejudicial, por lo que no se afecta el derecho de defensa. Además, destacó que afectaría al abogado como tal, no cuando le ha sido imputado un hecho delictivo.

El Honorable Senador señor Aburto opinó que el secreto profesional no es un precepto constitucional sino legal y, por lo tanto, puede ser restringido por otra ley, adoptando ciertas medidas de resguardo, como es la autorización judicial que califique el mérito de la solicitud...”. Historia de la Ley 19.913 (consulta realizada el 16 de enero de 2012).

http://search.babylon.com/?q=historia+de+la+ley+19913&cs=web&cas=0&cbasrc=NT_ss

- 6 Artículo 2 de la Ley 19.913: “Si los antecedentes a que se refiere este literal estuvieren amparados por el secreto o reserva, o deban requerirse a una persona no contemplada en el artículo 3° de esta ley, la solicitud deberá ser autorizada previamente por el ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, que el Presidente de dicha Corte designe por sorteo en el acto de hacerse el requerimiento. El ministro resolverá, sin audiencia ni intervención de terceros. Tanto la solicitud de antecedentes amparados por el secreto o reserva que haga la Unidad, como la resolución del tribunal, deberán fundarse en

utilizada en su proceso de inteligencia financiera, como también normas que permiten a determinadas personas no entregar información en razón de algún tipo especial de secreto⁷. Igualmente, se introdujeron normas tendientes a permitir expresamente a los sujetos obligados que informen respecto de determinadas operaciones que consideren sospechosas aun cuando la información que ellos manejan esté amparada por alguna clase de secreto (por ejemplo secreto bancario)⁸.

Algunas de las normas anteriormente referidas generaron algún grado de controversia al momento de su aplicación, pero estas se han ido superando en la medida que el sistema antilavado se desarrolla y perfecciona. Por ejemplo, no se entendía por qué la UAF sólo podía entregar información al Ministerio Público y que ésta información sólo podría ser utilizada en investigaciones de lavado de dinero. A este respecto podemos señalar que al momento de la discusión parlamentaria respecto de la instauración de un sistema que permitiese prevenir y sancionar conductas de lavado de dinero, quedaron claramente establecidas las aprehensiones del legislador en cuanto a que éste se pudiese utilizar para fines diversos, por ejemplo, desde la arista tributaria. Asimismo, se criticaba porque de la noche a la mañana se generarían una serie de obligaciones para el sector privado, lo cual implicaría una serie de nuevos costos y encarecimiento del precio de los servicios. En este contexto, el legislador quiso ser sumamente estricto en la utilización que pudiese darse al sistema, considerando como único receptor de la información generada en el sistema al Ministerio Público⁹ ya que ello entregaba garantías que la información sólo podría ser utilizada en el marco de un proceso criminal. No obstante lo anterior, la UAF está facultada para intercambiar información con sus pares en el extranjero¹⁰ y puede entregar la información solicitada por los Tribunales que

hechos específicos que las justifiquen, de los que se dejará expresa constancia en ambos documentos”.

- 7 Artículo 2 de la Ley 19.913: “No quedarán sometidas a lo dispuesto en el presente literal, las personas que no están obligadas a declarar por razones de secreto, únicamente en aquello que se refiera a éste, en los términos que señala el artículo 303 del Código Procesal Penal”.
- 8 Artículo 3 de la Ley 19.913: “Las disposiciones legales, reglamentarias, contractuales o de cualquier otra índole sobre secreto o reserva de determinadas operaciones o actividades no impedirán el cumplimiento de la obligación de informar establecida en el presente artículo. Lo anterior es también aplicable si la Unidad solicita la entrega o exhibición de los antecedentes que el sujeto obligado tuvo en consideración para reportar la operación sospechosa”.
- 9 Artículo 2 de la Ley 19.913: “Asimismo, sólo podrá utilizar la información que reciba para los propósitos establecidos en esta ley, no pudiendo en caso alguno darla a conocer o entregarla a organismos o servicios distintos del Ministerio Público”.
- 10 Según lo dispone el artículo 2 letra g) de la ley puede “Intercambiar información con sus similares del extranjero. Para tal efecto, la Unidad deberá cerciorarse de que dicha información no será utilizada para fines diferentes y que la entidad solicitante operará con reciprocidad en caso que se le solicite información”.

conozcan de un procedimiento criminal por los delitos de lavado de dinero o asociación ilícita para lavar (artículo 13 inciso final).

En otro orden de ideas, al momento de analizar los tipos penales que se establecen para quienes hayan prestado servicios a la UAF y para quienes hayan sido empleados de alguno de los sujetos obligados, se advierten algunas diferencias. En el tipo penal contenido en el artículo 13 referido a los funcionarios de la UAF podemos ver que quedó expresamente establecida una prohibición indefinida (después de haber cesado en su cargo, comisión o actividad), en cambio, en el tipo penal referido a los sujetos obligados, la prohibición es sólo mientras ejerzan sus funciones. Además, el tipo penal referido a la UAF es mucho más amplio en cuanto al sujeto activo, ya que señala “el que preste servicios a cualquier título”, a diferencia del otro tipo penal que se refiere a las personas señaladas en el artículo 3 y sus “empleados”, concepto que es más restringido. También se advierte una diferencia en el artículo 7 inciso final, referido a los sujetos obligados, ya que éste incorpora una figura penal referida a la destrucción, alteración u ocultación de antecedentes o documentos que deban entregar, o el hecho de entregar antecedentes o documentos falsos.

Finalmente, en relación con las normas que permiten a la UAF obtener información sujeta a secreto, los operadores jurídicos se preguntaban si era necesario en el marco de una investigación penal volver a solicitar dichos antecedentes con autorización del juez de garantía (la UAF los había obtenido con autorización de un Ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago). En principio por razones de economía procesal uno pudiese esgrimir que no existe ningún problema en utilizar la información, ya que ésta cuenta con una autorización judicial. No obstante lo anterior, en la mayoría de los casos la información requiere ser complementada con otros antecedentes, por lo cual, se solicitan nuevamente con autorización del juez de garantía. Además, existe una razón práctica, dado que puede ocurrir que en la investigación penal no se logre establecer el delito de lavado de dinero, pero sí otros ilícitos, por ejemplo, estafas o apropiaciones indebidas, no siendo posible utilizar la información de la UAF, ya que ella sólo puede ser utilizada para establecer el delito de lavado de dinero y sus respectivos delitos base.

b. Pilar de control y sanción penal

1. Regulación general del secreto

En términos generales el secreto de la investigación o de determinadas actuaciones del procedimiento se encuentra regulado en el artículo 182 del CPP, estableciéndose una diferenciación en cuanto a las posibilidades de acceso a la información basada en la calidad que poseen los intervinientes. En este contexto, por regla general “el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copias, a su cargo, de los registros y

documentos de la investigación fiscal y podrán examinar los de la investigación policial”¹¹.

En relación con esta norma resulta interesante aclarar algunos puntos que habitualmente generan discusiones y que dicen relación con el hecho que la regla general en materia de investigación penal es el principio de publicidad¹². Respecto de este punto nos parece apropiado realizar algunas precisiones, la primera de ellas se refiere al hecho evidente que este principio no es absoluto, sino que admite una serie de limitaciones impuestas por el legislador tanto en la regulación general como especial¹³. Es así como se puede advertir que el propio artículo 182 del CPP establece que la investigación es secreta para los terceros ajenos al procedimiento, lo cual resulta razonable y proporcionado, ya que estas personas no tienen ningún interés en el mismo, pudiendo obstaculizar su normal desarrollo. La regla general entonces sería que el proceso es público para los intervinientes¹⁴. Pero aun en estos casos el legislador consideró algunas situaciones en las cuales el Fiscal puede disponer el secreto con el objeto de una eficaz investigación¹⁵, incorporando una excepción respecto de determinados actuaciones y declaraciones del imputado¹⁶. Lo anterior, resulta

-
- 11 En este mismo sentido, HORVITZ Lennon, María Inés / LÓPEZ Masle, Julián, (2002) “*Derecho Procesal Penal Chileno*” Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 467.
- 12 “El principio de publicidad proviene del procedimiento reformado del siglo XIX y “es una de las bases del procedimiento penal, sobre todo, una de las instituciones fundamentales del estado de derecho. Su significado esencial reside en consolidar la confianza pública en la administración de justicia, en fomentar la responsabilidad de los órganos de la administración de justicia y en evitar la posibilidad de que circunstancias ajenas a la causa en el tribunal, y con ello, en la sentencia”. ROXIN, Claus (2000): “*Derecho procesal penal*” (Buenos Aires, Editores del Puerto) p. 407.
- 13 “Recientemente el §169, 2ª frase, GVG, ha sido objeto de una controvertida discusión porque los medios, invocando el art. 5, I, 2, GG, aducen un interés prevaleciente en informar directamente también desde el juicio. Tal pretensión debe ser rebatida decididamente ya que, p. ej., las grabaciones televisivas someterían al acusado a la vergüenza de exponerse ante un público de varios millones de personas y harían considerablemente más difícil su resocialización; además, también se perjudica así el descubrimiento de la verdad, ya que no se puede descontar que las declaraciones de los testigos y el mismo fallo del tribunal se vean afectados por las expectativas de una opinión pública masiva”. *Ibid.* p. 406.
- 14 Artículo 182 inciso 2: “El imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copias, a su cargo, de los registros y documentos de la investigación fiscal y podrán examinar los de la investigación policial”.
- 15 Artículo 182 inciso 3: “El fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto”.
- 16 Artículo 182 inciso 5: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, no se podrá decretar el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor”.

de vital importancia para las discusiones que generalmente se plantean en diversas audiencias, dado que se suele esgrimir que el secreto está afectando el derecho de defensa lo cual constituiría un atentado grave a las normas constitucionales. Respecto de este punto podemos señalar que indudablemente el legislador tuvo en consideración esta afectación al momento de establecer la norma, derecho que justamente fue ponderado con el referido a una eficaz persecución penal, entregándose al juez de garantía la facultad de ponderar en el caso concreto estos dos derechos en juego. Entonces, resulta impropio señalar que “el hecho de haber decretado secreto siempre violentará las garantías constitucionales”, dado que existen casos en los cuales la declaración de secreto se encontrará plenamente justificada en consideración a sus especiales características.

En la regulación general respecto del secreto, el plazo máximo fijado por el legislador es un plazo no superior a 40 días¹⁷, pero siempre se podrá solicitar que el juez de garantía lo limite en cuanto a su duración y extensión, ya sea de objetos o personas a quienes afectare¹⁸. Esta norma general, nos parece de relevancia para posteriormente realizar una interpretación sistemática de las normas especiales, dado que en materia de lavado de dinero no se establece esta posibilidad de limitación, aun cuando jueces y fiscales así lo han entendido y aplicado para los casos de extensión judicial del mismo¹⁹. En la historia de la ley respecto del plazo para decretar el secreto quedó expresa constancia que este plazo se refiere a las investigaciones que no tengan una norma especial, ya que, generalmente, en las investigaciones de lavado de dinero la etapa de investigación preliminar desformalizada era sumamente amplia, esencialmente, por la complejidad del delito investigado²⁰. A este respecto, podemos señalar que los plazos de investigación preliminar en materia de lavado de

17 Esta limitación sería absoluta y no cabría la posibilidad de una ampliación. En este sentido, HORVITZ / LÓPEZ, 2002, p. 468.

18 Artículo 182 inciso 4: “El imputado o cualquier otro interviniente podrá solicitar el juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare”.

19 En la historia de la ley podemos advertir que algunos diputados hicieron ver la rigidez de la norma en materia de lavado de dinero: “El Diputado señor Ascencio consideró muy rígida la disposición en cuanto a que la prórroga del plazo de mantención del secreto sólo tendría que ser por seis meses, sosteniendo que le parecía más lógico autorizar al juez de garantía para prorrogar la medida hasta por dicho plazo”. Historia de la Ley 19.913 (consulta realizada el 16 de enero de 2012). http://search.babylon.com/?q=historia+de+la+ley+19913&cs=web&cas=0&cbabsrc=NT_ss

20 “El Senado lo aprobó sólo con enmiendas formales de redacción. Consideró que el plazo de cuarenta días durante los cuales el fiscal puede disponer la reserva de ciertas actuaciones, registros o documentos puede ser insuficiente respecto de determinadas investigaciones, como las referidas a los delitos de lavado de dinero u otros cometidos por el crimen organizado, pero razonó que las respectivas leyes especiales podrán determinar plazos o modalidades diferentes”. Historia de la Ley 19.913 (consulta realizada el 16 de enero de 2012). http://search.babylon.com/?q=historia+de+la+ley+19913&cs=web&cas=0&cbabsrc=NT_ss

dinero se han acertado sustancialmente en atención a la experiencia que han ido adquiriendo los distintos operadores jurídicos del sistema. Por último, en cuanto a la regulación general se establece una prohibición expresa hacia los funcionarios que hayan participado de una investigación, debiendo guardar secreto de la misma²¹.

2. Regulación especial

Uno de los estatutos especiales que regula de forma específica el secreto de la investigación lo encontramos en la Ley 19.913, la cual en su artículo 31 reproduce la norma contenida en el artículo 182 del CPP en cuanto a que la investigación de estos delitos es siempre secreta para los terceros ajenos al procedimiento, pero también introduce una nueva clase de sujetos, efectos, plazo y extensión del mismo.

A. REQUISITOS

El requisito fundamental para utilizar la norma contenida en el artículo 31 de la Ley 19.913 resulta bastante evidente, que el fiscal se encuentre investigando un caso de lavado de dinero. No obstante lo claro que parece, en ocasiones se producen situaciones problemáticas que merecen algunas aclaraciones. Estas situaciones derivan del hecho que en la investigación del delito de lavado de dinero se advierte una accesoriedad media (hecho típico y antijurídico) entre la conducta base y la conducta de lavado propiamente tal, que pudiese ser de ocultamiento o aprovechamiento. Lo anterior implica que una investigación de lavado de dinero puede haber comenzado como la de un delito en particular (por ejemplo tráfico de drogas, trata de personas, corrupción, delitos de la Ley de Mercado de Valores u otros establecidos en el catálogo taxativo que contiene la ley) y posteriormente el fiscal pudo advertir que determinados bienes (provenientes de forma directa o indirecta del delito base) fueron lavados. En otras oportunidades, el fiscal desde un inicio se encuentra investigando el delito base y el de lavado de dinero. En ambos casos, si existe una investigación de lavado de dinero, consideramos que el fiscal puede utilizar la norma del artículo 31 y la extensión del secreto (según veremos a continuación) se referirá a la investigación en general, no siendo posible analizarla de forma parcializada, ya que ello atentaría contra el objetivo planteado por el legislador al momento de regular el secreto.

El otro requisito, es que el fiscal a cargo haya decretado el secreto de la investigación, ya que si éste no se encuentra decretado el imputado y los intervinientes debieran poder conocer los antecedentes de la investigación. Habitualmente, la declaración de secreto se materializa en una constancia que

21 Artículo 182 inciso 6: “Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas”.

deja el fiscal en la carpeta investigativa, la cual evidentemente debe contener a lo menos la fecha en la cual fue dictada, no siendo necesario fundamentar las razones que se tuvieron a la vista para decretarlo, ya que estas se encontrarían previamente subentendidas por el legislador, dadas las características de este tipo de investigaciones.

B. PERSONAS A QUIENES AFECTA (IMPUTADO / INTERVINIENTES / TERCEROS AJENOS AL PROCEDIMIENTO / TERCEROS AFECTADOS POR UNA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR)

Según lo establece el artículo 31, el secreto puede afectar tanto al imputado, los intervinientes, los terceros ajenos al procedimiento y también para los terceros afectados por una investigación preliminar del fiscal. De lo anteriormente expuesto, podemos advertir que la norma introduce un nuevo concepto (que no se encuentra en la regulación común) que es el de “terceros afectados por una investigación preliminar del fiscal”. Cabe preguntarse las razones que tuvo el legislador para efectuar la distinción entre los terceros, dado que a primera vista no se advierten diferencias sustanciales que ameriten una distinción. No obstante lo anterior, al revisar la historia de la ley podemos observar que el legislador estaba pensando en determinadas personas que sin ser imputadas pueden verse afectadas por la investigación del fiscal, por ejemplo, pensemos el caso de un imputado que tiene una cuenta bipersonal con su señora, en este caso la señora no tendrá la calidad de imputada, ya que no se ha dirigido ninguna actuación del procedimiento en su contra, pero se verá afectada por la misma.

En cuanto a los sujetos afectados, también se discute si el fiscal cuando decreta el secreto es respecto de todos los sujetos o le está permitido realizar limitaciones parciales, por ejemplo, que los antecedentes se mantengan secretos para el imputado y no para el querellante. Desde nuestra perspectiva, no hay razones que le impidan al fiscal limitar de forma parcial el acceso a la investigación, dado que el objetivo final del legislador es la eficacia de la investigación, por lo cual, podría darle acceso de los antecedentes al querellante y restringirlos respecto del imputado, como también podría decretar el secreto respecto de todos.

C. DURACIÓN. ¿DESDE CUÁNDO? ¿HASTA CUÁNDO?

La duración del secreto es un tema bastante discutido en audiencias, dado que la norma establecida en el artículo 31 de la Ley de Lavado no establece claramente cuando este se inicia y finaliza. La norma en comento señala “respecto del imputado y de los demás intervinientes, la investigación será secreta cuando así lo disponga el fiscal, por un plazo máximo de seis meses, renovables con autorización del juez de garantía, por una sola vez y por igual término”. Como vemos, esta norma no señala el momento desde el cual se inicia el plazo, en la práctica se ha considerado que el secreto se inicia desde la constancia que deja

el fiscal en su carpeta investigativa de haberse decretado el secreto. Esto implica que la investigación se puede haber iniciado hace algunos meses o semanas y con posterioridad el fiscal decreta el secreto, dado que aparecen antecedentes que le permiten perfilar de mejor forma su investigación de lavado, para lo cual protege la investigación de posibles filtraciones que afectaren su objetivo y eficacia.

Desde nuestra perspectiva, el legislador ha hecho un reconocimiento explícito a la complejidad que puede traer aparejada la acreditación de los elementos que componen el tipo penal de lavado de dinero (delito base / conducta de lavado / conocimiento / elementos subjetivos), ya que con la sola decisión del fiscal (en el entendido que en este delito por regla general es compleja su acreditación) permite que se decrete el secreto de los antecedentes para el imputado y demás intervinientes por seis meses, los cuales podrían ampliarse con autorización judicial por igual período²².

También se debe tener presente que el desde cuándo marca un efecto importante, ya que la norma establece que si está decretado el secreto no le es aplicable el artículo 186 del CPP, ya que se temía que por esta vía se intentará conseguir antecedentes que finalmente perjudicarían la investigación.

Por otro lado, en relación con el hasta cuándo rige el secreto podemos señalar que a diferencia de lo que señalaba el artículo 182 en este caso no se establece la posibilidad al juez de garantía de limitar el secreto. No obstante lo anterior, consideramos que para los casos de ampliación judicial del secreto evidentemente el juez de garantía puede restringirlo a un plazo inferior a los seis meses en consideración a los antecedentes de la investigación y que cumpla con la finalidad para la cual fue establecido (investigación eficaz / protección de víctimas, testigos, peritos, etc.). En todo caso, consideramos que el secreto nunca se puede extender más allá del cierre de la investigación.

D. EXTENSIÓN

En materia de lavado de dinero se produce una situación particular, dado que uno de los elementos del delito de lavado de dinero se refiere a la acreditación de un hecho típico y antijurídico (comúnmente denominado delito base o precedente) desde el cual se generan directa o indirectamente los bienes que posteriormente serán lavados.

22 En un sentido similar para el plazo fijado en la normativa general se puede ver un fallo del Juzgado de Garantía de Calama (RIT 13-2001), en el cual se señala: “Es facultad del M.P. disponer el secreto para la eficacia de la investigación. Inicialmente lo decretó por 40 días, pero luego lo redujo a 30. El tribunal no puede restringir en mayores términos esa facultad, pues el plazo fijado no provoca un daño para el derecho de defensa del imputado, ya que la duración del secreto esta reducida a un lapso razonable, transcurrido el cual el defensor y el imputado tendrán pleno acceso a las referidas piezas para efectuar respecto a ellas las diligencias que estimen pertinentes”. PFEFFER, Emilio (2001): “Código procesal penal anotado y concordado” (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) p. 303.

Lo anterior nos lleva a definir si el secreto de la investigación alcanza a las pesquisas que se estén realizando respecto del hecho base o sólo se referirá a las que digan relación con los verbos rectores de este delito, es decir, conductas de ocultamiento (ocultar o disimular) o aprovechamiento (adquisición, posesión, tenencia, uso) de determinados bienes.

Evidentemente, para fijar la extensión del secreto podremos realizar una serie de precisiones referidas a los sujetos investigados y los hechos en que participaron, las cuales generalmente nos podrían ayudar o facilitar el proceso de interpretación, tales como, si el imputado está siendo investigado sólo por el delito de lavado de dinero o si está siendo investigado para perseguir su responsabilidad penal por los delitos base y el delito de lavado de dinero. O si quien comete el hecho típico y antijurídico es la misma persona que posteriormente realiza los actos de lavado de dinero (lo que generalmente se denomina autoblanqueo o autolavado) o, por el contrario, si son personas distintas quienes participaron en los hechos base y quienes cometieron los actos de lavado. No obstante lo anterior, desde nuestra perspectiva el elemento fundamental que deberíamos tomar en consideración cuando nos corresponda interpretar la norma se refiere al objetivo que tuvo en vista el legislador al momento de generar una regulación especial en esta materia, ya que como podremos advertir, las distinciones señaladas precedentemente sólo presentan un análisis sesgado de la realidad que en ocasiones no se condice con la esencia misma de la norma. Por ejemplo, en principio uno podría sostener que si el imputado está siendo investigado sólo por lavado de dinero indudablemente el secreto se extiende a la comprobación de los delitos base, pero si está siendo investigado por los delitos base y el delito de lavado de dinero, se deberían separar las investigaciones y el secreto sólo regiría respecto de la investigación por el delito de lavado. Esta pudiese parecer una solución muy sencilla de aplicar, pero la verdad es que al aplicarla en un caso concreto puede producir justamente el efecto que se trata de evitar. Si las restricciones en materia de secreto en la Ley de Lavado están dadas por la eficacia de la investigación penal, nos parece que este es el elemento primordial que debe tener en consideración el juez, además de tener presente que uno de los elementos a establecer en el delito de lavado de dinero es el hecho típico y antijurídico base, por lo cual, la conexión es innegable. En este contexto, consideramos que por regla general el secreto de la investigación se extiende a la de las conductas base, salvo casos bastante excepcionales, en donde, el conocimiento de los antecedentes de las conductas base no afectan la eficacia de la investigación de lavado, lo cual ocurre por ejemplo cuando se ha investigado un delito base de forma pública por un largo tiempo y en la etapa final se han logrado recabar antecedentes que dan cuenta de un delito de lavado de dinero. En este caso, parecería ilógico señalar que el conocimiento respecto de los antecedentes referidos a los delitos base pudiese afectar la eficacia de la investigación de lavado, ya que estos han sido conocidos por los intervinientes, aunque si se abriera una nueva línea investigativa relacionada directamente con el delito de lavado de dinero, entenderíamos que también se vea afectada por la restricción de secreto.

III- Conclusiones

1. La Ley 19.913 contempla variadas normas en materia de secreto relacionadas con el ámbito preventivo y de control y sanción penal.
2. Los objetivos perseguidos por el legislador para establecer normas de secreto son diversos y se refieren a la eficacia de la investigación penal y protección de determinadas sujetos, como también al amparo de las personas que pueden ser reportadas en el ámbito preventivo.
3. La norma del artículo 31 de la Ley de Lavado se diferencia de la establecida en el artículo 182 del CPP, en cuanto a la duración del secreto, las personas afectadas, los efectos que produce y la extensión del mismo.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE CONTRABANDO (PROPIO). ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL 1973-11

Andrés Salazar Cádiz¹

1. Breve introducción. Acerca de la función informativa del principio de legalidad en materia penal

Es sabido que el principio de legalidad constituye una de las garantías fundamentales del Estado de Derecho, y de su concreción en materia penal se espera la generación de efectos en al menos dos sentidos: (a) en un sentido negativo, el mencionado principio se erige como un límite al autoimpuesto por el Estado para el ejercicio del *ius puniendi*² y (b) en un sentido positivo, el respeto al principio de legalidad dota a la práctica punitiva de legitimación formal (provisional).

De la consideración de la legalidad como límite al *ius puniendi*, la doctrina deriva las siguientes consecuencias: (i) la conducta que ingresa al catálogo de hechos punibles debe ser descrita en una norma de rango legal; (ii) esa descripción debe ser lo más completa posible; (iii) no es posible aplicar retrospectivamente una norma punitiva; (iv) el juez no puede solucionar un conflicto penal recurriendo a la analogía como herramienta de interpretación cuando el resultado es perjudicial para el enjuiciado³.

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 En palabras de Atria, el principio de legalidad penal tiene una finalidad fuera de él: “*la de compatibilizar (e.g.) la protección de bienes a través de la amenaza de la sanción penal con la protección de la libertad personal*”. Atria, Fernando. Jurisdicción e independencia judicial.

3 Lo que aquí se afirma constituye una cuestión pacífica en doctrina. Sin embargo, cabe hacer presente que no se puede decir lo mismo respecto de la denominada *analogía in bonam partem*. Así, por ejemplo, se pronuncia en contra de su posible aplicación Labatut y Etcheberry. En sentido contrario acogen tal posibilidad Cury y Politoff/Matús/Ramírez. En relación con el estado de la discusión en el Derecho Penal español ver: Montiel Fernández, Juan Pablo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho Penal. Tesis doctoral. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Año 2009.

Del análisis de todas estas consecuencias se puede apreciar que el principio de legalidad cumple, entre otras⁴, una función de tipo informativo⁵⁻⁶: se espera que al estar contenida en una ley, la norma penal pueda ser conocida por todos los potenciales afectados⁷. De ahí la importancia de la taxatividad de la descripción típica: el precepto penal debe permitir reconocer las características esenciales que posee la conducta punible. Como señala Roxin, *“una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad (...) el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir;*

-
- 4 Aquí debe destacarse además que el principio de legalidad tiene también un contenido prescriptivo en el sentido que obliga tanto al juez como al legislador a actuar de un determinado modo en relación con la redacción de las leyes y en relación con la interpretación de la norma, desde la perspectiva de este último.
- 5 Tal y como señala Nino, un uso informativo *“se da cuando se utiliza el lenguaje para describir ciertos estados de cosas. De las oraciones que tienen esta función se dice que expresan una proposición; sólo de ellas tiene sentido predicar verdad o falsedad”*. Nino, Carlos Santiago. Introducción al análisis del Derecho. 12ª edición. P. 63. Editorial Ariel. 2003. Quisiera aclarar que aquí se entiende que el principio de legalidad posee esta propiedad, dado que quien quiere orientar su conducta de acuerdo con la legalidad vigente deberá identificar (en el caso del Derecho Penal) si cierta conducta constituye o no delito. De ahí que se pueda decir que “es” o “no es el caso” (es verdadero o es falso) que una cierta acción se corresponde o no con un delito. En un sentido similar, se pronuncia Ferrajoli, eso sí, desde la perspectiva de la labor del juez penal. Para este autor, es factible descomponer una imputación penal en dos proposiciones; ambas susceptibles de verdad o falsedad. Una de aquellas es una proposición jurídica o “de derecho” a través de la cual se sugiere que: *“tal hecho está denotado por la ley como delito (según nuestro código penal)”*. De ahí que el autor italiano señale que ésta sería una proposición de tipo *“asertiva”, “empírica” o “cognoscitiva”*. En este sentido, esa afirmación puede transformarse en una verdad jurídica *“en cuanto que es comprobable a través de la interpretación del significado de los enunciados normativos que califican al hecho como delito”*. Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. 8ª edición. Pp. 45 y ss. Editorial Trotta. 2006. Lo que se dice del juez, entiendo que es aplicable también al ciudadano, quien debe informarse a través de la literalidad de los preceptos si la conducta que pretenden emprender es lícita o se encuentra proscrita y, por lo tanto, debe ser modificada.
- 6 Que el principio de legalidad se manifieste en un uso informativo del lenguaje se puede apreciar ya en Hobbes, quien enumera en la parte II, capítulo XXVI del Leviatán, las condiciones que distinguen al castigo penal (basado en la ley civil) del pecado (consecuencia de la violación de una ley natural) y que permiten que el castigo distribuido por la autoridad civil sea considerado justo. Sin embargo, la acentuación del carácter pragmático de este principio debe atribuirse a Feuerbach, quien debe intensificar la importancia de aquella finalidad para dar coherencia a su teoría de la pena fundamentada en la coacción psicológica.
- 7 Esto presupone otorgarle a las normas jurídicas un valor motivacional, de modo tal que el ciudadano pueda reconocer en la norma una pauta de conducta válida que lo motive a actuar conforme a la regla que ésta contiene. La norma (y su castigo) constituye una razón para la acción (que además podría ser calificada de una “buena” razón dada la potencial capacidad de universalización, sentada en fundamentos éticos, que poseen las reglas como producto del procedimiento de discusión democrática). Aquel valor motivacional no es incompatible con la disidencia moral. Muy por el contrario, la libertad que posee toda persona de discernir y actuar contra la norma de comportamiento es uno de los antecedentes que fundamentan su culpabilidad.

*y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar las bases para un reproche de culpabilidad*⁸.

De ahí que se sostenga que taxatividad y capacidad informativa se encuentran estrechamente vinculadas⁹.

No obstante, este ideal de taxatividad que se pretende alcanzar se encuentra con múltiples dificultades al momento de ser puesto en práctica. En primer término, podemos apreciar que existen dificultades que provienen de la propia ontología del lenguaje: su textura abierta¹⁰ y los consecuentes problemas de vaguedad y ambigüedad; la emotividad de la cual se encuentran cargados ciertos conceptos; la necesidad de respetar determinadas reglas semánticas, sintácticas y discursivas para poder comunicar efectivamente lo que se quiere decir, etc. Al mismo tiempo es posible encontrar una serie de problemas relacionados con la acción de legislar y ellos se manifiestan, por ejemplo, en la necesidad de recurrir a lenguajes especiales y términos técnicos que dificultan la inteligibilidad de la norma a profanos en la materia, dada la especificidad y complejidad de muchos de los ámbitos que son objeto de regulación. Muy relacionado con los problemas antes mencionados, se encuentran aquéllos propios de la técnica que en algunos casos es utilizada por el legislador. Ejemplos de este último caso son el empleo de remisiones y la utilización de leyes penales en blanco¹¹.

En nuestro país el principio de legalidad ha sido consagrado expresamente en nuestra carta fundamental, constatación que implica que es la jurisdicción constitucional, a través de sus pronunciamientos, la encargada de solucionar los problemas que, emanando de las dificultades antes señaladas, trascienden (al menos en principio) a la actividad interpretativa propia del juez penal.

8 Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. P. 169. 1ª edición (2ª reimpression). Año 2003. Editorial Thomson – Civitas. Madrid. España.

9 En otras palabras la taxatividad se encuentra cargada de una finalidad informativa.

10 Como bien señaló Hart en su momento: *“Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas serán indeterminadas; tendrán lo que se ha dado por llamar una “textura abierta”. Hasta aquí hemos presentado esto (...) como una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de los términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación humana relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales –tal como el inglés– muestran, cuando se los usa así, una irreductible textura abierta”*. H.L.A. Hart. El concepto de derecho. Pp. 159 y 160. Editorial Abeledo-Perrot. 1963.

11 Compartimos en este punto la opinión de la profesora Ossandón quien señala que la característica común de todas las definiciones de ley penal en blanco que se han utilizado por la doctrina es que éstas *“son leyes necesitadas de complemento...”* esto es, *“son leyes que contienen una referencia a otras disposiciones del ordenamiento para complementar o especificar, en alguna medida, la formulación de la norma penal”*. Ossandón Widow, María Magdalena. La formulación de los tipos penales, valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa. P. 162. Editorial Jurídica. 2009.

En las páginas siguientes, se analizará un reciente fallo del Tribunal Constitucional referido al delito de contrabando donde se abordan algunos cuestionamientos fundados, básicamente, en el aparente incumplimiento de las directrices impuestas por el principio de legalidad. Luego de revisar las consideraciones expuestas en la resolución de que se trata, éstas serán complementadas con otras que nos parecen de interés para la resolución del asunto abordado en sede constitucional.

2. Antecedentes previos. Fundamento del reclamo de inaplicabilidad y decisión del tribunal

El recurso de inaplicabilidad de que se trata fue interpuesto ante el Tribunal Constitucional por los abogados defensores de una serie de ejecutivos que han sido acusados por el Ministerio Público de haber cometido delitos contra la salud pública (artículos 315 y 317 del Código Penal), de falsificación de marca (art. 190 del C.P.) y de contrabando propio (art. 168 inc 2° de la Ordenanza de Aduanas), en el marco del denominado caso ADN, siendo este último cargo por delito de contrabando, el objeto de la acción constitucional en cuestión.

Sucintamente, los hechos que se atribuyen a estas personas guardan relación con la producción defectuosa de alimentos, los cuales, por su deficiente composición (que difería de la enunciada en su etiqueta) habrían causado muertes y lesiones, de distinta naturaleza, a un determinado número de personas que, confiando en las propiedades que el producto decía contener, recibieron menos aportes nutricionales (fundamentalmente potasio) de los requeridos para la mantención de su salud. En este contexto, los imputados habrían exportado este defectuoso alimento a Argentina, Brasil, Rusia, Singapur y otros países, para lo cual habrían falsificado las etiquetas, atribuyendo la fabricación del producto a una tercera compañía, ya que la propia no poseía las autorizaciones requeridas en los países de destino para realizar la actividad comercial de que se trata.

De tales imputaciones, como se dijo, la cuestionada en la instancia constitucional fue aquella contenida en la Ordenanza de Aduanas (inciso 2° del artículo 168), norma que señala lo siguiente:

“Incurrirá en el delito de contrabando el que introduzca al territorio nacional, o extraiga de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentran prohibidas”.

Adelantando algo que se tratará más adelante, se puede observar que el legislador al tipificar el delito de contrabando recurrió a la técnica de la ley penal en blanco. De acuerdo con la imputación realizada por el Ministerio Público, la norma penal en comento se complementa, para el caso en concreto, con las siguientes disposiciones del Reglamento Sanitario de Alimentos:

Art. 100.- Alimento falsificado es aquel que:

a) se designe, rotule o expendan con nombre o calificativo que no corresponda a su origen, identidad, valor nutritivo o estimulante; y

b) cuyo envase, rótulo o anuncio, contenga cualquier diseño o declaración ambigua, falsa o que pueda inducir a error, respecto a los ingredientes que componen el alimento.

Art. 102.- Se prohíbe la fabricación, importación, tenencia, distribución, comercialización o transferencia a cualquier título, de alimentos alterados, contaminados, adulterados o falsificados.

Como sabemos, la ley penal en blanco importa un déficit (en principio tolerable) de determinación de la conducta (de ahí su necesaria complementación) que es compensado por una mayor precisión de los conceptos que se integran a la norma penal y que en general se refieren a un ámbito especializado de la actividad humana.

Existe consenso jurisprudencial y doctrinario en el sentido de que las leyes penales en blanco son, en principio, herramientas legítimas para la construcción de tipos penales, salvo que se sobrepasen los límites de la legalidad y la determinación de la conducta prohibida quede entregada a instancias normativas extralegales. En este sentido, el criterio asentado en la jurisprudencia (nacional y comparada¹²) es que una norma jurídico-penal respeta el principio de reserva en la medida en que sea la ley la que describe el “núcleo esencial” de la conducta que se prohíbe, dejando elementos de tipo secundario o accidental a la norma de complemento.

Precisamente, en el caso en análisis los recurrentes adujeron que el delito de contrabando traspasaba los límites antedichos. A juicio de éstos, la redacción

12 Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional español 53/1994 de fecha 24 de febrero de 1994 declaró que: “El principio de legalidad (...) también es conciliable con el art. 25.1 CE la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales abiertas (STC 122/1987); esto es, aquellas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadamente prevista en la ley penal, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, incluso de carácter reglamentario, si bien el reenvío normativo a normas no penales sólo procederá si se dan ciertos requisitos: “Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la STC 122/1987, se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte de esta manera salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”. En el mismo sentido se pronuncian la SSTC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 120/1998, de 15 de junio, FJ 5; 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3 y SSTC 283/2006 de 9 de octubre de 2006.

del tipo en comento, infringe la disposición constitucional¹³ que exige una descripción expresa de la conducta delictiva y esa trasgresión se concretaría en el hecho de que *“el complemento es de carácter reglamentario e infralegal, sin remisión explícita ni directa a él y sin descripción del núcleo de la conducta, al emplear sólo dos verbos rectores (importar y exportar) y dejar totalmente abierta la determinación del objeto a la autoridad administrativa por vía reglamentaria...”*¹⁴.

Una vez conocido el asunto, el Tribunal Constitucional, en su pronunciamiento, rechazó unánimemente la tesis del reclamante por diversas razones.

En este sentido, en el primero de los dos votos de rechazo que componen el fallo¹⁵ afirmó la constitucionalidad del precepto señalando que *“el verbo rector y la conducta a que da lugar, elementos esenciales del tipo, tienen un significado unívoco, consistente en dos conductas alternativas: ingresar al país o hacer salir del país mercancías de circulación proscrita por nuestro territorio”*.

No obstante, los redactores de aquél razonamiento fueron aun más allá, negando que la norma cuestionada poseyera la calidad de ley penal en blanco, al indicar que:

“...cabe concluir que el precepto impugnado no es una ley penal en blanco, en la medida en que los elementos del tipo se encuentran en la norma, restando sólo una referencia al supuesto de tipo normativo que no afecta la validez de la descripción de la conducta, cual es un recurso al resto del ordenamiento jurídico en un ejercicio de interpretación sistemática de la ley para determinar un tema claramente diferenciable y autónomo, cual es la licitud o ilicitud de un bien en tanto objeto de comercio exterior, cuestión propia de la legislación mercantil, sanitaria y tributaria, sin que fuese necesario complemento alguno de rango infralegal...”.

Por su parte, el segundo voto de rechazo¹⁶, a diferencia de lo señalado anteriormente, consideró que el artículo en cuestión sí configuraba una ley penal en blanco, en razón que *“la norma complementaria (...) se trata de una (...) de rango inferior al de la ley”*, por lo que se vio forzado a fundar su rechazo en otras consideraciones.

Así las cosas, a través de un mecanismo autorreferencial, apoyó su decisión en el criterio jurisprudencial al que ya hemos aludido anteriormente, según el cual *“lo importante es que el núcleo esencial de la conducta esté expresamente definido, aunque la norma legal se remita a un reglamento para pormenorizar ciertos*

13 Artículo 19 N°3 inc.8°: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

14 STC 03/11/11, Rol N°1973-11-INA, pp. 4 y 5.

15 Autores de este voto fueron los Ministros Vodanovic, Bertelsen, Venegas, Navarro y Aróstica.

16 Redactado por los Magistrados Sra. Peña y señores Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García.

aspectos” agregando que “lo relevante es que las personas sepan los hechos por los que pueden ser sancionados”.

Analizando los argumentos utilizados por los autores de este último voto creemos que es posible sintetizar su posición bajo la siguiente formulación: para valorar la constitucionalidad de un precepto debe estarse (i) a que se precise en el respectivo tipo penal el “núcleo fundamental” de la prohibición y (ii) que exista “la posibilidad real de conocer las normas complementarias”¹⁷.

En este sentido, los redactores de aquellas líneas coincidieron con el primer voto de rechazo en que la redacción de la norma punitiva objeto de estudio contiene, efectivamente, la descripción de las conductas prohibidas y sus circunstancias elementales, siendo éstas la introducción o extracción del país de mercaderías de importación o exportación prohibida¹⁸.

En segundo lugar, observaron que respecto de este delito “la regulación complementaria se contiene en un Reglamento que fue aprobado por Decreto Supremo; es decir, fue dictado por el Presidente de la República” (...) el cual además fue “publicado en el Diario Oficial”, mecanismo de difusión que da la posibilidad a la ciudadanía de conocer la existencia y contenido de las normas jurídicas.

Finalmente, el segundo voto de rechazo agregó una tercera y, a nuestro juicio, relevante consideración. Los magistrados pusieron de relieve que “el reglamento regula aspectos fundamentales de la industria de los alimentos, esto es, de aquella industria que ejerce la parte requirente. No puede, por lo tanto, alegar razonablemente desconocimiento de las normativas que en él se contiene, ni tampoco desconocer que la misma le resulta plenamente aplicable”.

3. Comentarios respecto de la resolución del Tribunal Constitucional

3.1. Acerca del rechazo de la alegación de falta de determinación

Más allá de lo señalado en el primer voto de rechazo, y sin perjuicio de que estimamos que puede ser una cuestión susceptible de debate el negarle a la norma del Art. 168 de la Ordenanza de Aduanas el carácter de ley penal en blanco, lo cierto es que, en el presente caso, el hecho de que el mencionado enunciado legal haga referencia a la existencia de mercancías de importación o exportación “prohibida” demanda para el intérprete la averiguación de cuántas

17 STC 03/11/11, Rol N°1973-11-INA.

18 Para estos efectos se apoyan en los profesores Rodríguez Collao y Ossandón Widow quienes señalan que en el presente ilícito el sentido de los verbos retores (introducción y extracción) “se encuentra indisolublemente vinculado con el control aduanero al que debe someterse el ingreso o salida de mercancía. Su perfeccionamiento presupone por ende, que se traspase o eluda dicho control”. La cita puede encontrarse en Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena. Delitos Aduaneros. P. 83. Editorial Jurídica de Chile. 2010.

les son, precisamente, aquellos productos de ilícito comercio: de ahí que deba acudirse a un complemento normativo cuyo contenido pasa a integrar la prohibición de que se trata¹⁹.

Sin embargo, y en armonía con lo señalado en el segundo voto de rechazo, del hecho de aceptar que el delito de contrabando propio pueda constituir una hipótesis de ley penal en blanco, no se sigue necesariamente la constatación de un defecto de relevancia constitucional; de ello sólo se puede desprender la necesidad de desplazar el foco del debate hacia la cuestión de si la técnica legislativa empleada se aviene con los parámetros fijados por el principio de legalidad. De ahí la necesidad de enfrentar los cuestionamientos planteados por los requirentes al delito de que se trata.

La primera de esas objeciones, como pudimos ver, guardaba relación con el hecho de que el legislador no habría definido expresamente el núcleo de la conducta, la cual quedaría enteramente entregada a la administración pública. Esta alegación, a nuestro entender es susceptible de ser descompuesta para los efectos de su análisis, en la siguiente forma: (1) la primera parte de la afirmación contiene implícitamente una apelación al mandato de certeza (*lex certa*) derivado del principio de legalidad; (2) de la segunda parte se puede inferir la denuncia de una infracción al mandato de *lex scripta*, del cual emana la obligación para el Estado de que la fuente formal de los delitos debe ser la ley, excluyéndose, en consecuencia, tanto la costumbre como “*las normas reglamentarias emanadas del Poder ejecutivo como Decretos y órdenes ministeriales*”²⁰.

Respecto a la primera parte del reclamo, entendemos que lleva razón el Tribunal en sostener la constitucionalidad del tipo penal al que se hace referencia. En este sentido, compartimos los fundamentos empleados por el mencionado órgano, ya expuestos en líneas precedentes, tendientes a demostrar que en el tipo penal en comento es posible encontrar verbos rectores que permiten a los ciudadanos informarse acerca de la conducta prohibida, esto es, el ingresar o hacer salir del país mercancía de circulación proscrita.

No obstante, creemos que aquél razonamiento puede ser complementado si se toman en cuenta otras consideraciones.

En primer lugar, debemos tener presente que uno de los mecanismos más útiles para determinar o precisar los presupuestos que hacen posible la puni-

19 En el mismo sentido Rodríguez y Ossandón quienes señalan que “*ciertamente estamos ante una ley penal en blanco, porque la Ordenanza de Aduanas no prohíbe la importación o la exportación de ninguna mercancía, de modo que tal prohibición deberemos buscarla en otros textos normativos de jerarquía legal o administrativa*”. Op cit. p. 82.

20 Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General, 8ª edición. P. 107. Editorial Repper-tor. 2008.

bilidad de ciertas conductas es aquel que tiene por finalidad determinar el sentido de la prohibición²¹.

Las normas jurídicas son expresadas a través de enunciados legales y estos enunciados, a su vez, se expresan, como sabemos, mediante el uso de palabras. Tal constatación, a pesar de su obviedad, resulta de suma utilidad a la hora de emprender la tarea de determinar el sentido de las fórmulas legales. Y es que existe un relativo consenso en que el sentido de las palabras depende del contexto en el cual éstas se encuentran insertas²². Como señalara Gottlob Frege, estimamos que “*es preciso preguntar por el significado de las palabras en el contexto del enunciado y no aisladamente*”.

Sin perjuicio de que se acepte o no a cabalidad este punto de partida, creemos que debe admitirse, al menos, que el contexto juega un rol, tanto en la determinación del significado que atribuimos a las palabras como en el sentido que otorgamos a los enunciados (en este caso a los enunciados jurídicos).

Por ello, no podemos independizar el objeto de análisis (texto del artículo 168 inciso 2°) del contexto al cual se encuentra adscrito. En otras palabras, quien se enfrenta a la regulación aduanera puede advertir que ésta hace referencia a la actividad aduanera y, a su vez, que la actividad aduanera guarda relación con los actos de comercio exterior.

En este orden de ideas, nos parece correcta la conclusión a la que arriban Rodríguez y Ossandón en el sentido que las conductas de “introducir” o “extraer” previstas en el respectivo tipo penal aluden a un traspaso físico

21 Por sentido, para estos efectos, se entiende “*un conjunto de palabras que son expresión de una unidad completa de significado susceptible de verdad*”. Corredor Lanas, Cristina. Filosofía del lenguaje. Una aproximación a las teorías del significado del siglo XX. P. 74. Editorial Visor. 1999.

22 En este orden de ideas, siguiendo al profesor Rafael Hernández Marín, aceptamos que sólo pueden distinguirse dos tipos de sentido: (a) el *sentido literal* de una palabra, que es aquel que se contempla al margen de cualquier contexto posible (así, por ejemplo, la palabra marco posee al menos 11 sentidos literales posibles en castellano, los cuales son capaces de designar tanto a “un límite que ciñe a una pintura”, como a “una moneda” o, una herramienta, o una medida de peso, etc.) y (b) el *sentido “total”* de la misma, que en cambio, es aquel que se encuentra co-configurado por el contexto en el cual se desenvuelve la palabra en cuestión (así por ejemplo, la expresión “aquel marco no guarda relación con esa pintura” excluye, por una parte, los sentidos alternativos de la palabra “marco” (por ejemplo, su uso como moneda alemana), mientras, por otra parte, permite sustentar la conclusión de que el hablante otorga a la mencionada palabra el sentido que corresponde a la primera acepción del diccionario de la RAE, esto es, “*Pieza que rodea, ciñe o guarnece algunas cosas, y aquella en donde se encaja una puerta, ventana, pintura*”; al mismo tiempo nos permite entender que el hablante se refiere a una pieza de pintura y que a su juicio una de las dos cosas difiere (aparentemente) en términos estéticos de la otra: el marco es más (o menos) bello que la pintura. Para un análisis más profundo de la cuestión ver Hernández Marín, Rafael. Sentidos de los enunciados jurídicos y principio de legalidad. Pp. 357 y ss. En: Estudios de filosofía del derecho penal. Universidad del Externado de Colombia. 2006.

de fronteras, que se constituye en hecho punible cuando ellas implican una elusión del control aduanero, cuestión que deberá evaluar el intérprete de la norma, caso a caso.

De este modo el tipo penal (integrado al ámbito aduanero) nos entrega el núcleo esencial de la conducta que el recurrente extraña, y nos señala que a los efectos del presente delito lo trascendente es que se constate el traslado transfronterizo de un determinado objeto, vedado para el comercio nacional y/o internacional, tratando de eludir los controles aduaneros correspondientes.

Desde esta perspectiva podemos afirmar, junto con los citados autores, que en el delito de contrabando (propio) *“se trata de conductas bien delimitadas y que cumplen las exigencias constitucionales en materia de taxatividad, puesto que indican con bastante precisión cuál es el comportamiento que cada una de ellas trasunta”*²³.

Nótese que el afirmar que el núcleo de la prohibición se encuentra contenido en la norma penal (Art. 168 de la Ordenanza de Aduanas), implica una incompatibilidad lógica con la idea de que idéntico sustrato se encuentra (al mismo tiempo) en la norma complementaria (en este caso los artículos 100 y 102 del reglamento de alimentos). La acentuación de tal conclusión no es baladí, ya que ésta nos permite transitar hacia la segunda parte de la objeción planteada por los recurrentes.

En efecto, de esta constatación se deriva la inexistencia del riesgo anunciado por ellos, esto es, de que la determinación de qué conducta es punible y cuál no lo es, quedaría enteramente entregada a la administración pública, eludiéndose de esta forma el mandato de *lex scripta*.

Como hemos visto, no se requiere más que una mera inferencia para deducir que la alegación expuesta no se encuentra justificada desde el momento en que se constata que el núcleo de la prohibición fue definida con anterioridad por el legislador en la norma que es objeto de complemento administrativo.

3.2. Acerca del principio de legalidad y su relación con el círculo de personas posiblemente afectadas por la norma penal

En otro de sus pasajes, el pronunciamiento en análisis incluye una consideración que fue destacada en su momento, y que podría ser resumida del siguiente modo: *“los imputados que recurren alegando la inaplicabilidad de los preceptos, ejercen su labor profesional en el ámbito alimentario, exportando sus productos; luego, no pueden alegar el desconocimiento de las normas alimentarias ni las que rigen la exportación de mercancías, sean éstas administrativas, sean éstas legales”*.

23 Rodríguez y Ossandón. Ob. cit. P. 84.

Respecto de este razonamiento podría intentarse una primera objeción relacionada con el grado de abstracción que pretende alcanzar el principio de legalidad. De este modo, se podría sostener que el tribunal no ha tenido en cuenta que el principio de legalidad constituye una garantía para la generalidad de los ciudadanos y, por lo tanto, el argumento expuesto no resulta sostenible. Sin embargo, la réplica efectuada en esos términos es susceptible de ser refutada dado el ámbito de competencia que posee el Tribunal Constitucional a propósito del recurso de inaplicabilidad, en razón que éste sólo permite pronunciarse sobre la improcedencia del precepto para el caso concreto. De ahí que resulte plenamente válido el recurso a la situación particular de los eventuales afectados por la norma.

Ahora bien, esa refutación formal a la objeción señalada es susceptible de ser complementada con razonamientos de orden sustantivo. Y es que, si bien es cierto, las leyes son abstractas y generales, también lo es que no todas las leyes poseen el mismo grado de abstracción y generalidad.

Sin ir más lejos, quienes operan habitualmente en el sistema penal, pueden apreciar la señalada graduación al comparar el universo de personas que eventualmente podrían ser sujetos activos de los denominados ilícitos “comunes” con aquellos que son conocidos en la doctrina penal como delitos especiales (de infracción de un deber o institucionales). Al menos, desde las posiciones más tradicionales de la dogmática penal, parece claro que el número de personas que está en posición de ser considerado autor de un delito especial es ostensiblemente inferior a la cantidad de sujetos a los que se les puede imputar el mismo grado de intervención en un delito común (en otras palabras, parece haber más “candidatos” capaces de infringir la norma de conducta que prohíbe matar que aquella que proscribe la aplicación pública diferente).

Siguiendo un razonamiento similar, pero precisando un poco más el lenguaje, es posible sostener que no todas las normas tienen el mismo círculo de eventuales destinatarios. Así por ejemplo, las normas tributarias (penales o no) se dirigen, preferentemente, a quienes poseen la calidad de contribuyente; las normas laborales rigen a las personas en cuanto a sus relaciones de empleador o trabajador; las normas concursales dirigen las conductas de quienes se encuentran en la posición de fallido o acreedor, etc.

Del mismo modo, es factible afirmar que las normas aduaneras se dirigen, preferentemente, a quienes realizan actividades de comercio exterior.

De todo lo dicho surge, entonces, la necesidad de cuestionar derechamente el sustento de la objeción con que iniciamos el presente análisis: De la consagración constitucional del principio de legalidad no se deriva ninguna obligación para el legislador de alcanzar un alto grado de generalización en sus prescripciones; lo único que puede desprenderse a partir de esta máxima es que, sea cual sea el ámbito que se pretenda regular o el número de los eventuales

destinatarios de la norma, su literalidad debe ser lo suficientemente clara para que los potenciales afectados por ella puedan comprender su sentido, y de este modo, tener la opción de adaptar su conducta a la pauta que ésta instituye.

Una vez más se pone de relieve la misión informativa que cumple el principio de legalidad. De ahí que el grado de taxatividad requerida por la legislación dependa del ámbito en que regirá la norma de que se trata, la taxatividad de que se trata debe ser funcional a la inteligibilidad de las prohibiciones para los potenciales afectados.

Por otra parte, se constata que es perfectamente posible exigir a personas que se mueven en esferas sociales específicas el conocimiento y seguimiento de reglas diferenciadas, propias de ese ámbito de vida, las cuáles son exigibles a éstos por haber decidido libremente participar en ese ámbito de actividades: El tomar parte de un ámbito específico de la realidad social involucra un juego de lenguaje particular al cual los participantes de ese específico contexto deben saber adaptarse si quieren tener una actuación exitosa en él²⁴.

3.3. La infracción administrativa como elemento descriptivo incluido en el tipo penal

Finalmente, nos interesa hacer referencia a otro de los vicios denunciados por los recurrentes.

Según esta parte, uno de los principales defectos que padecería la redacción del tipo de contrabando se encontraría en la falta de determinación de qué es lo que se entiende por mercancía de exportación o importación prohibida.

Como hemos visto, el argumento utilizado por los peticionarios gira en torno a la idea de que esta definición (qué se entiende por “mercancía prohibida”) sería el núcleo esencial de la conducta punible y que, en este entendido, las características fundamentales de la prohibición se encontrarían determinadas por una fuente no legal (administrativa) configurándose de esta forma la infracción al principio de legalidad.

No es necesario volver a mencionar los argumentos por los cuales el Tribunal Constitucional entendió que *“el inciso segundo del artículo 168 cumple con la exigencia de definir el núcleo central de la conducta”* estableciendo que *“los aspectos que regula el reglamento son de detalle o de pormenorización de la conducta prohibida”*²⁵. Más bien, lo que interesa aquí es destacar que la remisión al concepto “mercancía prohibida” puede tener aún una lectura adicional a la entregada por los recurrentes.

24 Para una mayor explicación de lo que se entiende por “juego de lenguaje” ver Wittgenstein, Ludwig. Investigaciones Filosóficas. 4ª edición. Pp. 21 y ss. Editorial Crítica. 2008.

25 STC 03/11/11, Rol N°1973-11-INA, considerando vigésimo primero del segundo voto de rechazo.

Como hemos visto, los enunciados lingüísticos pueden ser utilizados con distintas finalidades. En el caso de las normas jurídicas el lenguaje es empleado, la mayoría de las veces, con finalidades prescriptivas. Esto quiere decir que las normas jurídicas, en general, no tienen por finalidad describir las situaciones tal y como son, sino que lo que buscan es prescribir como esas mismas situaciones deberían ser²⁶. En otras palabras, las normas no apuntan hacia el ser de las cosas, sino al cómo éstas deberían ser (de ahí que se diga que en términos lógicos éstas poseen una estructura deóntica).

No obstante, muchas veces no podemos distinguir si en una determinada formulación nos movemos en un plano normativo o en uno de corte descriptivo.

Un ejemplo nos puede ayudar: cuando alguien dice “*aquí no se puede fumar*” no podemos saber, sólo con esa información, si con ello la persona está emitiendo una orden o si simplemente se encuentra describiendo una situación (por ejemplo, que en el restaurant ubicado en la esquina de esa calle se prohíbe el consumo de cigarrillos).

De esta constatación surge “*la necesidad de distinguir entre normas, por un lado, y proposiciones descriptivas acerca de normas o proposiciones normativas. Las primeras de carácter prescriptivo, las segundas, descriptivas y ubicadas en un nivel de metalenguaje normativo*”²⁷. Lo que se quiere decir con esto es que el lenguaje permite que también las normas puedan ser objeto de descripciones lingüísticas. En palabras simples, cualquier persona puede, con la ayuda del lenguaje, describir que una determinada norma “*existe*”.

Por otra parte, también es posible encontrar en el ordenamiento jurídico normas de estructura compleja, esto es, enunciados legales compuestos, al mismo tiempo, por prescripciones y proposiciones normativas (esto es, por descripciones de normas)²⁸.

Todo lo señalado puede ser aplicado al caso que nos ocupa: La norma contenida en el artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas puede ser leída como una norma compleja, la cual contiene en sí misma, además de una prohibición de introducir o extraer cierta clase de mercancías, una descripción referida a otras normas: aquellas que definen cuál es una mercancía prohibida para efectos sanitarios.

Si esto es así, podríamos decir que la descripción de la conducta prohibida contenida en el delito de contrabando no es tan defectuosa como pretendían hacer ver los recurrentes. Muy por el contrario, el delito en comento no sólo contendría el núcleo esencial de la conducta prohibida, sino que además infor-

26 Ossandón. Op cit. P. 75.

27 Ídem. P. 76.

28 Ídem. P. 77.

maría al universo de posibles destinatarios de la misma que antes de iniciar una acción de importación o exportación deben estar atentos a la existencia de normas complementarias que determinan que ciertas mercancías no pueden ser objeto de dichos actos jurídicos.

Lo dicho una vez más nos revela que lo esencial a nivel de legalidad constitucional es determinar el potencial informativo que contiene el tipo penal. Desde este punto de vista, la norma del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas no sólo contiene el núcleo esencial de la prohibición sino que además permite a los ciudadanos, que pretenden emprender la expedición o introducción de bienes o productos desde o hacia nuestro país, tomar conocimiento de que existen ciertas restricciones en otros ámbitos normativos que no sólo pueden impedir la realización de tal finalidad, sino que pueden implicar que una desobediencia en tal sentido pueda ser calificada de delito por la ley penal.

4. Conclusiones

De todo lo que aquí se ha señalado podemos concluir que las definiciones adoptadas por el Tribunal Constitucional en el caso en análisis son correctas en el sentido que demuestran que la norma establecida en el artículo 168 inc. 2° de la Ordenanza de Aduanas no presenta problemas de compatibilidad con nuestra carta fundamental y en particular con lo dispuesto por el principio de legalidad penal.

A mayor abundamiento, el análisis del principio de legalidad, desde el uso informativo del lenguaje (jurídico), no sólo nos han llevado a corroborar la corrección de las conclusiones expuestas por el mencionado tribunal, sino que pensamos que este recurso permite incluso reforzar los argumentos por él expuesto.

En este sentido creemos haber comprobado que el análisis de una norma no puede escindirse del contexto o ámbito que ésta pretende regir y que la determinación de su conformidad con el principio de legalidad debe tomar en consideración al círculo de potenciales afectados por aquél.

Finalmente se ha expuesto que la inclusión de una remisión en una norma penal no siempre puede ser vista como un elemento normativo del tipo (que implica una determinada valoración), sino que puede ser, dependiendo del contexto en que se utilice, un elemento descriptivo que dé cuenta (que informe) al destinatario de la existencia de normas de complemento, constituyéndose aquella advertencia, por lo tanto, en un aporte útil a la identificación de las pautas de conducta que los ciudadanos deben seguir.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE Y VIOLENCIA
INTRAFAMILIAR

COMENTARIO A SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO QUE RECHAZA RECURSO DE AMPARO FUNDADO EN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE

Eva Curia Castro¹

Resumen

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la acción constitucional de amparo interpuesta por la Defensoría Penal Pública, por considerar que la Ley N°20.084, en el caso sometido a su conocimiento, no resulta más favorable para el imputado, conforme lo dispone el artículo 18 del Código Penal. Este fallo fue confirmado por la Corte Suprema al resolver el recurso de apelación de amparo posterior deducido por la Defensa.

1. Antecedentes generales

La Defensoría Penal Pública interpuso recurso de amparo en contra de las sentencia del Séptimo Tribunal Oral en lo Penal de 21 de abril de 2011, RUC 0600503390-8, RIT 4410-2006, que negó la adecuación a la Ley N°20.084. Se funda en que el referido cuerpo normativo posterior a la dictación de la sentencia de autos, claramente es más favorable para los menores de edad, por lo que de acuerdo al artículo 18 del Código Penal correspondía modificar dicha sentencia, aplicando una pena menos rigurosa. Sostiene que la resolución del citado tribunal al negar la aplicación de la Ley N°20.084, vulnera lo dispuesto en la letra b) número 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

El Séptimo Tribunal Oral en lo penal resolvió que la Ley N°20.084 no exime al delito de robo con violencia por el cual fuera condenado el adolescente, de toda pena; así como tampoco le aplica una pena menos rigurosa, ya que el inciso primero del artículo 436 del Código Penal ha permanecido incólume. Agregó que es una mera expectativa de la defensa que el Tribunal deba aplicar la sanción de libertad asistida especial, desde que en el artículo 23 N°2 de la Ley N°20.084 se contemplan tres alternativas en cuanto a la forma de cumplimiento de la pena –régimen cerrado, régimen semicerrado o libertad asistida especial–. Finalmente, considera que la libertad vigilada, en tanto forma alternativa de cumplimiento efectivo de la sanción, es más simple y beneficiosa que la libertad asistida especial.

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

La sentencia contiene el voto de prevención de la magistrada Ormeño, quien señala que la Ley N°20.084 estableció que para un delito determinado cometido por un adolescente infractor la sanción sería no la del código del ramo, sino la establecida en la ley especial, y sólo para determinar cual de ellas se impondrá se hace referencia a las del Código Penal.

La pretensión de la defensa era que la pena de 3 años y un día, impuesta al adolescente en causa RIT 4410-2006, que debía cumplir en forma efectiva, por revocación del beneficio de libertad vigilada, se adecuara, por la vía del artículo 18 del Código Penal, a la sanción establecidas en el N°2 del artículo 23 de la Ley N°20.084, libertad asistida especial.

Los supuestos de hecho consistieron que producto de la comisión del delito de robo con violencia, ocurrido el 20 de julio de 2006, el imputado adolescente de 16 años a la fecha de comisión del delito, fue condenado a la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado medio, otorgándosele el beneficio de la Ley N°18.216 de libertad vigilada, por 4 años teniendo como fecha de egreso del referido beneficio el 4 de junio de 2011. Sin embargo, el año 2010 se le revocó el beneficio por el artículo 26 de la Ley N°18.216, por haber sido condenado con posterioridad, a la pena de 541 días.

2. Fundamentos del recurso de amparo

El recurrente de amparo sostiene que la Ley N°20.084, de vigencia posterior a la dictación de la sentencia, es más favorable para los menores de edad, por cuanto de acuerdo al artículo 18 del Código Penal corresponde conforme al artículo 21 de la Ley N°20.084, rebajar un grado la pena, compensar la atenuante del artículo 11 N°9, con la agravante del artículo 456 bis N°3, ambas del Código Penal, subsistiendo la atenuante del artículo 11 N°6, resultando la pena dentro del marco del artículo 23 N°2, solicita se imponga la sanción de libertad asistida especial o cualquier otra sanción existente dentro de la escala del mencionado artículo.

Como las sanciones solicitadas resultarían más favorables, su no aplicación vulneraría lo dispuesto en el artículo 19 número 7 letra b) de la Constitución Política de Chile, en relación con el número 3 inciso 7° del mismo artículo y cuerpo normativo, y del artículo 18 del Código Penal.

3. Resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago

La Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que en el nuevo cuerpo legal, la figura de robo con violencia, por el cual se condenó al imputado, permanece invariable en términos del tipo y la sanción consecuencial. Que la alegación sobre la base del artículo 18 Código Penal, resulta inconducente a la pretensión del recurrente precisamente, pues no se verifican las exigencias que la

norma prescribe; a saber, la nueva ley no exime el hecho de toda pena como tampoco aplica una sanción menos rigurosa.

A juicio de la Corte lo planteado por el recurrente conlleva, además, un escenario de modalidad en el cumplimiento de la sanción primera impuesta, lo que resulta ajeno a la aplicación de las normas legales enunciadas².

4. Resolución de la Corte Suprema y voto de minoría

El diecinueve de mayo de dos mil once, la Corte Suprema **confirma la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago**, fallo acordado con el voto en contra de los Ministros Sr. Rodríguez y Sr. Dolmestch, quienes estuvieron por revocar la sentencia en alzada y en su lugar, acoger el recurso de amparo deducido, por estimar que se ha incurrido en una ilegalidad al declarar que no es procedente dar aplicación a la norma del artículo 18 inciso tercero del Código Penal. Estiman que en el caso concreto sometido al conocimiento del Séptimo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, se vulnera, además, la garantía constitucional señalada en el número 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, puesto que la Ley N°20.084 no se limitó a establecer un nuevo catálogo de penas, sino que por el contrario, introduce reglas de procedimiento para la determinación de penas y sus modalidades y ejecución, conformando un sistema integral que tiene por objeto la efectiva reinserción del adolescente infractor, fortaleciéndolo en aspectos relacionados con su educación, su desarrollo e integración social y la promoción y protección de sus derechos, condiciones que naturalmente no están contenidas en los objetivos de la Ley N°18.216, particularmente en el beneficio denominado libertad vigilada y al que han aludido los jueces del Tribunal Oral en lo Penal³.

5. Consideraciones sobre la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago

El tenor del N°3 del artículo 19 de la Constitución Política de Chile y el artículo 18 del Código Penal, es claro en cuanto a que en materia penal rige la retroactividad benigna, siendo procedente incluso en sentencias firmes y ejecutoriadas, pudiendo ser decretada la adecuación tanto de oficio como a petición de parte.

2 A mayor abundamiento otro aspecto que tiene en consideración el fallo es aquél referido a la inalterabilidad de la cosa juzgada, en el considerando quinto, en que se señala que al rechazar la petición de la defensa “los jueces han tenido por objeto no alterar el principio de la cosa juzgada en el ámbito de sus facultades, no advirtiéndose la existencia de los presupuestos que habilitan para el ejercicio y acogimiento de esta acción cautelar”.

3 Discrepamos del voto disidente, por cuanto se funda en un análisis en abstracto de ambos cuerpos normativos y no de la comparación en concreto de ambas legislaciones, conforme se desarrolla y fundamenta en el número 5 de este comentario.

Así, resulta indispensable examinar cómo se determina cuándo estamos frente a una ley penal más favorable, puesto que no se puede afirmar que la Ley N°20.084 sea de suyo la ley más benigna. Un caso ilustrativo de esta afirmación es la situación de los menores de 16 años que antes de la citada ley eran inimputables y ahora son responsables penalmente.

Se plantea el problema acerca de qué debe entenderse por ley más favorable. Al respecto, es necesario tener en consideración en cada caso en concreto el efecto que produce la nueva ley con las circunstancias particulares del sujeto, tomando en cuenta comparativamente de manera íntegra el cuerpo normativo antiguo con el nuevo, “sin que sea permitido aplicar parcialmente una y otra ley, para acabar en un tratamiento más favorable al reo”⁴. Resulta de gran claridad lo señalado por don Alfredo Etcheberry quien indica que “no cabe duda cuando la nueva ley simplemente elimina el carácter delictivo del hecho, o crea una circunstancia eximente nueva, o amplía las ya existentes, o acorta el plazo de prescripción de tal modo que como consecuencia de su aplicación el reo debe ser absuelto”⁵.

Por su parte, don Enrique Cury destaca casos en que se presentan dificultades, dentro de ellos nombra aquel en que las penas establecidas por ambas legislaciones no son de la misma naturaleza, frente a lo cual ofrece como solución que el juez decida teniendo en cuenta “la totalidad de los factores que intervienen en el caso y son relevantes para la determinación de la pena en conformidad con cada una de las leyes en conflicto”⁶. Lo que resulta en concreto “que el tribunal debe hacer dos borradores de sentencia -uno sobre la base de cada ley-, a fin de establecer cuál de ellas conduce a un resultado más favorable para el procesado”⁷.

La Corte de Apelaciones, en su fallo, junto con resolver que la figura del robo con violencia permanece invariable en términos del tipo y la sanción consecuencial, consideró además que el sistema de la Ley N°20.084 conlleva una modalidad de ejecución que está fuera del alcance del artículo 18 del Código Penal.

La invariabilidad del tipo y de la sanción del delito de robo con violencia, que señala la Corte, está mirada desde una perspectiva en abstracto. Sin embargo, desde este punto de vista lo cierto es que la nueva Ley Penal Adolescente lo que hizo fue establecer un sistema diverso en cuanto a la naturaleza, los fines y la forma como se determinan las sanciones. En este nuevo cuerpo legal es posible encontrar sanciones que van desde la amonestación hasta la internación en régimen cerrado, y la sustitución a estas sanciones dependerá

4 Etcheberry, A: Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Stgo., 2001, p. 144.

5 Etcheberry, ob. cit., p. 144.

6 Cury, Enrique: Derecho Penal. Parte General. Stgo., 2009, p. 229.

7 Cury, ob. cit., p. 229.

del tramo, del artículo 23 de la Ley N°20.084, en que resulte quedar luego de aplicar las reglas del artículo 21 del mismo cuerpo legal.

En particular, en el caso en comento, la pena base desde la que se parte el cálculo, es de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, quedando finalmente para el caso de aplicar la normativa vigente a la época de los hechos en 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo; al aplicar la nueva Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, igualmente la sanción se baja un grado quedando en presidio menor en su grado máximo, al concurrir las modificatorias de los artículos 11 N°9, 11 N°6, y 456 bis N°3 del Código Penal, es posible aplicar la sanción en su mínimum siendo igualmente 3 años y un día, al sustituir dicha sanción en las señaladas en el artículo 6 de la Ley N°20.084 de acuerdo con las reglas de determinación de la naturaleza de las penas del artículo 23, se obtiene que le es aplicable el tramo N°2, donde se contemplan tres posibles sanciones, a saber; internación en régimen cerrado, semicerrado y libertad asistida especial, de manera que se pone a disposición del juez decidir dentro de las alternativas válidas, considerando las circunstancias del caso, y no se impone indefectiblemente una menos rigurosa, arribando a la misma conclusión de la Corte de Apelaciones, pero con la precisión que efectuado el cálculo en concreto, la nueva normativa no resulta más favorable.

En consecuencia, una forma lógica para determinar si la modificación legal beneficia o no al imputado, resultaba de efectuar el cálculo de las sanciones en uno y otro sistema. Ahora, con esta fórmula, como el juez quedaba ante la discrecionalidad de elegir entre sanciones no privativas de libertad y privativas de libertad, hubiese resultado una “reformulación de la valoración legislativa”⁸ la afirmación que la elección de la sanción sería la menor dentro del tramo, libertad asistida especial, y no la privativa de libertad, por cuanto como lo señala don Antonio Bascuñán Rodríguez “La decisión del legislador consistió en permitir el ejercicio de una facultad discrecional de selección de pena más favorable y al mismo tiempo permitir la selección justificada de la pena más desfavorable”⁹.

Ahora, en cuanto a la modalidad de ejecución, la Corte de Apelaciones interpreta restrictivamente los alcances del artículo 18 citado, al descartar la posibilidad de considerar la forma en que deberá cumplir la sanción, zanjando las disquisiciones que pueden pretender hacerse entre los beneficios de cumplimiento alternativo de las penas de la Ley N°18.216 y las sanciones de la Ley N°20.084.

Al respecto, resulta un error abstraerse en la comparación sobre la manera de cumplimiento, puesto que la mayor o menor rigurosidad de un sistema respecto de un sujeto pasa por la manera como han de cumplirse sus penas. Es

8 Bascuñán, Antonio en Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, N°1:2004, “La Ley Penal”, p. 223.

9 Bascuñán, ob. cit., p. 223.

por eso que se observa que surge, tanto en el fallo de primera instancia como en el voto disidente de la Corte Suprema, la discusión respecto del paralelo entre la sanción más benigna del tramo –libertad asistida especial– y la libertad vigilada otorgada como beneficio al imputado por aplicación de marco regulatorio anterior.

Ahora bien, una razón no declarada en ninguno de los fallos, pero que igualmente cabe hacer presente, es que en el caso, mientras el imputado gozó del beneficio de la libertad vigilada, ninguna petición obró a su favor, ni de oficio ni a petición de parte. El silencio, por tantos años, de quienes estaban llamados a aplicar el sistema más benigno, por expresa disposición del artículo 18 del Código Penal, más parece un tácito acuerdo que la libertad vigilada resultaba más beneficiosa para el imputado. Sin embargo, la pérdida del mismo decretada por resolución firme y ejecutoriada, desató la petición de adecuación, lo que deviene en que más que un caso de utilización de retroactividad benigna contemplado en la Constitución y nuestro Código Penal, sea un caso de utilización del sistema cuando las condiciones del condenado han desmejorado, como fue la pérdida del beneficio de la Ley N°18.216, lo que implica vulnerar la voluntad del legislador, cambiándose de estatuto cuando ya no le favorece, creando una tercera ley con la parte que lo beneficia de la antigua ley y la parte que lo beneficia de la nueva, dando lugar a la figura de la Lex Tertia no permitida en nuestro sistema.

Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago

Santiago, cuatro de mayo de dos mil once.

Vistos y teniendo presente:

PRIMERO: Que recurre de amparo la Defensoría Penal Pública a favor del condenado privado de libertad menor de edad a la fecha de comisión del delito, don J.S.C.C., en contra de la resolución dictada por el Séptimo Tribunal del Juicio Oral de Santiago, de fecha 21 de abril del presente año.

Sostiene que por sentencia de fecha catorce de abril de dos mil seis, se condenó al amparado a la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado mínimo, por el delito de

robo con violencia, aplicando el antiguo artículo 72 del Código Penal, reconociéndole las circunstancias atenuantes del artículo 11 numerales 9 y 6 y la agravante del artículo 456 bis N°3, todos del Código Penal, y concediéndosele el beneficio de la libertad vigilada por el lapso de cuatro años, el cual fue revocado en mayo de dos mil diez, por aplicación del artículo 26 de la Ley 18.216 al haber sido condenado con posterioridad a la pena de 541 días.

Agrega que la Ley 20.084, cuya entrada en vigencia es posterior a la dictación de la sentencia de autos, es claramente más favorable para los menores de edad, por lo que de acuerdo al artículo 18 del Código Penal correspondía modificar dicha sentencia, aplicando una pena menos

rigurosa. Para ello se celebró audiencia ante el tribunal recurrido con la finalidad de discutir la aplicación de la Ley 20.084, en ella, el ministerio público no se opuso a la aplicación de la mencionada ley, sin embargo dicha solicitud fue rechazada por la recurrida, fundado principalmente en que la ley 20.084 no se aplica al delito de robo con violencia una pena menos rigurosa, que es una mera expectativa la aplicación de una pena mas benigna en este caso y que la libertad vigilada es mas benigna que la libertad asistida, vulnerando con ello lo dispuesto en el artículo 19 número 7 letra b de la Constitución Política de nuestro país, en relación con el número 3 inciso 7° del mismo artículo y cuerpo legal, y del artículo 18 del Código Penal.

Solicita se adopten de inmediato las providencias necesarias para reestablecer el imperio del derecho conculcado y asegurar la debida protección al afectado en su derecho a la libertad, en especial se aplique el artículo 18 del Código Penal a la sentencia de 21 de abril último pronunciada por la recurrida y conforme al artículo 21 de la ley 20.084, se rebaje en un grado la pena asignada al delito, compensando la circunstancia atenuante del artículo 11 número 9 con la agravante del artículo 456 bis N 3, ambas del Código Penal, quedando subsistente la atenuante del artículo 11 N°6 del mismo cuerpo legal, resultando la pena dentro del marco de aplicación del artículo 23 N°2 de la Ley 20.084, se imponga la sanción de 3 años de libertad asistida especial o cualquiera otra sanción existente dentro de la escala del

mencionado artículo, imputándosele todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

SEGUNDO: Que informando la recurrida a fojas 8, expone que para resolver tuvo presente que de los antecedentes expuestos en la audiencia correspondiente, estaba claro que el amparado fue condenado de manera previa a la entrada en vigencia de la Ley 20.084, aplicándose el antiguo sistema, habiendo sido declarado con discernimiento y rebajada la pena la pena base de acuerdo al artículo 72 del Código Penal. Estiman que la Ley 20.084 no exime al delito de robo con violencia por el cual fuera condenado el amparado de toda pena, así como tampoco le aplica una pena menos rigurosa ya que el inciso primero del artículo 436 del Código Penal ha permanecido incólume y sin modificación alguna, sancionando siempre el hecho por el cual fue condenado con las mismas penas de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, por lo que no puede prosperar la petición del recurrente. Por otro lado, haciendo un paralelo entre la libertad asistida especial y la libertad vigilada, ésta última aparece mucho más simple y beneficioso en cuanto a su cumplimiento, por cuanto sólo se requiere cumplir el plazo de tratamiento y observación que no será inferior al de duración de la pena.

Agrega que tanto una forma u otra, para el caso de su incumplimiento se contempla un régimen cerrado de cumplimiento de la condena, cuyo es el caso, no correspondiéndole pronunciarse por la revocación del

beneficio concedido originalmente, toda vez que ello ya fue resuelto por otro Tribunal, la que según lo señalado por los propios comparecientes a la audiencia fue apelada y al parecer confirmada por lo que se estaría vulnerando el principio de cosa juzgada. Además se consideró que la pena de libertad asistida especial se aplica hasta un máximo de tres años y en la especie, el amparado fue condenado a un plazo superior, no existiendo jurisprudencia unánime en cuanto a conceder el beneficio en esta hipótesis, por lo que se rechazó la petición de la defensa en cuanto a modificar la pena impuesta al amparado en la sentencia dictada con fecha 14 de abril de 2007. a mayor abundamiento estiman que como la resolución impugnada por vía de amparo no fue dictada en un juicio oral sino que en una audiencia de de cautela de garantía, sería procedente el recurso de apelación.

TERCERO: Que el recurrente de amparo ha sido condenado en los antecedentes que se detallan en el motivo primero pretérito, con beneficio de libertad vigilada; este cumplimiento alternativo, fue revocado al haber sido condenado por nuevo delito a la pena de 541 días por el Juzgado de Garantía de San Bernardo, ya con mayoría de edad. La primera sanción indicada fue dictada bajo el amparo legal del sistema penal previo a la Ley N°20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente.

Es dable precisar que en el nuevo cuerpo legal, la figura de robo con violencia - por el cual se condenó al imputado Cárcamo - permanece

invariable en términos del tipo y la sanción consecuencial.

En otro contexto, la alegación sobre la base del artículo 18 Código Penal, resulta inconducente a la pretensión del recurrente precisamente pues no se verifican las exigencias que la norma prescribe; a saber, la nueva ley no exime el hecho de toda pena como tampoco aplica una sanción menos rigurosa.

CUARTO: Que, concordante, lo planteado por el recurrente conlleva, además, un escenario de modalidad en el cumplimiento de la sanción primera impuesta.

Lo anterior, resulta ajeno a la aplicación de las normas legales enunciadas -léase esgrimidas- que refieren, sobre todo, una situación de sanción al efecto del ilícito sancionado y no del modo como se cumple.

QUINTO: Que, la actuación de los jueces recurridos al haber desestimado la pretensión de la defensa ha tenido por objeto no alterar el principio de la cosa juzgada actuando en el ámbito de sus facultades, no advirtiéndose la existencia de los presupuestos que habilitan para el ejercicio y acogimiento de esta acción cautelar.

SEXTO: Que sin perjuicio de lo anterior, esta Corte tiene presente que la defensa dispone de otros medios ordinarios para impugnar la resolución que da origen al amparo.

Atendido, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se rechaza el recurso de amparo, deducido a fojas

1, por la Defensoría Penal Pública a favor de don J.S.C.C..

Se previene que el Ministro señor Javier Aníbal Moya, fue de opinión de agregar la siguiente consideración:

Que cobra fuerza y vigor la circunstancia que los jueces recurridos no pueden alterar el principio de la cosa juzgada, centrado en la revocación del beneficio alternativo fijado por el Juzgado de Garantía; en definitiva, no puede modificar la situación procesal actualmente existente, sin perjuicio de precisar que, en todo caso, el cumplimiento vía Ley N°18.216 resulta más beneficioso para el recurrente que la aplicación de las medidas que se estipulan en la ley de Responsabilidad Penal del Adolescente; sin perjuicio de precisar las facultades de los jueces al efecto de la resolución recurrida.

Regístrese, comuníquese y archívese.

N°-Criminal-1.193-2.011.-

Pronunciada por la Tercera Sala de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Javier Aníbal Moya Cuadra, e integrada por la Ministra señora María Soledad Melo Labra y por la Abogada Integrante señora Andrea Muñoz Sánchez.

Fallo de la Corte Suprema

Santiago, diecinueve de mayo de dos mil once.

Vistos:

Se confirma la sentencia de cuatro de mayo del año en curso, escrita de fojas 16 a 19.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sr. Rodríguez y Sr. Dolmestch, quienes estuvieron por revocar la sentencia en alzada y en su lugar, acoger el recurso de amparo deducido, por estimar que se ha incurrido en una ilegalidad al declarar que no es procedente dar aplicación a la norma del artículo 18 inciso tercero del Código Penal. En el caso concreto sometido al conocimiento del Séptimo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, se vulnera, además, la garantía constitucional señalada en el número 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, puesto que la Ley N°20.084 no se limitó a establecer un nuevo catálogo de penas, sino que por el contrario, introduce reglas de procedimiento para la determinación de penas y sus modalidades y ejecución, conformando un sistema integral que tiene por objeto la efectiva reinserción del adolescente infractor, fortaleciéndolo en aspectos relacionados con su educación, su desarrollo e integración social y la promoción y protección de sus derechos, condiciones que naturalmente no están contenidas en los objetivos de la Ley N°18.216, particularmente en el beneficio denominado libertad vigilada y al que han aludido los jueces del Tribunal Oral en lo Penal.

En consecuencia, si bien de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley N°20.084, la entidad de la pena a imponer pudiera ser la misma, la ley que se analiza, en sus artículos 6 y 23, permiten al tribunal

imponer al acusado la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, o la de régimen semicerrado con programa de reinserción social o, por último, la de libertad asistida especial. Cualquiera de ellas, contrariamente a lo señalado en el fallo del Tribunal Oral en lo Penal, resulta más favorable al acusado, tanto por el lugar donde se debe cumplir, como por las condiciones en que se otorga, que conlleva la aplicación de un programa de trabajo para mejorar su situación y para su reeducación social y por la fiscalización y seguimiento que se hacen de sus progresos; a lo que no obsta la circunstancia de haber cumplido el condenado la mayoría de edad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley N°20.084.

Por las razones señaladas, cuando el Tribunal Oral en lo Penal concluye y fundamenta que no es procedente la aplicación del artículo 18 del Código

Penal al caso que le planteó la defensa y, luego, cuando formula disquisiciones en relación a lo más ventajosa que sería para el adolescente la medida de libertad vigilada (que ya le habría sido revocada por lo demás), incurrir en graves ilegalidades, omitiendo pronunciarse realmente sobre lo que le ha sido planteado y, con ello, incurrir efectivamente en un acto ilegal y arbitrario que, en concepto de estos disidentes, debe ser corregido por este Tribunal.

Regístrese y devuélvase.

Rol N°3882-11.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. Hugo Dolmestch U. y los abogados integrantes Sres. Ricardo Peralta V. y Domingo Hernández E.

RECURSO DE AMPARO RECHAZADO. ADULTO CONDENADO POR HECHOS OCURRIDOS CUANDO ERA ADOLESCENTE

Guillermo Felipe Merino¹

Resumen

Con fecha cinco de noviembre de dos mil once, la Corte de Apelaciones de Valparaíso denegó recurso de amparo al condenado adulto al que se adecuó pena de 3 años y un día de libertad vigilada por 3 años y un día de internación en régimen cerrado, por delito cometido cuando era adolescente y que dispuso el cumplimiento de la condena en la Sección Juvenil de Gendarmería de Chile.²

Se hace presente que el sujeto respecto de quien se adecuó la pena, llegó privado de libertad, cumpliendo una condena posterior de 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo.

Comentario

Uno de los tantos temas que se discuten con frecuencia ante los Tribunales de Ejecución es si los adolescentes que cumplen condena en un centro cerrado administrado por el Servicio Nacional de Menores, en adelante SENAME, deben permanecer en él, pese a haber cumplido 18 años, o si por el contrario, deberán ser trasladados a las secciones juveniles administradas por Gendarmería. Como dato estadístico a tomar en cuenta, cabe mencionar que a septiembre de 2011, en los Centros de Internación de Régimen Cerrado, permanecían 476 sujetos mayores de 18 años, lo que equivale a un 65% de la población total condenada a esta sanción. A su vez, en régimen semi cerrado, se mantenían 353 sujetos mayores de 18 años, equivalentes a un 67% de la población total de condenados a esta sanción³.

Al respecto, el artículo 56 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente N°20.084, en concordancia con el artículo 152 del Reglamento de la citada ley, distingue dos supuestos diversos que se pueden presentar para dirimir este tema. El primero, que obedece a la regla general en esta materia, señala que si al momento de cumplir 18 años de edad le restan por cumplir menos de 6 meses de la condena, permanecerá en el centro de privación de libertad del SENAME. En el caso contrario, esto es, si al momento de alcanzar los

1 Fiscal Adjunto Jefe, Fiscalía Local de Limache, V Región, Ministerio Público.

2 Esta sentencia quedó firme y ejecutoriada, por no haberse deducido recurso de apelación en su contra.

3 Boletín Estadístico, tercer trimestre 2011 sobre infractores. Departamento Planificación y Control de Gestión. SENAME en web <http://bit.ly/zz9th6>

18 años le restan más de 6 meses de la condena de internación en régimen cerrado, el SENAME evacuará un informe fundado al juez de control de ejecución en que solicite la permanencia en el centro cerrado de privación de libertad o sugiera su traslado a un recinto penitenciario administrado por Gendarmería de Chile. En el citado informe que servirá de fundamento a la decisión judicial que se adopte, el SENAME deberá referirse al proceso de reinserción del adolescente y a la conveniencia, para tal fin, de su permanencia en el centro cerrado de privación de libertad.

En segundo lugar, y excepcionalmente, esto es, sin considerar el requisito del tiempo que le reste por cumplir al adolescente, el SENAME puede pedir el traslado del condenado que ha cumplido 18 años de edad, cuando sea declarado responsable de la comisión de un delito o incumpla de manera grave el reglamento del centro poniendo en riesgo la vida e integridad física de otras personas.

En todos los casos, dice el inciso final del artículo 56, el SENAME, Gendarmería y las autoridades que correspondan adoptarán las medidas necesarias para asegurar la separación de las personas sujetas a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, menores de 18 años, con los mayores de edad, y de los adultos sujetos a dicha ley respecto de los condenados conforme a la Ley Penal de Adultos. De esta forma, se reafirma la aplicación del principio de separación consagrado en el artículo 48 de la Ley N°20.084, en fase de ejecución de penas.

Ya sea que se disponga el traslado de un adolescente en virtud de una u otra posibilidad, conforme a lo anotado precedentemente, estimamos que está siempre detrás el interés superior del adolescente, consagrado en el artículo 2° de la Ley N°20.084, y en diversas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual somos parte. En efecto, la expresión de tal principio no es otra cosa que el reconocimiento y respeto de sus derechos, los que en materia de ejecución de sanciones privativas de libertad, tienen una evidente manifestación en la propia finalidad de la sanción que cumplen, esto es, que ésta forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social, así lo dispone el propio artículo 20 de la ley tantas veces citada.

Pero la perspectiva del interés superior del adolescente en que se aborda el tema en esta ocasión, no se limita, a nuestro juicio, al reconocimiento y respeto de los derechos del adolescente que cumple condena en un centro cerrado administrado por el SENAME, sino que se proyecta a todos los adolescentes que están en ese lugar. La naturaleza de la sanción que cumplen, los obliga a permanecer privados de libertad, pero a su vez, como se dijo, tienen derecho a ser intervenidos en los términos del artículo 20, lo que sin duda, estará en

riesgo si quienes cumplen 18 años, no han adherido al proceso de reinserción reflejado en el programa de reinserción que se debe desarrollar aparejado a la privación de libertad impuesta en la condena.

Lo dicho resulta aún más evidente en el caso –excepcional según la ley– en que luego de cumplir 18 años, el adolescente sea declarado responsable de la comisión de un delito o incumpla gravemente el reglamento del centro poniendo en riesgo la vida e integridad física de otras personas. En otras palabras, el interés superior del adolescente no sólo debe considerarse para los efectos de juzgamiento y ejecución del adolescente infractor, sino que también tiene un rol protector al interior de los centros cerrados, en el sentido de hacer posible una efectiva intervención a favor de todos los adolescentes, que permita en definitiva cumplir con los fines de la Ley N°20.084.

Sobre el punto, resulta pertinente citar los siguientes fallos, que, a nuestro juicio recogen claramente las ideas planteadas. En primer lugar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de 12.10.11, Rol N°81-2011 RPP, que rechazó un recurso de apelación deducido por la Defensoría Penal Pública, por el cual impugnaba la medida de traslado dispuesta de conformidad al Art. 56 de la LRPA. La Defensoría consideró en su alegación que no se cumplían los requisitos de dicho artículo, especialmente lo previsto en el inciso tercero. A su juicio, el informe técnico del SENAME que debe evaluar la conveniencia de que el condenado permanezca o no en el centro, se basaba –en este caso– en situaciones de riesgo para otros adolescentes internados y no en el proceso de reinserción social del afectado con el traslado. Por su parte, la Corte señala que el informe del SENAME, aunque escueto, explica el proceso de reinserción en que el condenado está inserto, agregando en el considerando cuarto que GENCHI tiene la obligación de brindar similares servicios. Señalando a su vez en el considerando sexto, el interés superior del adolescente como un criterio a tener en cuenta para la resolución del caso.

Otro tanto ocurre con el fallo de 5 de noviembre de 2011, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 675-2011, en el que declara sin lugar un recurso de amparo interpuesto por la Defensoría Penal Pública, en el que se impugnaba la autorización dada por el Tribunal Garantía para que un mayor de edad cumpliera su condena en régimen cerrado en la Sección Juvenil, y no en el centro cerrado administrado por el SENAME. En este caso, tanto el Tribunal de Garantía como el de alzada, acogen la postura del Ministerio Público en cuanto a la proyección que tiene el interés superior del niño en los términos en que se viene planteando, al considerar que en el caso de permanecer o ingresar mayores de edad que hayan tenido o tengan contacto carcelario, se vulnera dicho esencial principio de la Ley N°20.084, respecto del resto de los menores que están sujetos a la mencionada sanción privativa de libertad.

Sentencia

Valparaíso, cinco de noviembre de dos mil once.

VISTO:

A fojas 1, doña Rita Flores Rivera, Defensora Penal Público, por don R.A.H.C., imputado en causa del Juzgado de Garantía de Limache, interpone acción constitucional de amparo respecto de una resolución dictada con fecha 24 de octubre del año en curso, por la Juez de Garantía de dicha ciudad, doña Angélica Jiménez Lagos, en causa RIT 592-2004.

Explica que el 14 de septiembre del presente se realizó en la causa donde el amparado se encuentra imputado, una audiencia de *adecuación de pena*, en la que éste había sido condenado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, otorgándosele el beneficio de la libertad vigilada, como autor de un delito de robo con violencia. La pena finalmente se adecuó, atendidas las circunstancias del caso, por la de tres años y un día de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

Así las cosas, el 24 de octubre se realizó audiencia de aprobación del plan de intervención individual. A dicha audiencia, el amparado compareció estando privado de libertad por una condena de quince años y un día, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Quillota.

El hecho denunciado consiste en que al aprobarse el plan de intervención, se dispuso su cumplimiento

en la sección juvenil del Centro de Detención Preventiva de Valparaíso; dicha situación fue discutida por la defensa, solicitando que se ordenara el ingreso del amparado al Centro de Internación Provisoria de Limache, a lo que el Tribunal no accedió. El fundamento fue que el joven ya había tenido largos periodos de condenas en el CDP de Valparaíso, y que luego de cumplir la sanción de RPA debería ingresar a un módulo de adultos a cumplir una sanción que termina el 2014, por lo que se presumía que éste podía ser un elemento disruptivo en la dinámica del centro, más aun en contacto con menores de edad.

Explica la recurrente que la privación de libertad así dictada, resulta ilegal por cuanto somete al condenado a la más gravosa sanción obligándole a cumplirla en un lugar no previsto por el legislador para dichos efectos. La Ley N°20.084 regula la forma en que debe cumplirse una privación de libertad, indicando que esta debería cumplirse en un centro especializado para adolescentes. Así, conforme al artículo 43 de la citada Ley, la regla general es que el régimen cerrado se cumpla en recintos administrados por el SENAME. Asimismo, el artículo 56 contempla el único caso en que la privación de libertad por régimen cerrado puede cumplirse en un centro de Gendarmería, y es aquella en que el condenado por una infracción a la ley penal alcanzare los dieciocho años restándole por cumplir más de seis meses de la condena de internación en régimen cerrado, el SENAME evacuará un informe donde solicite su permanencia o

sugiera traslado a centro penitenciario administrado por Gendarmería, o también en caso de ser declarado responsable de la comisión de un delito o pusiere en riesgo integridad de otras personas. Ello no ocurrió en este caso por el simple hecho de que el amparado nunca paso por el centro cerrado de Limache, por lo que mal podría haber vulnerado su reglamento.

Concluye solicitando se acoja la acción, dejando sin efecto la resolución referida y ordenando en su reemplazo que se dé orden de ingreso al centro cerrado de Limache.

A fojas 16 informa la Juez de Garantía de Limache, doña Angélica Jiménez Lagos, indicando que en el caso, el amparado se encuentra condenado por el Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Quillota a quince años y un día [por cuatro robos con intimidación], iniciándose dicho cumplimiento el 21 de mayo de 2007, y encontrándose privado de libertad en el Complejo Penitenciario de Valparaíso. El 14 de septiembre se realizó la audiencia de adecuación de pena referida por la recurrente, fijándose la misma por el Tribunal de Juicio Oral de Quillota. En esas circunstancias, la participación del Juzgado de Garantía de Limache se refirió a la aprobación del plan de intervención debatido.

Al respecto indica la recurrida que en el caso particular, en relación al reconocimiento y respeto de tanto los derechos del mayor de edad presente en audiencia [veintitrés años] como de los adolescentes menores de edad privados de libertad en el centro de

Limache, en base a esa consideración primordial accedió a la petición del SENAME en cuanto a dar cumplimiento al plan de intervención en la Sección Penal Juvenil de Valparaíso, teniendo presente que con ello se resguardaban también los derechos del amparado, toda vez que el propio SENAME señaló en audiencia que se había realizado por parte de dicha institución todas las coordinaciones con la Sección para el cumplimiento, dando cuenta su representante en la audiencia que se contaba con el equipo técnico requerido para llevar a cabo los objetivos del plan de intervención.

Agrega que también consideró que el amparado se encuentra recluido en Valparaíso desde 2007, presentando conductas asociadas a la subcultura carcelaria que podría generar influencias negativas en los jóvenes que se encuentran en el centro. De hecho, el propio Ministerio Público indicó concordar con el SENAME en la respectiva audiencia. Ello implica resguardar el interés superior de todos los adolescentes residentes en el centro cerrado de Limache.

Por último indicó que el joven ya es mayor de edad, le restan absolutamente mucho más de seis meses para el termino del cumplimiento de la sanción, y que en definitiva según dio cuenta el SENAME en relación al cumplimiento de sus sanciones ella terminan el 9 de mayo de 2024. Y que se indicó al Tribunal de Juicio Oral de Quillota lo dispuesto para que éste suspendiera el cumplimiento de la sanción que actualmente se encuentra cumpliendo para dar cum-

plimiento a la sanción establecida en la presente causa, refiriendo que en ese sentido se declara incompetente para seguir conociendo de la causa y remitió los antecedentes al juzgado de garantía de Valparaíso para efectos de control del cumplimiento de la sanción.

Acompañó en su informe copia de la resolución dictada, certificado del jefe del establecimiento penitenciario de Valparaíso y copia del plan de intervención elaborado por el SENAME.

A fojas 20 se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

Primero: Que conforme a lo dispuesto en forma expresa en el artículo 56 inciso 7° de la Ley N°20.084, el Servicio Nacional de Menores podrá solicitar al tribunal de control que autorice el cumplimiento de la internación en régimen cerrado en un recinto administrado por Gendarmería de Chile, cuando el condenado hubiere cumplido la mayoría de edad y sea declarado responsable de la comisión de un delito o incumpla de manera grave el reglamento del centro poniendo en riesgo la vida e integridad física de otras personas.

Segundo: Que en el caso que nos ocupa, se dan todos los requisitos contemplados en la disposición antes citada como para que el juez haya podido disponer que el sentenciado cumpla la condena en un recinto administrado por Gendarmería de Chile. En efecto, el Servicio Nacional de Menores, comunicó en su propuesta de un plan de intervención

individual la conveniencia de que el amparado cumpliera dicho programa y la sanción impuesta en el recinto en el cual se encuentra recluso actualmente. Asimismo, la resolución dictada por el Juzgado de Garantía se hizo cargo de una eventual situación vulneratoria para los adolescentes residentes en el centro de Limache, consistente en el riesgo de contacto de éstos con el amparado.

Inclusive, en este caso, el condenado ya cumplió la mayoría de edad y fue declarado responsable y sentenciado por la comisión de cuatro delitos de robo con intimidación.

Sin perjuicio de ello, ha quedado acreditado en este recurso que las finalidades requeridas respecto de la condena impuesta al amparado bajo el régimen de la ley en comento, podrán cumplirse de la forma aprobada por el Juzgado de Garantía referido.

Tercero: Que la circunstancia alegada por el amparado, en el sentido que no habría incumplido de manera grave el reglamento, la ley no lo establece como un requisito copulativo, sino disyuntivo.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, y el Auto Acordado respectivo, se declara **sin lugar** al recurso de amparo deducido a fojas 1 por doña Rita Flores Rivera, en favor de don R.A.H.C. en contra del Juzgado de Garantía de Limache.

Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad.

N° Amparo-675-2011.-

RECURSO DE AMPARO RECHAZADO. APLICACIÓN A ADOLESCENTES DE MEDIDAS CAUTELARES DE LA LEY N°20.066, POR DELITOS COMETIDOS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

María José Morón Urzúa¹

Resumen

El presente comentario versa sobre la resolución de la Corte Suprema², en los autos ROL N°9565-2010, de fecha 16 de diciembre del año 2010, que confirma sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, que rechazó recurso de amparo presentado por la defensa, en orden a revertir la medida cautelar de internación provisoria decretada por el Juzgado de Garantía de Río Bueno en contra de adolescente imputado como autor de los delitos consumados de lesiones menos graves y amenazas en contexto de violencia intrafamiliar.

1. Antecedentes generales

1.1 Antecedentes de la causa

Con fecha 24 de noviembre del año 2010 el Juzgado de Garantía de Río Bueno, en causa RUC N°1001093157-1, RIT N°1212-2010, decreta como medida cautelar internación provisoria, prevista en el artículo 32 de la Ley 20.084, en contra de imputado adolescente en calidad de autor por los delitos consumados de lesiones menos graves y amenazas en contexto de violencia intrafamiliar.

La defensa estimó que dicha resolución era ilegal y arbitraria, por infringir la Constitución y las leyes, interponiendo, ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, recurso de amparo a favor de su defendido.

Los argumentos planteados se basaron en dos elementos. El primero de estos, que la medida cautelar era desproporcionada si se consideraba la sanción que correspondería a su defendido si hubiera cometido el delito como adulto, y aplicando posteriormente los artículos 21 y 23 N°5 de la Ley N°20.084. En efecto, a juicio de la defensora penal pública, le correspondería una sanción de pena de multa por cada delito o similar, pero no sería una pena privativa de libertad. El segundo argumento invocado corresponde al fundamento de base

1 Abogado de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Pronunciada por la Segunda Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S.

de la decisión del Tribunal de Garantía, el cual incorporó como antecedente un supuesto incumplimiento de una libertad asistida especial decretada anteriormente, lo cual no correspondía, ya que su inclusión no fue solicitada por el Ministerio Público, sino que el Tribunal de oficio lo incorporó.

1.2 Fundamentos fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia

La Iltrma. Corte de Apelaciones de Valdivia rechazó el recurso de amparo, con voto en contra, en consideración al informe de la juez recurrida. En este se señaló que para llegar a la decisión de cuál medida cautelar era la apropiada, tomó en cuenta las condiciones del adolescente, en atención al artículo 32 de la Ley N°20.084, y consideró además que en el caso particular, por tratarse de delitos de violencia intrafamiliar, prima el artículo 15 de la Ley N°20.066, que establece un catálogo de medidas cautelares para asegurar de manera efectiva y oportuna la protección de las víctimas. Para estos efectos, la magistrada ponderó, además, las causas anteriores en que el adolescente también fue condenado por causas de violencia intrafamiliar y por robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, cuya última pena de libertad asistida especial, según informe del delegado, se encontraría incumpliendo.

El voto en contra corresponde al Ministro Sr. Ildemaro Carretta Navea, quien considera desproporcionada la internación provisoria en relación a la sanción probable, en atención a la minoría de edad del imputado, y a su juicio no sería esta, además, decretada por autoridad competente, en los casos previstos por la ley.

2. Comentario

A nuestro juicio, para adoptar una posición en el problema planteado a la consideración de la Corte³, debemos tener en cuenta que las leyes en juego, Ley N°20.084 “Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal” y Ley N°20.066 “Ley de Violencia Intrafamiliar”, no son incompatibles entre sí, pueden llegar a colisionar en algunos casos, pero no se derogan la una a la otra. Por lo tanto, para determinar cual de ellas rige en casos en que un adolescente sea imputado como autor de delitos en contexto de violencia intrafamiliar, no se puede utilizar la regla de la primacía de la ley posterior, debiendo analizarse los siguientes antecedentes:

Primero: La Ley N°20.084 “Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal”, se promulgó el 28 de noviembre del año 2005, y fue publicada el 7 de diciembre del mismo año. El bien

3 Otros fallos de Cortes de Apelaciones, al resolver sobre la aplicación de medidas accesorias de la Ley N°20.066 a adolescentes regidos por la Ley N°20.066 han tenido similar criterio al planteado por la Corte Suprema en la resolución comentada. Al respecto se pueden señalar: fallo de la ICA Rancagua, ROL N°4006-2008; fallo ICA Punta Arenas, ROL N°94-2010, y fallo ICA Puerto Montt, ROL N°112-2011.

jurídico que protege es la libertad, tal como lo reconoce el considerando sexto del fallo de la Corte de Apelaciones, siendo su ámbito de aplicación los adolescentes (mayores de 14 años y menores de 18 años), que hubieren dado principio de ejecución a un delito.

Segundo: En relación a la medida cautelar de internación provisoria es regulada en el artículo 32 de la Ley N°20.084. Cabe recordar que este artículo fue modificado por el número 6 del artículo único de la Ley N°20.191, publicada el 2 de junio de 2007, quedando redactado de la siguiente manera: “La internación provisoria en un centro cerrado sólo será procedente tratándose de la imputación de las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes, debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales”.

Esta norma, que no se basta a sí misma, ya que no prescinde del estatuto general de las medidas cautelares establecidas en el Código Procesal Penal, el cual tiene una aplicación supletoria, debe además interpretarse en armonía con los artículos 1° y 2° de la ley en comento, que establecen que en todo proceso en que deba esclarecerse la responsabilidad de un menor de 18 años y mayor de 14 se aplicarán las disposiciones de esta ley especial, pero en aquellas materias que no se encuentren reguladas se deberá aplicar la ley especial que la regula, velando por los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, las leyes, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Al respecto, la CDN establece en el artículo 37 letra b) “Los Estados partes velarán por que: b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. Es decir, y armonizando las normas antes mencionadas, la internación provisoria de un adolescente debe ser utilizada como último recurso, sólo en caso que de acuerdo a los antecedentes del adolescente y de la causa no sea aconsejable aplicar una medida cautelar de menor intensidad, y siempre que se trate de un hecho ilícito, por el cual se formaliza al adolescente, que en la hipótesis que este hubiese sido cometido siendo mayor de 18 años, fuera calificado como crimen. Importante es señalar el carácter supletorio de las normas del Código Procesal Penal, en el cual, en caso de no surtir efectos otras medidas cautelares, puede decretarse la internación provisoria para proteger a las víctimas frente al riesgo en el cual se encuentran, tal como sucede en el caso y lo reconoce así el considerando segundo del fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia.

Tercero: El artículo 32 de la ley no hace referencia a los hechos ilícitos que se realizan en contexto de violencia intrafamiliar, pues si estos ilícitos, ya sea

que se trate de crímenes o simples delitos, se dan en este contexto, deben analizarse en armonía con lo establecido en el estatuto especial que los regula, es decir, la Ley N°20.066, pues regula tanto los crímenes como los simples delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. Lo anterior, en atención a lo establecido en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N°20.084, que establece el reenvío a leyes especiales en casos no regulados por la ley.

Cuarto: La Ley N°20.066, “Ley de Violencia Intrafamiliar”, se promulgó el 22 de septiembre de 2005 y se publicó el 7 de octubre del mismo año, y señala en su artículo 1° que el objetivo de la ley es prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, estableciendo un estatuto especial de protección a las víctimas de estos delitos, determinadas en el artículo 5° de la ley, siendo los bienes jurídicos protegidos los establecidos en el artículo 2°, cuales son la vida, la integridad física y psíquica de las personas.

La ley no señala de manera específica quienes son los sujetos activos del delito, ni tampoco los limita a mayores de 18 años, sino que estos se determinan en relación con el vínculo existente entre estos con los sujetos pasivos, a quienes el Estado, en caso de cometerse delitos en su contra, les debe proporcionar una especial protección, para lo cual se establecen una serie de medidas, como son las medidas cautelares y accesorias, reguladas en los artículos 9, 15 y 16 de la ley.

Al tratar los hechos ilícitos constitutivos de violencia intrafamiliar, el artículo 15 de la ley señala que las medidas cautelares establecidas en ella proceden en casos en que deba darse una protección eficaz y oportuna a las víctimas, en cualquier etapa de la investigación, incluso aún antes de la formalización, lo cual se relaciona con el artículo 7 de la ley, que señala que en casos que exista situación de riesgo inminente para las víctimas, deben adoptarse las medidas de protección o cautelares que sean necesarias, presumiendo que existe esta situación en casos, como por ejemplo, en que haya precedido intimidación por parte del ofensor, y además este tenga antecedentes de drogadicción, alcoholismo, denuncias o condenas anteriores por violencia intrafamiliar, entre otras. Los artículos mencionados demuestran la vital importancia proteccional que debe otorgarse a las víctimas de estos delitos, y pretenden que estas no queden desvalidas ante su agresor.

Enfrentados, por tanto, a un caso en que colisionan estas dos leyes especiales, debemos considerar que el bien jurídico protegido por la Ley N°20.066, la vida, la integridad física y psíquica de las personas, es de un mayor valor constitucional frente al valor de la Ley N°20.084, libertad personal. La Ley N°20.084 no contempla disposición especial relativa a los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, y en especial en relación a la procedencia de la medida cautelar de internación provisoria, la cual, si se hubiese pretendido que no fuera aplicable a los adolescentes en casos de violencia intrafamiliar, se hubiera estipulado expresamente. La Ley N°20.066 establece

que son delitos en contexto de violencia intrafamiliar todas las formas de maltrato a otra persona, siempre que se encuentre presente alguno de los vínculos del artículo 5°, y no excluye de su aplicación a los adolescentes, y tampoco fue derogada por la Ley N°20.084. La Ley N°20.066 no limita los formas de maltrato sólo a los crímenes, y finalmente, es la propia Ley N°20.084 la que establece el reenvío a leyes especiales en caso que no se encuentre regulada la materia en la ley.

Por tanto, tal como lo ratificó la Corte Suprema, es plenamente aplicable el estatuto de medidas cautelares establecidas por el artículo 15 de la Ley N°20.066 a los adolescentes que cometan delitos en contexto de violencia intrafamiliar, en relación con el artículo 32 de la Ley N°20.084, y artículo 7 de la Ley N°20.066, tal como se da en el presente caso, en que el adolescente ya tenía condena previa por violencia intrafamiliar, lo que demuestra, a juicio de la Corte, cierto riesgo y conducta reiterada en contra de los miembros de su familia.

Fallo Corte de Apelaciones de Valdivia

Valdivia, dos de diciembre de dos mil diez.

VISTOS:

PRIMERO: Que a fojas 1 recurre de amparo doña Paulina María Alejandra Delgado Barriga, Defensora Penal Pública de la comuna de Río Bueno a favor del imputado P.S.H., de 16 años de edad, quien se encuentra recluso en el Centro de Internación provisoria Las Gaviotas de Valdivia, al haber sido privado de sus derechos legales y constitucionales, por la señora Juez del Juzgado de Garantía de Río Bueno, doña María Angélica Conejeros Foitzick, quien con fecha 24 de noviembre del año en curso decretó su internación provisoria con infracción a las Constitución y las leyes. Solicita, en definitiva, se deje sin efecto la resolución ilegal y arbitraria adoptada por la referida Juez que privó de libertad al imputado, ordenando su inmediata liber-

tad, sobre la base de los siguientes hechos:

Por resolución de 24 de noviembre de 2010, se decretó la medida cautelar de internación provisoria en contra del imputado P.S.H. por los delitos de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, en los que le correspondía participación de autor, delitos consumados. Los hechos por los cuales fue formalizado fueron los siguientes: con fecha 23 de noviembre de 2010, cerca de las 21 horas, el menor P.S.H. procedió a llegar al domicilio ubicado en XXX, y a raíz de que su hermana le llamara la atención de la manera cómo este llegaba a su casa, el menor imputado procedió a agredir a la víctima ya señalada con dos golpes de puño en sus mejillas indicándole “que te pasa gila culia, puta de mierda”. Acto seguido, la madre de ambos, la señora O.H.O., salió en defensa de su hija, razón por la cual su hijo, el imputado, procedió a indicarle “tu que tienes que meterte en mis cosas

y te voy a matar si me llevan preso y quedo libre”. Las lesiones las sufrió su hermana fueron “aumento de volumen blanco pómulo derecho e izquierdo, mayor a derecho sin inestabilidad ósea, lesiones de carácter leve”. Señala que la hermana también lo agredió en el contexto de una pelea familiar, sufriendo el imputado las mismas lesiones que la víctima, en el contexto de violencia intrafamiliar. Lo que se refleja en el aumento de volumen pómulo derecho sin inestabilidad ósea y aumento de volumen a nivel de segundo grado metacarpo derecho, lesiones de carácter leve. En suma, ambas personas, víctima e imputado, resultaron con las mismas lesiones, por lo que quién agredió a quién es materia de la investigación. Agrega que al amparado se le condenó a una sanción de libertad asistida especial. Señala que la internación provisoria es desproporcionada, considerando la sanción que correspondería al amparado, presidio menor en su grado mínimo y por la rebaja en un grado (artículo 21 de la Ley N°20.084), quedaría en una pena menor de 60 días de privación de libertad. Luego, aplicando el artículo 23 N°5 de la misma ley, la pena a imponer como máximo es de 1 UTM por cada delito u otra similar. Por otro lado, la magistrado basa su decisión en antecedentes que no fueron incorporados por el Ministerio Público en sus alegaciones, tales como el supuesto incumplimiento del amparado de la medida de libertad asistida, contraviniendo el principio de imparcialidad y la prohibición de extender su decisión, mas allá de lo solicitado por los intervinientes, tal como lo ha resuelto recientemente la

Excma. Corte Suprema en causa rol N°8772-2010. En definitiva, no se puede privar de libertad a un menor de edad cuando esta privación de libertad parezca desproporcionada, en atención a la pena probable aplicar en caso de condena, donde los delitos cometidos implican penas de aquellas establecidas en el artículo 23 N°5 de la Ley 20.084, esto es, prestación de servicios a la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación, penas que no constituyen, en ningún caso, la privación de libertad del menor.

SEGUNDO: Que informando el recurso la juez recurrida, a fojas 11, señala que para adoptar la medida de internación provisoria se tuvo especialmente el hecho que el imputado S.H. fue condenado por sentencia ejecutoriada dictada con fecha 29 de julio de 2010 en los autos RIT N°627-2010, del mismo tribunal, a una pena de sesenta horas de trabajo en beneficio de la comunidad, como autor del delito de lesiones menos graves en el contexto de violencia intrafamiliar en la persona de su madre doña O.H.O., sin perjuicio que registraba otras imputaciones por lesiones en Violencia Intrafamiliar, como las que dieron lugar a la causa RIT N°938-2009, del mismo tribunal. Además, había sido condenado por el delito de robo con fuerza en las cosas, en lugar no habitado, en los autos RIT N°741-2009, del mismo tribunal, a una pena de libertad asistida, habiendo informado el Delegado respectivo el incumplimiento de la medida, por lo que se le estaba citando a audiencia. Indica que si bien es cierto que la Ley

N°20.084 contempla la internación provisoria tratándose de delitos con pena de crimen, no es menos cierto que tratándose de un delito con connotaciones de violencia intrafamiliar debe primar la Ley N°20.066, que es especial, y que en su artículo 15 faculta al Tribunal con competencia en materia penal para decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna, tales como las que establece el artículo 92 de la Ley N°19.968 y 7° de la Ley N°20.066. En el caso de autos, el tribunal obligado a brindar protección a la familia del imputado, al no haber surtido efecto otras medidas, de manera que su internación provisoria permite eliminar la situación de riesgo inminente en que se encuentran sus víctimas (su madre y su hermana), en los términos previstos en el artículo 7° de la Ley N°20.066.

TERCERO: Que la acción de amparo, tiene por finalidad impedir cualquier clase de privación, perturbación o amenaza a la libertad o seguridad individual decretada o dispuesta con infracción a las normas constitucionales o legales.

CUARTO: Que en lo que se refiere a los artículos 1° y 2° de la Ley N°20.066 (Ley de Violencia Intrafamiliar) la juez agregó los antecedentes penales anteriores que presentaba el imputado S.H., a saber: que fue condenado por sentencia ejecutoriada, de 29 de julio de 2010, a la pena de sesenta horas de trabajo en beneficio de la comunidad, como autor del delito de lesiones menos graves en el contexto de violencia intrafamiliar

en la persona de su madre, en causa RIT N°627-2010; asimismo, fue condenado por el delito de robo en lugar habitado en causa RIT N°741-2009, a la pena de libertad asistida, habiendo informado el Delegado del incumplimiento de la medida; registra una salida alternativa por amenazas a Carabineros.

Pues bien, dicha actuación no está reñida con el artículo 3° del código Procesal Penal, relativo a la exclusividad de la investigación penal, en atención a que el Juez debe dar aplicación a lo establecido en los artículos 1° y 2° de la Ley N°20.066, ya citada, en orden a prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma; así como es deber del estado adoptar las medidas conducentes a preservar la vida, la integridad personal y seguridad de los miembros de la familia.

QUINTO: Que en dicho contexto normativo, el artículo 15 de la Ley N°20.066 permite al Tribunal decretar las medidas cautelares “que sean necesarias para proteger a la víctima”. En el caso de autos, ha existido una conducta reiterada por parte de adolescente en orden a lesionar, primero, a su madre, y posteriormente, a su hermana con amenazas a su madre, lo que revela una cierta peligrosidad de su parte, y que obliga a dar protección a las víctimas.

SEXTO: Que, por último, si bien el artículo 32 de la Ley N°20.084 limita la internación provisoria a los casos en que se imputen al menos acciones calificadas de crimen, dicha norma se contrapone a la del artículo 15

de la Ley N°20.066 que permite al Tribunal decretar medidas cautelares necesarias para proteger a la víctima. Ambas reglas son especiales; una, que se aplica a los menores; otra, que rige para los delitos constitutivos de violencia intrafamiliar. En apariencia, existe una colisión entre ambas y para decidir la que debe primar debe tenerse en cuenta a la jerarquía de las normas que, en cada caso, cristalizan. En la Ley responsabilidad juvenil se protege la libertad; en cambio, en la Ley de violencia intrafamiliar se protege la vida y la integridad física y síquica de las personas que merecen mayor protección. Por ello, ha de prevalecer el artículo 15 de la Ley 20.066, más aún frente a los ataques reiterados y serios como los ha descrito el Ministerio Público y que no han podido ser detenidos con otras cautelares, lo que exige asegurar la vida e integridad física de su hermana y de su madre agredidas, con la internación provisoria del agresor.

SÉPTIMO: Que, así las cosas, y, conforme a lo señalado en el fundamento anterior, se puede concluir que la internación provisoria decretada por la Sra. Juez de Garantía de Río Bueno en contra del amparado fue decretada por autoridad competente, en los casos previstos por la ley y con las formalidades legales.

Y visto lo establecido en los artículos 1°, 2° de la Ley N°20.066 y el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **SE RECHAZA** el recurso de amparo interpuesto por doña Paulina María Alejandra Delgado Barriga a favor del imputado P.S.H. de fojas 1.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Darío Ildemaro Carretta Navea, quien estuvo por acoger el recurso de amparo en atención a los siguientes antecedentes. En primer lugar, con arreglo a lo establecido en el artículo 32 de la Ley N°20.084 la internación provisoria sólo es procedente tratándose de la imputación de conductas que de ser cometidas por una persona mayor de 18 años constituirían crímenes, debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales. En segundo lugar, al no tener los delitos por los que ha sido formalizado el amparado pena de crimen, no es procedente; en consecuencia, la medida de internación decretada aparece desproporcionada en relación con la sanción legal probable de aplicar, en caso de condena, atendida la minoría de edad del imputado. Por último, y, conforme a lo señalado en el fundamento anterior, se puede concluir que la internación provisoria decretada por la Sra. Juez de Garantía de Río Bueno en contra del amparado no fue decretada por autoridad competente, en los casos previstos por la ley.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol N°219-2010 CRI.

Redacción del Ministro Sr. Patricio Abrego Diamantti y del voto en contra su propio autor.

Pronunciada por la SEGUNDA SALA, por el Ministro Sr. PATRICIO ABREGO DIAMANTTI, Ministro Sr. DARÍO I. CARRETTA NAVEA, Ministra Srta. RUBY ALVEAR MIRANDA. Autoriza la Secretaria Sra. ANA MARIA LEON ESPEJO.

Fallo Corte Suprema

Santiago, dieciséis de diciembre de dos mil diez.

A fojas 29 y 30: téngase presente.

Vistos y teniendo, además, presente:

Lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley N°20.066, aplicable plenamente al caso de autos, **se confirma** la sentencia apelada de dos de diciembre del año en curso, escrita de fojas 15 a 19 vuelta.

Regístrese y devuélvase.

Rol N°9565-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

COMENTARIO AL FALLO DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO QUE ORDENÓ INCLUIR EN AUTO DE APERTURA –ENTRE OTROS ELEMENTOS– UNA DECLARACIÓN POLICIAL DE LA VÍCTIMA DE UN DELITO DE LESIONES Y POSTERIOR PARRICIDIO

*M. Angélica San Martín Ponce¹
Ernesto Vásquez Barriga²*

Comentario

Se trata de un caso donde se está a la espera de la realización del Juicio Oral y el motivo de la investigación, es primeramente, un delito de lesiones menos graves (contexto Ley N°20.066) acaecido a principios de octubre del año 2010, donde la víctima se retractó de la denuncia y un segundo hecho –acaecido a fin del mismo mes– donde la denunciante resulta fallecida por medio de una acción de estrangulamiento, al interior de su domicilio. La teoría del caso de la Fiscalía, es imputar –en ambos ilícitos– autoría al cónyuge de la víctima.

En audiencia de preparación de Juicio Oral de fecha 9 de noviembre de 2011, el juez de Garantía Patricio Álvarez Maldini –del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago– resolvió excluir –entre otros elementos– la prueba de la Fiscalía consistente en la declaración policial de la víctima (ofrecida en la acusación y respecto de la cual se celebró una convención probatoria, en cuanto a que fue la víctima la que firmó dicho documento y por consecuencia la que efectuó la declaración). La pretensión de la Fiscalía de incorporar este medio probatorio en el juicio oral, es buscar, por una parte, acreditar el primer hecho imputado y, por otra, mostrar un posible patrón de conducta, o modus operandi, en el actuar del acusado; puesto que la descripción de los hechos formulada por la víctima en el caso de lesiones es coincidente con la forma en que se habría producido la muerte en el segundo hecho; a saber, por vía de estrangulamiento.

Si bien nuestro Código Procesal Penal en su artículo 334 prohíbe la incorporación al Juicio Oral de registros y documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por el Ministerio Público o la Policía –como sería en este caso el acta de declaración policial efectuada por la víctima junto a su denuncia por el delito de lesiones– la misma norma contempla situaciones de excepción; entre ellas la del artículo 331 letra d) del mismo código, referida

1 Abogada, Subdirectora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Fiscal Adjunto, Fiscalía Metropolitana Centro Norte, Ministerio Público.

a la incorporación mediante la lectura de registros donde constaren declaraciones anteriores de testigos que no comparecen al Juicio Oral por un hecho imputable al acusado.

Importante resulta destacar que el texto habla de hechos “imputables al acusado”, exigiendo sólo un estándar de mera imputación y no condena respecto de los mismos, pues exigir como en el caso lo hizo la defensa condena a su respecto, es incorporar exigencias no prescritas por la norma –sostuvo en estrados de la I. Corte el fiscal del caso– que la harían además inoperante de momento que lo que se quiere permitir es la prueba de ciertos aspectos en el Juicio Oral, realizado en contra del acusado mediante la incorporación a través de lectura de declaraciones previas, dado que él mismo ha imposibilitado el acceso al medio de prueba directo; en este caso a la víctima muerta con motivo del segundo delito que se imputa al acusado, o sea, el de parricidio.

Esta idea es afirmada por el Tribunal *ad quem*, pues es lo que concluye la Corte de Apelaciones de Santiago –en el punto 7° del fallo– cuando primeramente se asienta que la víctima es un testigo, (“testigo privilegiado, sostuvo la Fiscalía, no es testigo sostuvo la defensa”) sin que puede estimarse que al no estar indicada en 331 letra c) en forma expresa, no esté dentro de la excepción a la regla del artículo 334 del Código Procesal Penal. Agrega el tribunal de alzada, que no se atenta contra el principio de inocencia como lo alega la defensa, puesto que la imputabilidad a que se refiere la excepción no exige la existencia de una sentencia condenatoria desde que habla de acusado y no de condenado, siguiendo el razonamiento expuesto por el ente persecutor ante la I. Corte.

Finalmente, cabe destacar la importancia que tiene lo resuelto por el tribunal de alzada en este fallo, en cuanto a la acertada interpretación que debe hacerse de la norma relativa a la exclusión de prueba del Código Procesal Penal, en el sentido que el artículo 276 del estatuto procesal penal, debe ser interpretado restrictivamente; toda vez que se trata de un norma sancionatoria, debiendo limitarse a los casos expresamente allí contemplados. Esto último también es destacable jurídicamente hablando, ya que en el caso en comento, la resolución recurrida excedía con mucho dichos parámetros, limitándose incluso a señalar como fundamento a alguna de las múltiples exclusiones efectuadas “una prohibición general existente en el Código”; lo que además de faltar al deber de fundamentación de las resoluciones judiciales –conforme al artículo 36 del estatuto procesal penal, obstaculizaba la revisión por un tribunal superior, puesto que la procedencia del recurso de apelación esta permitida sólo por uno de los motivos de exclusión de la norma.

Fallo

Santiago, tres de enero de dos mil doce.-

Oídos y teniendo presente:

I.- En cuanto a la solicitud de inadmisibilidad del recurso.-

1°.- Que previo a entrar sobre el fondo del asunto la defensa solicita que se declare la inadmisibilidad del recurso de apelación en lo tocante a los puntos 1 y 4 de las peticiones concretas del escrito de apelación, esto es, el documento de 7 de octubre de 2011 que contiene la declaración policial de la víctima y la declaración del perito de Lacrim señor Luis Chávez, sobre las pericias que se le asignaron, por no estar dentro de las salvedades (sic) de las materias que es posible recurrir por el Ministerio Público, fundado en la inobservancia de garantías fundamentales, ya que ellos no fueron excluidos por el referido motivo, sino que se trata de una impertinencia formal, atento que existen otras causales de exclusión que no están en los artículos 334 y 335 del Código Procesal Penal.

Respecto de dicha incidencia se dio traslado al Ministerio Público, que solicitó fuera rechazada, atento que el juez de la causa no entregó razones específicas por lo que necesariamente debe reconducirse a la causal de inobservancia de garantías fundamentales, toda vez que el juez debe fundar sus resoluciones y al no hacerlo debe concluirse que el motivo es este y no otro.

2°.- Que el artículo 276 del texto procesal penal nos indica las causales

de exclusión de prueba que se pueden plantear en la audiencia de preparación del juicio oral y, el artículo 277 del mismo texto, junto con indicar el contenido del auto de apertura del juicio oral, dispone la posibilidad de recurrir por parte del Ministerio Público de la indicada resolución únicamente por la exclusión basada en lo dispuesto en el inciso tercero del indicado artículo 276, esto es, cuando la prueba provenga de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Tratándose de otros motivos de exclusión resulta inatacable, razón por la cual es preciso indagar acerca del motivo que ha tenido el juez de garantía para tomar tal decisión.

3°.- Que, al efecto, de los fundamentos entregados por el juez de garantía, se puede concluir que con respecto a los puntos en discusión, no señaló con precisión el motivo por el cual se excluía dicha prueba, por lo que tal omisión, ante lo restrictivo de la apelación debe ser reconducida necesariamente a un atentado al debido proceso, al carecer de fundamentación la resolución que afectaba directamente el derecho a rendir prueba en el juicio oral y a recurrir en contra de la resolución que afecte dicho derecho, por lo que en definitiva esta Corte tendrá que la exclusión de prueba ha sido decretada por cuanto ella habría sido obtenida con inobservancia de garantías constitucionales y, por ende, resulta admisible el recurso presentado por el Ministerio Público.

El fallador al no dar los fundamentos de la exclusión o basarse en alguna causal diversa a las contempladas en la ley, está incumpliendo abiertamente con el mandato legal de los artículos 36 y 276 del Código Procesal Penal, que obliga a fundamentar su el motivo de exclusión, ya que solo dos de ellas son impugnables, de manera que está restringiendo ilegítimamente cuando desestima un medio de prueba, sin motivo legal o por una causa distinta a la permitida, razón por la cual, se debe reconducir toda causal a una que sea susceptible del recurso de apelación por un lado y, por el otro, a aquella que resulte más cercana, con respecto al fundamento del rechazo y, en el caso de autos, en ambas situaciones, aparece como motivo del rechazo un atentado a garantías fundamentales.

II.- En cuanto al fondo.-

4°.-. Que el Ministerio Público a través del fiscal adjunto Ernesto Vásquez Barriga, ha recurrido en contra de la resolución del juez de garantía por medio de la cual decidió excluir diversas pruebas ofrecidas por dicho interviniente, en su escrito de acusación. Explica que se acusó por los delitos de lesiones menos graves y parricidio y, en relación con el primer hecho se excluyó la declaración policial de la víctima ofrecida en la acusación, para lo cual el juez sostuvo que tal exclusión está dada por una prohibición existente en el código, sin entregar mayores detalles. En cuanto al segundo hecho, se excluyó una polera talla XL, que fue levantada desde la maleta del acusado que tenía al momento de ser detenido,

fundándose en que hubo ingreso ilegal al dormitorio del imputado y levantamiento de evidencia por lo que se habría vulnerado una garantía. También respecto del segundo hecho se decretó una exclusión temática respecto de los testigos policiales Cristhoper Aguilar Ruiz y Rodrigo Reyes Avilés, quienes declararán únicamente sobre su participación en la detención del acusado, no pudiendo referirse a las diligencias de investigación realizadas en el lugar de detención. Finalmente, con respecto al segundo hecho se excluyó al perito Sr. Chávez del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones por falta de idoneidad.

5°.- Que el artículo 276 del Código Procesal Penal, faculta al juez de Garantía, en la audiencia de preparación de juicio oral, para excluir mediante resolución fundada, determinadas pruebas para el posterior juicio oral, cuando se configure alguna de las causales que se señalan en la citada disposición, la que por ser sancionatoria, debe interpretarse restrictivamente, y por consiguiente se limitará a los casos que en ella expresamente se contemplan.

Tales hipótesis, siguiendo a los autores María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle en su obra Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II, son: a) la prueba manifiestamente impertinente, b) la que pretende acreditar los hechos públicos y notorios, c) la testifical y documental ofrecida con fines dilatorios o prueba inútil o la sobreambiente, d) la proveniente de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas

nulas y e) la que hubiere sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

6°.- Que tal como ya lo ha resuelto esta sala en otras ocasiones, la decisión del juez de garantía acerca de la exclusión de prueba, siempre debe obedecer a una discusión previa de los intervinientes, los que deberán formular las observaciones atinentes a dicho acto procesal, razón por la cual aquella debe ser fundada, esto es, debe entregar con precisión las razones de hecho y de derecho en que ella se basa. En lo tocante a las razones de hecho, obviamente diferirán en cada caso en particular y tendrán directa relación con el ofrecimiento que cada uno de los intervinientes hubiere hecho de la prueba que pretenden valerse. En lo relativo a los fundamentos de derecho, por tratarse de una sanción procesal, es claro que debe encuadrarse en alguno de los motivos de exclusión que en forma taxativa contempla el citado artículo 276 en lo que se refiere a la declaración de la víctima.

Es el caso, que la resolución impugnada tiene como fundamento, que está prohibida la lectura de registros y documentos. Y, en ese sentido, la defensa arguye que la regla general es la prohibición de lectura de acuerdo a lo indicado en el artículo 334 del Código Procesal Penal. Por otra parte, la víctima no está señalada en el artículo 331 en los casos de excepción y, finalmente, la ley presume inocente al acusado, por lo tanto no puede establecerse imputabilidad.

7°.- Que si bien es efectivo que el artículo 334 del texto procesal penal

establece como regla general la no incorporación, ni la lectura de registros y documentos que den cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público, lo cierto es que la misma disposición establece como excepción los casos previstos en los artículos 331 y 332 del indicado Código, facultándose expresamente la lectura a los registros en que conste declaraciones anteriores de testigos, peritos o imputados, señalando la letra c) como condición que la falta de comparecencia de los testigos, peritos o coimputados, le fuere imputable al acusado.

Precisamente, en este caso, la víctima es un testigo, sin que puede estimarse que al no estar indicada en dicho artículo en forma expresa, no esté dentro de la excepción, ya que la víctima habrá casos en que además tiene la calidad de testigo de un hecho, ante lo cual puede concurrir al juicio como testigo. En este caso, en particular, su falta de comparecencia es su posterior muerte, atribuyéndose al acusado tal circunstancia, razón por la cual, resulta plenamente aplicable la excepción, debiendo incorporar ese medio probatorio para el juicio oral.

El eventual atentado al principio de inocencia que alega la defensa, no existe, pues la imputabilidad a que se refiere la excepción no exige la existencia de una sentencia condenatoria desde que habla de acusado y no de condenado, basta que la responsabilidad de la falta de comparecencia sea atribuida al acusado, sin que sea menester que este haya sido castigado penalmente por ese hecho.

8°.- Que en lo tocante a la exclusión de la polera blanca XL y dos fotografías, se trata de una especie que fue encontrada en el interior de la maleta del imputado. Señala que la policía ingresó a un motel donde se encontraba el imputado y lo hicieron con autorización del dueño del inmueble, que en su oportunidad la detención fue declarada ajustada a derecho. La maleta fue encontrada en el motel, cuyo ingreso fue autorizado por la regente del lugar y respecto de la misma polera se aceptó prueba de la defensa, sin que en su oportunidad se hubiere efectuado alguna objeción a la pericia ya practicada.

La defensa plantea que los policías ingresaron al Motel, pero conforme al artículo 205 del texto Procesal Penal, tanto la incautación de documentos y especies, requerían de orden judicial, ante la ausencia de entrega voluntaria, sin que existe registro ni acta sobre este punto.

9°.- Que, de acuerdo a lo datos proporcionados por los intervinientes, la incautación de la polera en cuestión se realizó de la maleta que el imputado portaba al momento de su detención, cuando estaba alojado en el motel, al que se ingresó con anuencia del regente del lugar cerrado, por lo que la diligencia de entrada y registro se ajustó a lo prevenido en el artículo 205 del Código Procesal Penal, sin que al efecto se requiera de la autorización judicial a que se refiere el artículo 217 del mismo texto, desde que el inciso final de esta última norma dice que se procederá conforme al artículo 205 del mismo cuerpo legal, cuando se presuma que

los objetos están en lugares cerrados y se ha entrado con autorización del dueño, cuyo es el caso.

10°.- Que, sin perjuicio de lo ya dicho, debe dejarse en evidencia que de acuerdo a lo manifestado por el Ministerio Público, la polera XL periciada se encontraba en el interior de la maleta del imputado, la que solo fue registrada en dependencias de la Policía de Investigaciones, con autorización expresa de aquel, por lo que no puede asociarse a una incautación en lugar cerrado, pues no tiene su origen en la irrupción al dormitorio temporal del acusado. Al ser llevada la maleta voluntariamente al lugar donde fue conducido el detenido (dependencias de la PDI), no hay infracción legal en la diligencia objetada.

11°.- Que, en cuanto a la exclusión temática del testimonio de los funcionarios policiales Cristhoper Aguilar y Rodrigo Reyes, los que no pueden hablar de todo lo que vieron, por cuanto se vulneraría una garantía fundamental, el ministerio público afirma que esta alegación se efectúa recién ahora que la prueba le resulta negativa, pero la detención no se produjo en el domicilio del imputado sino que en su “guarida”, pues se estaba ocultando en el lugar donde fue encontrado y al no haber habido oposición para su entrada, no se requería autorización alguna para la actuación policial.

La defensa sostiene que la actuación policial está viciada por ilegalidad del procedimiento, pues se trataba solo de una orden de detención y no se podían realizar diligencias, ya que de

acuerdo al artículo 83 del texto procesal penal, las actuaciones policiales, sin orden previa sólo se permiten en delitos flagrantes.

12°.- Que las actuaciones de los funcionarios policiales no pueden tildarse de ilegales, desde que durante la investigación no hubo ningún reparo en ello y, en todo caso, estos funcionarios partieron participando en la detención del imputado, actuación que fue declarada legal y, además estaban autorizado por el regente del lugar donde ella ocurrió, de modo que el procedimiento ocurrido dentro de ese lugar está ajustado a derecho.

Por otra parte, la diligencia se llevó a cabo en un lugar que no es el domicilio del imputado, ya que, en el motel estaba pernoctando circunstancialmente, por lo que no hay falta de autorización judicial, pues la dada por quien regentaba el lugar, es suficiente, por lo que la falta de autorización judicial no constituye ningún atentado a garantías fundamentales, por consiguiente el procedimiento no está viciado. La actuación de los indicados funcionarios policiales, no tiene mancha que pueda alcanzar a teñir de ilegal su proceder, por lo que no hay obstáculo para que presten testimonio en el juicio, sin perjuicio eso sí, del valor que a sus dichos les asigne el tribunal oral en lo penal.

13°.- Que, por último, se impugna la decisión del juez de garantía en cuanto se excluye la declaración del perito del Laboratorio de Criminológica de la Policía de investigaciones, Sr. Luis Chávez, respecto de la pericia de la polera con manchas de

Serena, por falta de acreditación de su calidad de tal, estimándose que ello constituye una impertinencia subjetiva. La defensa señala que hay que acreditar la idoneidad profesional del perito, por ello conforme al artículo 314 del Código Procesal Penal, En todo caso, si se trata de un funcionario público, hay que acreditar tal calidad, no bastando al efecto su currículum vitae, solo se cuestiona al perito y no al servicio.

Al respecto, la recurrente plantea que se trata de un perito del Lacrim, que pertenece a una institución policial y ellos no designan peritos sino que instituciones.

14°.- Que como se indicó en el fundamento quinto de este fallo, la disposición del artículo 276 en lo que se refiere a exclusión de pruebas, debe ser interpretada restrictivamente, toda vez que se trata de un norma sancionatoria y, debe limitarse a los casos que allí se contemplan. En lo que dice relación con esta prueba, se excluye por impertinente. La pertinencia, de acuerdo a lo que se indica en la obra Derecho Procesal Penal tomo II de Maturana y Montero, está relacionada con el medio probatorio en sí mismo o, al hecho que se pretende acreditar con determinado medio en particular. En el caso de marras no es ni lo uno, ni lo otro, atento que el medio en sí mismo no se objetó, sino que la circunstancia de no haberse acreditado la idoneidad del perito, aspecto que nada tiene que ver con la declaración de impertinencia, pues lo anterior está ligado a su significado, que según el Diccionario de la Real Academia

Española corresponde a “dicho o hecho fuera de propósito”. De esta forma, debe impugnarse todo aquello que no viene al caso, que no tenga relación con los hechos propios de la acusación, circunstancia que no ha sido discutida, sino que únicamente al incumplimiento de una forma procesal, la que está contemplada en el artículo 314 del citado texto procesal penal, que precisa que los intervinientes al pedir la prueba pericial, deben acompañar los comprobantes que demuestren la idoneidad profesional del perito, pero al respecto se trata de peritos de su confianza, distintos a los institucionales, sin perjuicio que para dicha omisión no hay contemplada sanción alguna, ya que el artículo 316 se refiere a la admisibilidad de los peritos y no a la exclusión como medio probatorio.

Lo anterior es sin perjuicio de la ponderación del testimonio del perito, de acuerdo con sus capacidades y la credibilidad que le puedan dar los jueces orales, lo que en todo caso, nada tiene que con su exclusión, como medio probatorio.

15°.- Que hay que tener presente que para que proceda la exclusión por impertinencia, esta debe ser manifiesta, esto es, Patente, clara, evidente, lo que no ocurre con la circunstancia de no haberse acompañado los datos que comprueben la idoneidad profesional del perito, pues ello está íntimamente relacionado con el cuestionamiento a la pericia misma, asunto que no puede ser resuelto con anterioridad a lo que el perito declare.

Por otra parte, el control de admisibilidad que el artículo 316 del indicado cuerpo legal le entrega al juez, acerca de la garantía de suficiente seriedad y profesionalismo del perito. Se aplicará en forma razonable respecto de peritos de confianza de las partes, ajenos al quehacer judicial. Sin embargo, tratándose de profesionales que pertenecen a organismos auxiliares del Ministerio Público, como los funcionarios pertenecientes al Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones, cuya existencia está reconocida en diversas normas legales y constitucionales, no requieren de la acreditación de aquellos aspectos que la norma manda a revisar.

16°.-. Que, sin perjuicio de todo lo dicho, no se debe olvidar que es deber del juez de garantía admitir las pruebas ofrecidas por los intervinientes para ser rendida y valorada por los jueces del posterior juicio oral, atento que la regla general es la admisibilidad probatoria conforme al inciso final del citado artículo 276, que dispone que las demás pruebas ofrecidas “**serán admitidas**”, esto es, el legislador es categórico en señalar la admisibilidad, al emplear una forma verbal imperativa.

Si la prueba no está afectada a una causal específica de exclusión debe ser admitida, que es lo que sucede con los medios probatorios rechazados.

El control de admisibilidad que contempla el artículo 276 está directamente relacionado con las observaciones y el debate que se produzca sobre los hechos en que tiene su basamento la causal de

exclusión alegada, sin que esta Corte puede entrar a analizar si el motivo entregado por el juez a quo, cabe encuadrarlo dentro de algunos de las motivos específicos de exclusión antes referidos, cuando no se ha hecho mención alguna a ellos.

Atendido lo razonado y lo previsto en los artículos 36, 83, 181, 205, 217, 276, 277, 314, 316, 331 y 352 del Código Procesal Penal, se resuelve:

1.- Que se rechaza la solicitud de inadmisibilidad del recurso de apelación planteada por la defensoría penal pública.

2.- Que se revoca la resolución dictada en audiencia de nueve de noviembre del año dos mil once, en los autos RIT 16027-2010 del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, en aquella parte que excluye y elimina como medio de prueba la declaración policial de la víctima, una polera blanca XL y dos fotografías de la misma, la exclusión temática de los funcionarios policiales Cristhoper Aguilar Ruiz y Rodrigo

Reyes Avilés y la exclusión del perito del Lacrim La Serena Luis Chavéz, ofrecidas como medio de prueba por el Ministerio Público en el escrito de acusación y, en su lugar se decide que tales antecedentes probatorios son admisibles como medio de prueba, las que quedan incluidas en la prueba de cargo de la Fiscalía y consecuentemente en el auto de apertura de juicio oral.

Redacción del ministro señor Miguel Vázquez Plaza.

Comuníquese lo resuelto a los intervinientes por correo electrónico y, de la misma forma, al Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.

Rol N°2560-2011 Reforma Procesal Penal.

Pronunciada por la **Segunda Sala** de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Miguel Vázquez Plaza e integrada por la Ministro señora Maria Rosa Kittsteiner y por la Ministro (S) señora Raquel Lermenda Spichiger.

CONTENIDOS

Artículos

Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU)

Francisco Rojas Advis y Ángela Chávez Torrico

El rol del reintegro en el delito de malversación

Hernán Fernández Aracena y José Luis Cortés Zepeda

Uso de Software i2 para el análisis y prueba de la asociación ilícita

Tomás Ramírez Hermosilla

La prueba indiciaria en el delito de desvío de precursores químicos

Lorena Rebolledo Latorre

Inexistencia de las relaciones normativas de preordenación y ejecutivas en el tipo de almacenamiento y difusión de material pornográfico de menores en la legislación penal chilena

Edison Carrasco Jiménez

Aproximaciones a los bienes jurídicos protegidos y a las cuestiones concursales en el ámbito de los delitos vinculados a la pornografía infantil

Alejandra Vera Azócar e Ivonne Sepúlveda Sánchez

La regulación del secreto en la Ley 19.913

Marcelo Contreras Rojas

Algunas consideraciones relativas a la constitucionalidad del delito de contrabando (propio). Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional rol 1973-11

Andrés Salazar Cádiz

Sentencias Comentadas

Recurso de nulidad rechazado. Prueba del delito de homicidio sin contar con el cadáver

Pablo Campos Muñoz

Sentencia que condena por cohecho pasivo propio agravado Art. 248 bis Código Penal a jefe de cobranzas de la Tesorería Provincial de Linares

Roberto Morales Peña

Recurso de nulidad acogido. Recalificación a la figura del artículo 4° de la Ley N°20.000, el transporte de una considerable cantidad de droga

Juan Castro Bekios

Comentario a sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechaza recurso de amparo fundado en la aplicación de la Ley Penal más favorable

Eva Curia Castro

Recurso de amparo rechazado. Adulto condenado por hechos ocurridos cuando era adolescente

Guillermo Felipe Merino

Recurso de amparo rechazado. Aplicación a adolescentes de medidas cautelares de la Ley N°20.066, por delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar

María José Morón Urzúa

Comentario al fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que ordenó incluir en auto de apertura una declaración policial de la víctima de un delito de lesiones y posterior parricidio

M. Angélica San Martín Ponce y Ernesto Vásquez Barriga

Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Víctima en el delito de maltrato animal

Corte Suprema

Recurso de queja rechazado. Recurso de nulidad es de derecho estricto

Corte Suprema