

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº44 - SEPTIEMBRE 2010

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°44 - Septiembre 2010

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

Manuel Zárate Campos

Colaboradora:

Andrea González Leiva

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: 690 9293

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 testigos cuya identidad no debe ser difundida, caso en el cual, 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.

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Fallos

Recurso de queja acogido. Exigencia de prueba del derecho extranjero en la extradición activa	11
<i>Corte Suprema</i>	
Recurso de queja del Ministerio Público acogido. Facultades de las Cortes de Apelaciones al acoger un recurso de nulidad <i>Reformatio In Peius</i>	20
<i>Corte Suprema</i>	
Recurso de nulidad rechazado. Control de identidad y delito flagrante	25
<i>Corte Suprema</i>	
Recurso de queja acogido. Infracción al artículo 360 del Código Procesal Penal. Pronunciamiento sobre cuestiones no planteadas en el recurso de apelación	32
<i>Corte Suprema</i>	
Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Entrada en vigencia del Código Procesal Penal en la Región Metropolitana. Procedimiento Abreviado. Ley más favorable	40
<i>Tribunal Constitucional</i>	

II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Sentencias Comentadas

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta que condena al ex Alcalde de esa ciudad y otros tres acusados por el delito de fraude al Fisco y el fallo de la Corte de Apelaciones que rechaza los recursos de nulidad intentados	63
<i>José Luis Cortés Zepeda</i>	
Excma. Corte Suprema acoge recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público en caso PGE V Región por falta al debido proceso al no permitir incorporar sentencia de procedimiento abreviado ni testigos como prueba nueva	103
<i>Roberto Morales Peña</i>	

III. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículos

La incautación, destinación y comiso en la Ley 20.000 129

Renzo Figueroa Aste

El consumo de drogas en la legislación internacional y nacional 136

Ximena Marcazzolo Awad

Restricción a las comunicaciones telefónicas en la ley de drogas chilena 146

Carolina Zavidich Diomedi

Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Retardo en la entrega al servicio de salud, de la droga incautada 162

Corte Suprema

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

Artículos

Imputación de responsabilidad penal por cuasidelito a órganos directivos de hospitales públicos: la importancia del establecimiento de criterios de normalidad, de los límites del principio de confianza y de los análisis comparativos 171

Francisco Soto Donoso

El consentimiento informado en la praxis médica 177

Alejandra Vera Azócar

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

Artículos

Algunos comentarios sobre estadísticas del Ministerio Público en materia de investigación de delitos económicos 195

Alejandro Litman Silberman

Tipificación de los delitos terroristas en Chile, a la luz del marco jurídico universal de lucha contra el terrorismo 220

Tania Sironvalle Sosa

VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Sentencias Comentadas

Las medidas cautelares en delitos de violencia intrafamiliar y el delito de
desacato 239

Rodrigo Fernández Moraga

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°1432-09-INA
(5 de agosto de 2010). Artículo 390 del Código Penal: convivencia 248

María Cecilia Ramírez Guzmán

PRÓLOGO

En el mes en que nuestra Patria celebra su Bicentenario, la Fiscalía de Chile presenta un nuevo número de su Revista Jurídica.

En esta oportunidad ofrecemos a las autoridades, a los principales actores del sistema penal, a las universidades, y a las diversas bibliotecas que reciben este trabajo, una edición que abarca diversos tópicos de gran interés y de evidente actualidad en la discusión jurídica.

El proceso de globalización mundial representa grandes desafíos en diversos ámbitos, e impone a las naciones, entre otras, la obligación de asistencia penal y la necesidad de adecuar su legislación interna a normas internacionales que apuntan a combatir cierto tipo de delincuencia, la cual requiere ser abordada en forma conjunta.

En ese contexto, en este número se hace referencia a un fallo de la Corte Suprema que aclara un punto sobre el cual había existido alguna controversia, y que estaba dificultando la obtención por parte de nuestro país de las solicitudes de extradición activa, cual es si en ellas era necesaria la prueba del derecho extranjero. También se contiene un interesante artículo relativo al tratamiento jurídico que se da al consumo de estupefacientes en la legislación chilena y comparada.

Esta apertura al mundo y la existencia de organizaciones ilícitas, que con su actuar traspasan las fronteras de los países, se aborda también en este número con un artículo referido a la forma en que se tipifican los delitos terroristas, a la luz de la legislación internacional sobre esa materia.

Pero también nos hemos preocupado de incorporar artículos, sentencias y comentarios a jurisprudencia que dicen relación con temas penales que nos conciernen como sociedad, como los que nos ilustran acerca de ciertas técnicas de investigación establecidas en la Ley de Drogas y sobre el destino de bienes involucrados en los ilícitos penados en esta misma ley, y dos trabajos que dicen relación con la praxis médica, el consentimiento de los pacientes y la responsabilidad penal de los directores de establecimientos de salud.

Del mismo modo, este número incluye el estudio de sentencias dictadas en casos de violencia intrafamiliar, destacándose aquella dictada por el Tribunal Constitucional a propósito del concepto de convivencia.

Finalmente, también presentamos fallos relevantes desde el punto de vista del derecho procesal penal propiamente tal, como aquel en que la Corte Suprema se pronuncia sobre los límites y competencia de una Corte de Apelaciones al fallar un recurso de nulidad y como el dictado por el Tribunal Constitucional en el que resuelve sobre una petición de aplicación de normas del nuevo proceso penal a un caso regulado por las normas del Código de Procedimiento Penal.

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

RECURSO DE QUEJA ACOGIDO. EXIGENCIA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN LA EXTRADICIÓN ACTIVA

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Es el Estado que recibe la solicitud de extradición de un individuo nacional o extranjero, que se encuentra en su territorio, quien debe efectuar el estudio correspondiente a constatar que se trate de un delito en ambas legislaciones y el de la mínima gravedad, en cuanto a la pena impuesta en ambas legislaciones.

El tribunal que conoció de la solicitud de extradición activa debió limitarse a constatar solamente la concurrencia de los requisitos exigidos expresamente por la ley procesal chilena, así como los contenidos en los instrumentos internacionales, de cuyo examen aparece con toda claridad que no existe requerimiento alguno tendiente a comprobar la calidad de delito y de penalidad mínima respecto de la legislación del país de refugio del solicitado, y establecerla oficiosamente, supuso agregar requisitos no considerados en la ley para acoger un pedido de extradición activa, lo que sin lugar a dudas constituye una falta o abuso grave que corresponden enmendar.

Hay voto de minoría relativo a la gravedad de la falta o abuso.

Texto Completo:

Santiago, veintiséis de julio de dos mil diez.

VISTOS:

En estos autos N°2.642-2010, se ha conocido el recurso de queja entablado en lo principal de fojas 15 a 22, por el abogado Sergio Moya Domke, Fiscal Regional (s) de la Araucanía, en la causa RUC N°1000119243-k, RIT N°910-2010, ambos del Juzgado de Garantía de Temuco, seguidos en contra del ciudadano ecuatoriano Winston Rivera Montoya, en los que se solicita su extradición activa a su país de origen, por su responsabilidad de autor en el delito de homicidio calificado de la ciudadana chilena

Yasna González Rosas, ilícito acaecido en Temuco el 30 de enero de 2010, motivado en que el Ministro señor Julio César Grandón Castro, la Fiscal Judicial Sra. Tatiana Román Beltramín y el abogado integrante Sr. Roberto Contreras Eddinger, incurrieron en faltas o abusos graves al resolver en el ingreso de la Corte de Alzada de Temuco N°199-2010, el rechazo de la solicitud del Ministerio Público, fundados en que no se acreditó suficientemente que el hecho en que se sustenta la solicitud tenga el carácter de delito y sea punible con una pena mínima de una año de privación de libertad en las leyes del estado en que se encuentra.

A fojas 33, se declaró admisible el recurso y se ordenó recabar informe a los jueces recurridos.

A fojas 35, los jueces magistrados informaron respecto del capítulo que motiva la queja, estimando que el arbitrio debe ser rechazado por estimar que no han incurrido en las denunciadas faltas o abusos.

A fojas 38, se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el compareciente refiere que el proceso en que incide la queja dice relación con una solicitud de extradición activa referida a un ciudadano ecuatoriano a quien se le atribuye responsabilidad de autor en el delito de homicidio calificado de Yasna González Rosas, ilícito ocurrido en Temuco el 30 de enero de 2010, quien se refugió en un primer momento en la República Argentina y actualmente se encuentra en Ecuador, respecto del cual se cumplieron todos los requisitos que establecen los artículos 431 y 432 del Código Procesal Penal, esto es, se celebró una audiencia ante el Juez de Garantía de Temuco quien estimó que concurrían todos los requisitos del artículo 140 del mismo texto para imponer la prisión preventiva, ordenando que se elevaran los antecedentes a la Corte de Apelaciones de esa misma ciudad para que se pronunciara sobre el pedido de extradición activa.

SEGUNDO: Que, en dicha audiencia, celebrada el 8 de abril pasado, los magistrados recurridos decidieron rechazar la petición arguyendo como fundamento principal el que no se hubiera allegado prueba alguna por parte del persecutor penal en relación

a que el hecho tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes de la República del Ecuador, y que esté sancionado con una pena mínima de un año de privación de libertad conforme a las exigencias de la Convención de Extradición de Montevideo de 1933, o que al menos sea considerado delito semejante, si se estima que sólo opera el principio de especialidad, conforme a lo acordado en el tratado bilateral aprobado por la ley N°1013 de 22 de enero de 1898.

TERCERO: Que, por lo anterior es que se denuncia como falta o abuso grave la evidente infracción a lo que dispone el artículo 431 del Código Procesal Penal, en el cual se contienen los requisitos para hacer procedente un pedido de extradición activa, y que consisten en exigir que en su tramitación se hubiere formalizado la investigación. Luego, que el delito materia de ella tenga señalada una pena privativa de libertad cuya duración mínima exceda de un año, y por último, que el sujeto a quien se refiere se encuentre en país extranjero.

De lo anterior, destaca el quejoso, que no aparece como exigencia que se deba probar que el hecho tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del estado requerido (Ecuador), ni que esté sancionado con una pena mínima de un año de privación de libertad, de tal forma que al establecer los magistrados recurridos la concurrencia de exigencias que la ley no ha señalado, incurren en una falta o abuso grave que justifica la queja; máxime si de la atenta lectura de las normas citadas precedentemente, siempre se parte de la base de exi-

gencias conforme al derecho nacional, prueba de ello es que el texto utilice la expresión “formalización”, claramente indiciaria de nuestro procedimiento penal en vigencia, lo que se extiende al contenido del artículo 436 del mismo código, circunscrito sólo a la ley nacional.

CUARTO: Que, en lo que respecta a las exigencias de la Convención de Montevideo de 1933, en su artículo 1° tampoco se postula tal pedido, simplemente establece la obligación de los Estados que la suscriben de entregar al otro que solicita al ciudadano, recayendo en el gobierno que recibe la solicitud la obligación de entregar al requerido, comprobando en ese momento la doble incriminación y la mínima gravedad del ilícito respectivo. Lo mismo ocurre en el Tratado celebrado entre Chile y el Ecuador en 1898, en particular de su artículo V, que hace referencia al Estado requirente, estableciendo que todo lo relativo a esa solicitud queda sujeto a la decisión de las autoridades competentes del país de refugio, las cuales arreglarán sus procedimientos a las disposiciones y prácticas legales en el mismo país.

QUINTO: Que, en definitiva, se ha impuesto un requisito que no contiene la ley para requerir la extradición que interesa para los fines de la prosecución del homicidio calificado de Yasna González Rosas, lo que constituye una falta o abuso grave que procede corregir por la vía disciplinaria, solicitando finalmente que se deje sin efecto lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Temuco, dictando en su reemplazo otra por la

que se decida acoger la solicitud de extradición activa, y en subsidio, se deje sin efecto lo resuelto por ese tribunal de alzada, ordenando reponer la causa al estado de que jueces no inhabilitados que correspondan a ese tribunal, conozcan conforme a derecho la petición de extradición activa formulada por el Ministerio Público de la Araucanía.

SEXTO: Que, informando los jueces recurridos, indicaron que lo por ellos decidido se ajustó a las cuestiones que les fueron planteadas por los intervinientes en sus alegatos, en particular lo señalado por la Defensoría Penal Pública, a lo que correspondió agregar las normas de los tratados internacionales relacionados con el asunto propuesto, que son ley de la República, siendo exigible su acatamiento a ambos Estados que intervienen en el proceso de extradición, no siendo correcta la diferenciación que sostiene el Ministerio Público, en cuanto a exigir las sólo respecto del Estado receptor de tal pedido, por lo que no consideran haber incurrido en alguna falta o abuso grave que amerite una queja.

SÉPTIMO: Que, para la adecuada resolución de la cuestión sometida a la decisión de este tribunal, es menester consignar los siguientes antecedentes que constan en la causa RUC N°1000119243-k, RIT N°919-2010, ambos del Juzgado de Garantía de Temuco, y en el Rol 199-2010 de la Corte de Apelaciones de esa misma ciudad:

1°.- El doce de febrero de 2010, la Fiscal Adjunta del Ministerio Público de Temuco doña Adelina

Barriga Araneda, solicitó al Juzgado de Garantía de esa ciudad llevar a cabo una audiencia de formalización en contra de Winston Rivera Montoya, C.I. N°22.370.464-6, por su participación y responsabilidad en el homicidio de Yasna González Rosas, ilícito ocurrido en Temuco el 31 de enero del presente año, lo que fue acogido por la Juez doña María Elena Llanos Morales, fijándose audiencia para el 17 de febrero a las 9.00 horas, y en la misma resolución se designó a la Defensoría Penal Pública para que represente los derechos del imputado, si aquél no contare con un defensor de su confianza.

2°.- El diecisiete de febrero de dos mil diez, ante la Juez de Garantía de Temuco doña Luz Arancibia Mena, se llevó a cabo la diligencia especial de formalización que contempla el artículo 431 del Código Procesal Penal, momento en que el Ministerio Público formalizó la investigación respecto del imputado ausente, el ciudadano ecuatoriano Winston Rivera Montoya, con el objeto de solicitar su extradición activa desde la República Argentina, resolviendo el tribunal que en la especie concurren los requisitos de las letras a) y b) del artículo 140 del texto ya citado, por considerar que existen antecedentes que justifican la existencia del delito que se investiga y presunciones fundadas para establecer una vinculación entre la persona formalizada y el hecho que constituye la investigación, haciendo lugar a la petición fiscal, disponiendo la prisión preventiva y haciendo lugar a la solicitud de extradición, debiendo elevarse los antecedentes a la Corte de Apelaciones

respectiva para gestionarla conforme a la ley del lugar en que se encontrare el imputado Rivera Montoya.

3°.- El ocho de abril del presente año, la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, integrada por los jueces recurridos de queja, decidió rechazar el pedido de extradición activa, teniendo para ello presente que en estrados no se allegó prueba alguna por parte del persecutor penal, en relación a que el hecho sobre el cual se funda la petición tenga el carácter de delito, y sea punible por las leyes de la República del Ecuador y que esté sancionado con la pena mínima de un año de privación de libertad, ello si se consideran las exigencias de la Convención sobre Extradición de Montevideo de 1933, o que a lo menos sea también considerado un delito semejante, si se estima que sólo opera el principio de especialidad en relación al tratado celebrado entre Chile y Ecuador en 1898.

OCTAVO: Que, el artículo 431 del Código Procesal Penal, referido a la procedencia de la extradición activa, dispone expresamente en su inciso primero que: *“Cuando la tramitación de un procedimiento penal se hubiere formalizado la investigación por un delito que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año, respecto de un individuo que se encontrare en país extranjero, el ministerio público deberá solicitar del juez de garantía que eleve los antecedentes a la Corte de Apelaciones, a fin de que este tribunal, si estimare procedente la extradición del imputado al país en el que actualmente se encontrare, ordene sea pedida. Igual*

solicitud podrá hacer el querellante, si no la formulare el ministerio público.”, extremos que aparecen debidamente cumplidos por el persecutor penal, sin que pueda apreciarse de su tenor literal obligación alguna relativa a que deban probarse también esas exigencias en relación a la legislación del país de refugio del imputado requerido.

NOVENO: Que, lo expresado en el motivo anterior debe relacionarse además, con lo estatuido en el artículo 432 del mismo código, que se refiere a la tramitación del pedido, permitiendo formalizar la investigación respecto de imputados ausentes, como ocurrió en el presente caso, el que debe ser representado por un defensor penal público, si no cuenta con uno particular, y que al final de la audiencia el juez de garantía accederá al pedido, si estima que en la especie concurren los requisitos procedentes para ordenar la prisión preventiva que contiene el artículo 140 del código procedimental penal, tal como aconteció, declarando la procedencia de pedir en el país extranjero, la prisión preventiva u otra medida cautelar personal respecto del investigado, en caso de que en Chile se cumplan las condiciones que permitirían decretar la medida respectiva. Finalmente, se ordena al juez elevar los antecedentes a la Corte de Alzada respectiva, siendo necesario que conste en el procedimiento el país y el lugar en que el imputado se encuentra en la actualidad.

Como se aprecia con toda claridad, en la normativa citada tampoco se efectúa ningún requerimiento vinculado

a demostrar conforme a la legislación del país de refugio del solicitado, los fundamentos de su procedencia; tan solo existe una expresa referencia a que se debe encontrar establecido que se encuentre actualmente en el territorio del país que se indique, lo que fue cabalmente cumplido en la vista ante el tribunal de segundo grado, consignando mediante el oficio que rola a fojas 18 y siguientes, de que se encuentra en territorio ecuatoriano, al que ingresó proveniente de Argentina el 1 de febrero de 2010.

DÉCIMO: Que, lo mismo se deduce de los artículos 433 a 435, y se grafica con mayor propiedad en el artículo 436, todos del Código Procesal Penal, que se pone en el supuesto que de acogerse por la Corte de Apelaciones la solicitud de extradición activa, en lo que respecta a los antecedentes que deben remitirse al Ministerio de Relaciones Exteriores, éstos consistirán en copia de la resolución respectiva, pidiendo que se practiquen las gestiones diplomáticas que fueren necesarias para obtener la entrega del sujeto, acompañando reproducciones de la formalización de la investigación formulada, de los antecedentes que la motivaron y de la propia decisión, así como los textos legales que tipificaren y sancionaren el delito, de los referentes a la prescripción de la acción, y toda la información conocida sobre la filiación, identidad, nacionalidad y residencia del imputado, sin expresar nada respecto de similar exigencia sobre los mismos antecedentes en relación a la legislación del país de refugio del formalizado, los que se entienden que sólo serán controlados en el momento en que

se reciba la solicitud por el gobierno del país requerido (Ecuador), quien deberá remitirla a la autoridad judicial respectiva, para que ésta proceda -en esa oportunidad-, a efectuar el análisis de rigor relativo a la doble incriminación y la mínima gravedad del hecho, época en la que conforme ya se dijo, se le acompañará la legislación chilena, para compararla con la propia, situación que ante la falta de texto expreso no puede ser adelantada oficiosamente.

UNDÉCIMO: Que en lo que respecta a la Convención sobre Extradición celebrada en Montevideo, Uruguay el 26 de diciembre de 1933, en ella se dispone en su artículo 1, que: *“cada uno de los estados signatarios se obliga a entregar, de acuerdo con las estipulaciones de la presente Convención, a cualquiera de los otros Estados que los requiera, a los individuos que se hallen en su territorio y estén acusados o hayan sido sentenciados, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) Que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se imputa al individuo reclamado. b) Que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del estado requerido con la pena mínima de un año de privación de libertad.”*, lo cierto es que la redacción del artículo señalado parte del supuesto evidente de que la solicitud de extradición activa ya se efectuó al país de refugio del solicitado, de forma tal que la constatación de lo exigido en su letra b) le corresponde a ese mismo Estado.

DUODÉCIMO: Que, a su tiempo, el Tratado de Extradición celebrado entre Chile y Ecuador aprobado por ley N°1013 de 22 de enero de 1898, parte del mismo supuesto, así por su artículo I, se dispone que: *“Las altas partes contratantes se comprometen a entregarse recíprocamente a los individuos que acusados o condenados en uno de los países como autores o cómplices de algunos de los delitos comprendidos en el artículo siguiente, se hubieren refugiado en el otro”*; por su artículo II se expresa que: *“Se solicitará la extradición cuando se invoque la perpetración de un delito de carácter común que, según las leyes del país, requirente fuese castigado con una pena superior a las de presidio o de prisión por tres años.”*, y el V, en donde se señala que: *“La demanda de extradición, en cuanto a su tramitación, a la apreciación de su procedencia i a la admisión i calificación de las excepciones con que pudiese ser impugnada por parte del reo o prófugo reclamado, quedará sujeta a la decisión de las autoridades competentes del país de refugio, las cuales arreglarán sus procedimientos a las disposiciones i prácticas legales en el mismo país establecidas para el caso.”*, por ello es que se reafirma el criterio de que es el estado que recibe la solicitud de extradición de un individuo nacional o extranjero, el que se encuentra en su territorio, quien debe efectuar el estudio correspondiente a constatar que se trate de un delito en ambas legislaciones y el de la mínima gravedad en cuanto a la pena impuesta en ambas legislaciones.

DÉCIMO TERCERO: Que, de lo expresado, se concluye que el tribunal que conoció de la solicitud debió

limitarse a constatar solamente la concurrencia de los requisitos exigidos expresamente por la ley procesal chilena así como los contenidos en los instrumentos internacionales a que ya se hizo referencia en los motivos precedentes, de cuyo examen aparece con toda claridad que no existe requerimiento alguno tendiente a comprobar la calidad de delito y de penalidad mínima respecto de la legislación del país de refugio del solicitado, y establecerla oficiosamente, supuso agregar requisitos no considerados en la ley para acoger una pedido de extradición activa, lo que sin lugar a dudas constituye una falta o abuso grave que corresponden enmendar por este tribunal.

DÉCIMO CUARTO: Que, en este sentido, como se ha analizado, aparece evidente que los recurridos al fundar su decisión en cuestiones que exceden los términos exigidos por la ley, vulneraron una frontera infranqueable en el ejercicio de sus atribuciones, con lo que incurrieron en falta y abuso grave a las reglas del debido proceso, que autoriza a este tribunal para hacer uso de las facultades disciplinarias que le acuerda el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, lo que conduce a acoger el recurso.

DÉCIMO QUINTO: Que, a mayor abundamiento, la conclusión precedente armoniza con las modificaciones que en su oportunidad se formularon a la legislación procesal nacional sobre el procedimiento y competencia para las extradiciones activas en el sentido de establecer un sistema ágil y eficiente de coopera-

ción internacional. Exigir la prueba del derecho extranjero para la situación específica del caso sublite es contrario a la letra y espíritu de las normas que actualmente regulan esta materia.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, **SE ACOGE** el recurso de queja formalizado en lo principal de la presentación de fojas 15 a 22, y poniendo pronto remedio al mal que lo motiva, **SE ANULA** la vista de la causa efectuada ante la Corte de Apelaciones de Temuco, en el Rol No 199-2010, el ocho de abril de dos mil diez, y se repone la causa al estado que el referido Tribunal de Alzada, integrado por jueces no inhabilitados, proceda a celebrar una nueva audiencia en la cual se discutan y resuelvan, conforme a derecho, las materias propuestas por el Ministerio Público en relación a la solicitud de extradición activa del ciudadano ecuatoriano Winston Rivera Montoya, en los autos RUC N°1000119243-k, RIT N°919-2010, ambos del Juzgado de Garantía de Temuco.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Srs. Ballesteros y Künsemüller, quienes fueron del parecer de rechazar el recurso de queja interpuesto, teniendo presente para ello los siguientes fundamentos:

1°.- Que esta Corte ha sostenido, reiteradamente, que el recurso de queja no ha sido instituido para corregir errores de interpretación y provocar, por este solo concepto, una nueva revisión del asunto para llegar a un

pronunciamiento de tercera instancia. Así se ha dicho que “procede declarar sin lugar el recurso de queja deducido contra los ministros de la Corte, si cualesquiera que hayan podido ser sus errores o equivocaciones con motivo del pronunciamiento de la sentencia en que se funda, no representan ni una falta a sus deberes funcionarios ni un abuso de facultades y, a lo más, un criterio errado sobre el negocio que les corresponde resolver” (SCS, de 21 de septiembre de 1951, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LVII, 2ª parte, sección 3ª, página 123). En decisiones posteriores se ratificó esa doctrina, señalándose que atendidas la naturaleza y finalidad del recurso extraordinario deducido, lo que procede para acogerlo o rechazarlo es, principalmente, “averiguar y establecer si los jueces recurridos, al ejercer la función judicial en cuya virtud dictaron la resolución que motiva la queja, incurrieron o no en falta o abuso que deba ser enmendado por la vía disciplinaria. En consecuencia, aunque pueda ser discutida y aún equivocada la tesis jurídica sustentada por el juez recurrido, esa sola consideración no basta para que la Corte Suprema haga uso de sus facultades disciplinarias y para dar admisión al recurso de queja” (SCS, de 25 de marzo de 1960, Fallos del Mes Número 16, página 5 y SCS, de 29 de diciembre de 1964, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXI, sección 3ª, página 66).

2°. Que esta Sala ha coincidido con los planteamientos anteriores, argumentando que “del mérito de los antecedentes, del expediente traído a la vista y lo informado, aparece que

los jueces recurridos han procedido en uso del derecho privativo que les confiere la ley en la interpretación de las normas jurídicas en relación a las situaciones de hecho que deben conocer, caso en el cual no se desprende que los sentenciadores hayan incurrido en las faltas o abusos graves que se les reprocha” (SCS, 09.11.2005, Rol N°4086-05, se rechaza el recurso de queja).

3°. Que, la falta o abuso que hace procedente el recurso de queja es sólo la que tiene el carácter de “grave”, vale decir, de mucha entidad o importancia y, en la medida que la falta cometida reúna tal característica, debería aplicarse a los jueces que la dictaron una sanción disciplinaria. Una mera discrepancia entre un litigante y el tribunal encargado de conocer y fallar el negocio, en torno al sentido y alcance de determinada norma jurídica, no es, en caso alguno, idónea para configurar la gravedad exigida al comportamiento jurisdiccional impugnado, ni para desencadenar una sanción tan drástica.

4°. Que, a mayor abundamiento, las exigencias contenidas en la ley procesal chilena y en los respectivos instrumentos internacionales, si bien es cierto no establecen con toda claridad la exigencia que fuera planteada en su veredicto por la Corte de Apelaciones de Temuco, para rechazar la solicitud de extradición activa, consistente en que debe también probarse por el solicitante que el hecho sobre el cual se funda tenga el carácter de delito y sea punible también en las leyes del país en que se encuentra el requerido, se llegó a esa conclusión

precisamente por medio de criterios interpretativos que se expresan en su sentencia, de tal forma que es perfectamente posible reproducir el razonamiento que los llevó a arribar a esa decisión.

5°. Que, en consecuencia, de los antecedentes de autos, lo informado por los jueces recurridos y las consideraciones precedentes, se desprende que los sentenciadores no han incurrido en falta o abuso grave que amerite la actuación de la Corte por esta vía, como se solicita.

No se dispone la remisión de los antecedentes al Pleno de este tribunal, por estimar que no existe mérito suficiente para ello.

Comuníquese por la vía más expedita esta resolución a la Corte de Apelaciones de Temuco y al Tribunal de Garantía de la misma ciudad.

Regístrese, archívese y devuélvanse sus agregados.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Luis Bates Hidalgo; y del voto disidente, sus autores.

Rol N°2642-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., y el abogado integrante Sr. Luis Bates H. No firma el abogado integrante Sr. Bates, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Eguisquiza.

RECURSO DE QUEJA DEL MINISTERIO PÚBLICO ACOGIDO. FACULTADES DE LAS CORTES DE APELACIONES AL ACOGER UN RECURSO DE NULIDAD *REFORMATIO IN PEIUS*

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

No procede, al acoger un recurso de nulidad, que la Corte de Apelaciones instruya al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que, para el caso en que decida nuevamente dictar sentencia condenatoria, la pena que aplique al condenado no pueda exceder de aquella que le impuso en la sentencia anulada, por cuanto ello implica una invasión de sus atribuciones.

Del mismo modo, se invaden las facultades del Juez de Garantía si al acoger el recurso de nulidad se le ordena por la Corte de Apelaciones la incorporación de determinadas pruebas al auto de apertura del juicio oral.

Cuando el tribunal de alzada participa de propia iniciativa, en un asunto que no está en la esfera de sus atribuciones, se inmiscuye en el normal desenvolvimiento del proceso, sobrepasando la competencia que le acuerda el sistema procesal y, de paso, afecta su imparcialidad.

Texto Completo:

Santiago, dos de septiembre de dos mil diez.

VISTOS:

En la causa RUC N°0900387823-3, RIT N°26-2010, seguida ante el Tribunal de Juicio Oral de Antofagasta, por sentencia de treinta de marzo de dos mil diez se condenó a Cristián Waldo Soto Almonacid a doce años de presidio mayor en su grado medio, como autor de los delitos consumados de violación y abuso sexual reiterados, cometido en la persona de H.A.M.P., en la ciudad de Calama, los días 25 y 26 de abril de 2009, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inha-

bilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y la pena de interdicción del derecho para ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa y a la sujeción de vigilancia de la autoridad por un período de diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal, de conformidad al artículo 372 del Código Penal.

La defensa del imputado, representada por el defensor penal público Nelson Pantoja Durán, interpuso un recurso de nulidad sustentado de manera principal en la causal del artículo 374, letra c), del Código Procesal Penal y, en subsidio, en el artículo 374 letra e), del mismo cuerpo normativo.

El tribunal de alzada, por decisión de veinticinco de mayo del año en curso,

acogió la causal principal impetrada, retrotrayendo la causa al estado de realizarse una nueva audiencia de preparación de juicio oral, ordenando al Juez de Garantía la incorporación al auto de apertura de la declaración del fiscal investigador y acusador y, en caso de resultar nuevamente condenado el acusado, instruyeron al Tribunal Oral tener presente la prohibición de hacer más gravosa la situación jurídica del imputado.

En lo principal de fojas 53 a 67 de este cuaderno, el abogado Patricio Martínez Felip, Fiscal Regional (s) del Ministerio Público de Antofagasta, interpuso un recurso de queja contra de los integrantes de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Ministros señores Enrique Álvarez Giralt y Oscar Clavería Guzmán y de la abogada señora Macarena Silva Boggiano, en razón de las graves faltas o abusos en que incurrieron al decidir el recurso de nulidad de la defensa del enjuiciado Soto Almonacid, arbitrio que fue declarado inadmisibles por resolución de catorce de julio último. Sin perjuicio de ello, en uso de las facultades disciplinarias de esta Corte, se dispuso recabar informe a los recurridos.

A fojas 99, los señores Ministros y la abogada integrante evacuan el informe requerido, señalando que concurría la causal de nulidad esgrimida, pues en virtud del principio de objetividad, se debía incluir “toda la prueba vinculada con las circunstancias generales y especiales que surjan a propósito de averiguar la existencia del hecho punible y su participación”, como también porque las omisiones

“están vinculadas directa e inmediatamente con los antecedentes indispensables que deben ser considerados por quienes vayan a juzgar la credibilidad de los dichos de la víctima”, estimando que su desconocimiento era dejar en la indefensión al imputado y, por consiguiente, se le impedía al defensor ejercer facultades que la ley le otorga, aceptando finalmente la comparecencia del fiscal a cargo de la investigación como testigo, pues afirman que fueron razones de equidad las que les indujeron a acudir al motivo absoluto de nulidad, desde que el imputado estaba condenado a doce años de privación de libertad más una condena alternativa y accesorias, sobre la base, principalmente, de los dichos de una víctima adolescente, de cuya verosimilitud, en un principio, el propio fiscal dudó, siendo relevante para el proceso criminal la necesidad de incorporar la apreciación efectuada por éste, determinante en el ejercicio del derecho a la defensa del enjuiciado, cuyo pilar básico era precisamente la duda del fiscal. De este modo, indican, que por encontrarse el vicio en el auto de apertura del juicio oral, necesariamente debía corregirse del modo que se hizo, ordenando la incorporación en él de una determinada prueba. Sobre el otro aspecto cuestionado, esto es, la invasión de competencia que la ley asigna al tribunal oral, aducen que de acuerdo a lo que dispone el artículo 360 del Código Procesal Penal y en uso de sus facultades interpretativas, el tribunal oral debe quedar delimitado, y no puede reformar la resolución en perjuicio del recurrente, que no es otra cosa que el respeto en el proceso penal atingente

a una sentencia condenatoria anulada del principio de la “reformatio in peius”.

A fojas 111 se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el compareciente refiere que en el proceso en que incide la queja, la defensa del imputado interpuso un recurso de nulidad contra el dictamen condenatorio, sustentado de manera principal, en la causal del artículo 374 letra c), del Código Procesal Penal y, en subsidio, en el artículo 374 letra e), del mismo cuerpo normativo. En su decisión, los recurridos, acogiendo la causal principal, dispusieron la realización de una nueva audiencia de preparación de juicio oral, ordenando al Juez de Garantía la incorporación al auto de apertura de la declaración del fiscal investigador y acusador y, en caso de resultar nuevamente condenado el acusado, instruyeron al Tribunal Oral tener presente la prohibición de hacer más gravosa la situación jurídica del imputado.

Sobre el primero de estos tópicos, asevera el quejoso que al incorporar al fiscal de la causa como testigo, se le sustrae de su función de sostenedor de la acción penal con el fin que deponga acerca de una actuación propia ejecutada en su carácter de director de la investigación y no como narrador de una experiencia, lo que acontece cuando los recurridos afirman que “... la declaración del Fiscal titular don Pablo Medina Álvarez, cuyo testimonio debe consi-

derarse como una opinión informada de una persona con destrezas especiales para evaluar la declaración de la víctima presentada ante la Fiscalía, e incluso su credibilidad”. Asegura el recurrente que dicha determinación de los jueces importa una invasión de la esfera de competencia del Juez de Garantía, constitutiva de falta o abuso.

Enseguida, plantea el quejoso que la decisión cuestionada también invade la competencia que es privativa de los jueces del Tribunal de Juicio Oral, lo que surge cuando sostienen que “... frente a la posibilidad de una nueva sentencia condenatoria, el Tribunal Oral en lo Penal deberá tener presente las limitaciones de no agravar la pena impuesta en la sentencia que se anula ...”, de lo que se sigue que la Corte pretende limitar la decisión del tribunal no inhabilitado que conozca del nuevo juicio en torno a la entidad de la pena, a una que no supere la impuesta en el fallo que ha sido invalidado.

SEGUNDO: Que la sentencia pronunciada por los recurridos, consigna en sus racionios que la negativa de incorporar como prueba el oficio N°3059/2009, de 10 de agosto de 2009, de la Fiscalía de Calama, en que se solicitó autorización para no perseverar en la investigación por falta de credibilidad de la víctima con relación al informe del servicio Médico Legal, y la declaración del fiscal titular de la causa, Pablo Medina Álvarez, cuya opinión debía estimarse como una apreciación informada de una persona con destrezas especiales para ponderar

una declaración, cercenó parte de los antecedentes que pudieron ser determinantes para la evaluación de la credibilidad del relato de la víctima.

TERCERO: Que, acorde a ello, los jueces resolvieron acoger el recurso de nulidad promovido por la defensa, por la causal principal del artículo 374, letra c), del Código Procesal Penal, reponiendo la causa al estado de realizarse una nueva audiencia preparatoria de juicio oral, debiendo incluirse en el auto de apertura el oficio N°3059/2009 de la Fiscalía Regional de Calama y la declaración del testigo Pablo Medina Álvarez, fiscal titular de la causa, sin perjuicio de las demás que procedan, por el juez no inhabilitado que corresponda, e instruyó al Tribunal Oral en lo Penal que deba conocer del nuevo juicio, tener presente la prohibición de hacer más gravosa la situación jurídica del imputado en la nueva sentencia.

CUARTO: Que, como se advierte, el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, al ordenar la incorporación de pruebas al auto de apertura del juicio oral, se aparta de las normas que rigen su procedencia y exclusión en el nuevo sistema procesal penal y de paso se inmiscuye en la competencia que es propia del tribunal de garantía para decidir, autónomamente, el contenido del auto de apertura del juicio oral.

QUINTO: Que lo propio acontece al delimitar las facultades del tribunal oral, restringiendo las prerrogativas de que están investidos para, entre otras materias y en el evento de dic-

tar un fallo condenatorio, determinar el quantum de la pena, impidiéndole sancionar al imputado a una pena más gravosa a aquella determinada en el juicio anulado, en todo caso, inferior a la requerida por el Ministerio Público.

SEXTO: Que, en este sentido, cuando el tribunal de alzada participa de propia iniciativa, en un asunto que no está en la esfera de sus atribuciones, se inmiscuye en el normal desenvolvimiento del proceso, sobrepasando la competencia que le acuerda el sistema procesal y, de paso, afecta su imparcialidad.

SÉPTIMO: Que como se ha analizado hasta aquí, aparece evidente que los jueces de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, al dictar la sentencia de veinticinco de mayo de dos mil diez, escrita de fojas 11 a 14 del cuaderno agregado, han vulnerado una frontera infranqueable en el ejercicio de sus atribuciones, incurriendo en falta y abuso grave que amerita a este tribunal para hacer uso de las facultades disciplinarias para proceder de oficio, que le acuerda el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, **PROCEDIENDO ESTA CORTE DE OFICIO, SE DEJA SIN EFECTO** la resolución de veinticinco de mayo de dos mil diez que falló el recurso de nulidad instaurado en la causa RIT 26-2010, RUC 0900387823-3, del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, ingresado a la Corte de Apelaciones

de esa ciudad bajo el N°134-2010 RPP, reponiéndose el procedimiento al estado que el tribunal no inhabilitado que corresponda se pronuncie, conozca y falle, conforme a derecho, el recurso de nulidad entablado por la defensa del condenado en el referido proceso.

Déjase sin efecto la orden de no innovar concedida a fojas 96.

No se dispone la remisión de los antecedentes al Pleno de este tribunal, por estimar que no existe mérito suficiente para ello.

Se previene que el Ministro señor Rodríguez fue de parecer de enviar tales piezas al tribunal Pleno, como lo ordena el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, por ser esta materia de su exclusiva competencia.

Comuníquese por la vía más expedita esta resolución a la Corte de Apelaciones de Antofagasta y al Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Antofagasta.

Sin perjuicio, agréguese copia autorizada de la misma a las actuaciones extraídas de la causa N°134 – 2010 RPP, rol de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, tenidos a la vista y devuélvaselos en su oportunidad.

Regístrese, archívese y devuélvase sus agregados.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch.

Rol N°4012-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. No firma el Ministro Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. CONTROL DE IDENTIDAD Y DELITO FLAGRANTE

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

No se observa ilegalidad en la actuación policial si en el contexto de un control de identidad, luego de consultársele sobre las especies que mantenía visiblemente en su poder, el imputado de manera espontánea responde que las había sacado de la propiedad ubicada tras la reja donde se encontraba, lo que se constata luego con el morador del inmueble.

Durante el control de identidad, la persona controlada no revestía la calidad de imputado, al tenor de lo dispuesto en el artículo séptimo del Código Procesal Penal, vale decir, al requerírsele información acerca de las especies que mantenía en su poder, no se le atribuía participación alguna en la comisión de un hecho punible, del que ni siquiera se tenía conocimiento.

Es su reconocimiento espontáneo el que hace variar la situación jurídica y desencadena una detención en situación de flagrancia al surgir los elementos de ostensibilidad e inmediatez que ésta requiere.

Texto Completo:

Santiago, a veintisiete de septiembre de dos mil diez.

VISTOS:

En estos autos, rol único 1000066764-7 e interno del tribunal 35 - 2010, se registra la sentencia dictada en procedimiento ordinario por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de San Antonio, de nueve de junio de dos mil diez, que en lo decisorio condenó a Marcelo Andrés Rojas Méndez a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la

condena, más el pago de las costas del litigio, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en dependencias de un lugar destinado a la habitación, en grado de frustrado, perpetrado el veinte de enero del año en curso, en la ciudad de San Antonio.

En contra de esa decisión, el defensor penal público, señor Iván Seperiza Wittwer, en representación del imputado, dedujo un recurso de nulidad fundado en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal.

Este tribunal estimó admisible el recurso y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece a fojas 53.

La audiencia pública se verificó el siete de septiembre último, con la concurrencia y alegatos del defensor penal Claudio Fierro, por el sentenciado Rojas Méndez y el abogado Hernán Ferrera Leiva, por el Ministerio Público.

Luego de la vista del recurso, se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 56.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad interpuesto en el libelo de fojas 27 a 41 de estos antecedentes, se sustenta en la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, concretando el defecto en la inobservancia a los artículos 5°, inciso 2° y 19, Nros. 3° y 7°, letra f), de la Constitución Política de la República, en conexión, además, con lo preceptuado en los artículos 8.2, letra g), de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14.3, letra g), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 85, 91 y 93, letra g), del Código Procesal Penal.

Asegura el compareciente que, en la especie, hubo una afectación de garantías constitucionales que se materializa o concreta en un actuar policial ajeno a los requerimientos de los artículos 85 y 91 del Código Procesal Penal, disposiciones destinadas a proteger los derechos del imputado a guardar silencio y a un procedimiento e investigación racionales y justos, lo que surge del relato de dos policías que declaran en el juicio contra su mandante quienes reco-

nocen haber practicado un control de identidad al imputado; sin embargo, excedieron las facultades que les confiere el artículo 85, antes citado, pues una vez que se identificó al encartado, continuaron practicando labores de indagación.

Al efecto relata que, sin estar facultados, lo interrogaron sobre el origen de las especies que portaba, infringiendo el artículo 91 del estatuto procedimental criminal, examen que se verificó sin previa lectura de derechos, sin la presencia de abogado y, por último, sin que los carabineros intervinientes hayan arbitrado las medidas necesarias para que lo hiciera ante el fiscal, de manera que no puede decirse que su testimonio haya sido libre y espontáneo.

Aduce que esta situación revela un atropello a las normas que orientan el proceder de la policía uniformada, ilegalidad que debió ser constatada en su momento por el juez de garantía o salvada por el tribunal del juicio oral, dejando de valorar, positivamente como ocurrió, la presunta espontánea confesión del inculcado.

Sostiene que la protección de la corrección e integridad del procedimiento no se agota con el pronunciamiento sobre la legalidad de la detención, efectuada en la audiencia de control ante el tribunal de garantía, o con la exclusión de pruebas por haber sido obtenidas con vulneración de garantías, sino que, de conformidad a lo que dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal, puede y debe prescindirse de ella en el litigio mismo.

Afirma que esta actuación afectó en su esencia el núcleo del derecho del enjuiciado a guardar silencio y a que su declaración sea prestada ante el defensor y ante el fiscal de la causa, o bien, ante la policía, pero con autorización del fiscal, incorporándose al juicio una confesión mal habida a través de los dichos de carabineros, fundando en definitiva una decisión judicial desfavorable.

A este respecto, manifiesta que el dictamen erróneamente consigna que los funcionarios no habrían incurrido en ilegalidad alguna, sino que estaban frente a un “procedimiento policial preventivo, en el cual, los policías controlaron la identidad del acusado ... ocasión en la cual, sostuvieron un breve diálogo con Rojas Méndez, que en caso alguno puede considerarse como un interrogatorio, -de aquellos a los que hace alusión el artículo 91 del CPP- sino sólo parte de las gestiones propias del control ya mencionado, el cual, por lo demás, se ajustó plenamente a derecho, según declaró el tribunal de garantía de esta ciudad, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal. A mayor abundamiento, dichos sentenciadores estiman que “esperar una actitud totalmente silente por parte de los efectivos policiales al momento de realizar el control de identidad resulta abiertamente contraria a las normas de la lógica, ya que significaría restringir al extremo las facultades policiales, máxime si se considera que todo aconteció en un lapso de tiempo muy breve, en el mismo sitio del suceso, lo que impidió que se vulnerara derecho alguno por parte de los carabine-

ros involucrados.” A su turno, refiere que el mismo quebranto se plasma en el Considerando Décimo Quinto cuando dice, “... el Tribunal tendrá por configurada a favor del acusado la atenuante contemplada en el artículo 11 N°8 del Código Penal, ya que efectivamente, al ser sorprendido por los efectivos policiales, Rojas Méndez confesó inmediatamente el origen de los faroles que portaba, dichos que fueron ratificados por los Carabineros, quienes en el acto se dirigieron hacia el domicilio y consultaron al propietario si las especies le pertenecían, este respondió afirmativamente, y de este modo ratificaron la espontánea declaración del acusado, lo que permite configurar a su favor la atenuante invocada”.

Con tales argumentos, en la conclusión, solicita se anule el juicio y la sentencia, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrar una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado, excluyéndose de su conocimiento toda referencia a los antecedentes obtenidos del interrogatorio efectuado al imputado por los carabineros José Luis Vergara Díaz y Rodrigo Andrés Quinteros Higuera, el veinte de enero de dos mil diez.

SEGUNDO: Que a fin de acreditar la preparación del recurso y las circunstancias constitutivas de la causal invocada, el recurrente ofreció prueba consistente en:

1.- Registro de audio de la audiencia de control de detención de 20 de enero de 2010, ante el juzgado de garantía de San Antonio, RUC

1000066764-7, RIT 347-10, minuto 00.01 a 11.00;

2.- Registro de la audiencia de preparación de juicio oral de 14 de mayo de 2010, minuto 00.01 a 36.30;

3.- Registro de la audiencia de juicio oral de 4 de junio de 2010 ante el tribunal oral de San Antonio, mismo RUC, RIT 35-10:

a) pista 4 “apertura defensa” de 02.05 minutos,

b) pista 6 “declaración testigo Aníbal Riquelme Carreño” de 18.49 minutos,

c) pista 7 “declaración testigo José Luis Vergara Díaz” de 24.17 minutos,

d) pista 8 “declaración testigo Rodrigo Quinteros Higuera” de 18.16 minutos, y

e) pista 10 “clausura defensa acusado” de 06.16 minutos.

TERCERO: Que, sin embargo, al inicio de la vista de la causa, el recurrente se desistió de la totalidad de la prueba ofrecida, conviniendo, no obstante, con el representante del Ministerio Público, que las circunstancias constitutivas de la causal fueron formalmente reclamadas en la audiencia de control de la detención del imputado y en la de preparación de juicio oral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 377, inciso primero, del Código Procesal Penal.

CUARTO: Que el libelo de nulidad descansa únicamente en la causal contenida en la letra a) del artículo 373 del Estatuto procesal del ramo,

esto es, cuando en cualquier estado 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, centrando sus reclamos en la vulneración a los derechos del imputado a guardar silencio y a un procedimiento e investigación racionales y justos, afectación que se origina el día de la detención del imputado y se reproduce y materializa, finalmente, en la decisión de condena, sustentada en prueba de cargo que se habría obtenido con infracción de garantías fundamentales.

QUINTO: Que el artículo 85 del Código Procesal Penal regula el denominado procedimiento de “*Control de Identidad*”, cuya finalidad es establecer con certeza la individualización de un sujeto determinado, a fin de obtener con arreglo a derecho y por lo que éste pueda proporcionar, antecedentes o medios probatorios ya para la indagación de presuntos, pero específicos, hechos punibles, ya sobre la individualidad de las personas que pudieron o se aprestaren a cometerlos, constituyendo una verdadera medida de seguridad o resguardo, de antecedentes, pruebas o información, que llega a su fin al establecerse la correspondiente identidad del sujeto. Durante este procedimiento, añade la norma, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle. Por último, establece que se procederá a la detención,

sin necesidad de orden judicial, de quienes sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis de flagrancia del artículo 130 del Estatuto procesal penal así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente.

SEXTO: Que, por su parte, el artículo 130 del Código Procesal Penal autoriza la detención por cualquier persona en caso de flagrancia, debiendo entenderse que se encuentra en tal situación aquél que actualmente se encuentra cometiendo un delito, el que acabare de cometerlo, el que huyere del lugar de comisión del mismo y fuere designado por el ofendido u otra persona como su autor o cómplice, el que en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar de su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y el que las víctimas de un delito que reclamen auxilio o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.

SÉPTIMO: Que de acuerdo a los antecedentes que arroja la causa y lo expuesto por los intervinientes, no hay duda alguna que la actuación policial que se critica se inicia en el marco de un control de identidad. En el contexto de esa actuación, el imputado, luego de consultársele sobre las especies que mantenía visiblemente en su poder, de manera espontánea responde que las había sacado de la propiedad ubicada tras la reja donde

se encontraba, lo que se constató luego del diálogo con el morador del inmueble.

OCTAVO: Que tal como lo expresara el representante del Ministerio Público en estrados, durante el control de identidad, Rojas Méndez no revestía la calidad de imputado, al tenor de lo dispuesto en el artículo séptimo del Código Procesal Penal, vale decir, al requerírsele información acerca de las especies que mantenía en su poder no se le atribuía participación alguna en la comisión de un hecho punible, ni siquiera de éste se tenía conocimiento. Es en ese contexto que aquél cuya identidad es controlada, revela voluntariamente haber tenido intervención en el delito materia de la indagación, lo que desencadena una detención en situación de flagrancia al surgir los elementos de ostensibilidad e inmediatez que ésta requiere.

NOVENO: Que, en tal escenario, y en lo atinente a lo resuelto por los Jueces del Tribunal del Juicio Oral en la sentencia respecto de este tópico, ellos afirman que "... en el marco de las labores preventivas llevadas a cabo regularmente por los funcionarios policiales, con el fin de proteger a la población de la perpetración de posibles ilícitos, los Carabineros realizaron un control de identidad a un hombre, mayor de edad, que se encontraba a altas horas de la madrugada a la salida de una casa particular con diversas especies en su poder, todas circunstancias que motivaron su intervención, por lo que se le solicitó la cédula de identidad al señor Rojas Méndez, y se sostuvo un breve diá-

logo con el mismo, en que el acusado les reveló espontáneamente el origen de los faroles que portaba ...”, “... que en caso alguno puede considerarse como un interrogatorio, -de aquellos a los que hace alusión el artículo 91 del Código Procesal Penal- sino sólo parte de las gestiones propias del control ya mencionado...”.

DÉCIMO: Que, en consecuencia, las diligencias realizadas por los órganos policiales se encontraban amparadas por las disposiciones en análisis y, por ende, en el contexto de un control de identidad habrían procedido en estricta sujeción a la ley, deteniendo a quien en esa actuación, espontáneamente manifestó ser autor de un delito.

UNDÉCIMO: Que, en todo caso, el último argumento del compareciente en que sustenta su reproche no hace más que evidenciar la coherencia de la argumentación del fallo, pues la misma espontánea confesión del enjuiciado condujo a que, al momento de la determinación de la pena, se le favoreciera con la atenuante de responsabilidad del artículo 11, N°8, del Código Penal.

DUODÉCIMO: Que los fundamentos de la decisión cuya nulidad se pretende fueron reclamados oportunamente, y sólo convencen a este tribunal que en la sede procesal correspondiente se discutió la validez de la obtención de la evidencia, pero no hubo pronunciamiento alguno del tribunal de garantía acerca de su ilicitud, que afectare la legalidad de la detención o bien que condujera a su exclusión, en la audiencia de pre-

paración del juicio oral, en los términos del artículo 297 del Código del ramo.

DÉCIMO TERCERO: Que, por último, parece necesario enfatizar que el tribunal oral no puede excluir pruebas si ello no se hizo en sede de garantía, así como tampoco puede dejar de valorar la legalmente producida e incorporada en la audiencia de juicio oral, como parece sugerir la defensa, pues el legislador manda hacerse cargo de toda la prueba producida, sin perjuicio, claro está, que pueda desestimar alguna indicando las razones que tuvo en cuenta para ello.

DÉCIMO CUARTO: Que en tal virtud, contrariamente a lo aseverado por el recurrente, fluye de manera inequívoca que el veredicto impugnado no vulneró los principios invocados ni se sustenta la decisión en una prueba incriminatoria que encuentre su origen en diligencias o actuaciones declaradas nulas o bien obtenidas sin respetar determinadas garantías constitucionales, por lo que resulta inconcuso que las alegaciones de invalidación apoyadas en la causal impetrada aparecen carentes de fundamento, lo que conduce inequívocamente al rechazo del recurso.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 372, 373, letra a), 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el defensor penal público Iván Seperiza Wittwer, en representación del imputado Marcelo Rojas Méndez, en contra

de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal Oral en Lo Penal de San Antonio, el nueve de junio de dos mil diez, declarándose que ella no es nula.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del Ministro señor Nibaldo Segura Peña.

Rol N°4600 - 10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. No firma el Ministro Sr. Künsemüller, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema Srta. Ruby Vanessa Saez Landaur.

RECURSO DE QUEJA ACOGIDO. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 360 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. PRONUNCIAMIENTO SOBRE CUESTIONES NO PLANTEADAS EN EL RECURSO DE APELACIÓN

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

El artículo 360 del Código Procesal Penal, al reglamentar las decisiones sobre los recursos, indica de modo expreso que el tribunal que conociere de ellos sólo podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole vedado extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado, salvo en los casos previstos en la aludida disposición y en el artículo 379, inciso 2°, del mismo cuerpo legal.

El principio de contradicción, integrante del debido proceso, impide al tribunal cualquier iniciativa dirigida a controvertir de propia iniciativa un asunto que no ha sido planteado ni discutido por ninguno de los intervinientes, en este caso, el giro de los cheques y sus protestos notificados en tiempo y forma.

Texto Completo

Santiago, dieciséis de junio de dos mil diez.

VISTOS:

En estos autos N°1123-2010, se ha conocido el recurso de queja entablado en lo principal de fojas 20 a 28, por el abogado Luis Toledo Ríos, Fiscal Regional (s) del Ministerio Público de O'Higgins, en causa criminal por el delito de giro doloso de cheques, seguido ante el Tribunal de Garantía de San Vicente de Tagua Tagua, RIT N°1793-2008, RUC N°0810018982-9, en contra de los Ministros señores Raúl Mera Muñoz y Miguel Vásquez Plaza y del abogado integrante don Juan Guillermo Briceño Urra, en razón de las faltas o abusos en que incurrieron al decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa de la enjuiciada Clau-

dia Aline Celsi Horta, contra la sentencia de primer grado pronunciada en un procedimiento abreviado.

A fojas 32, los jueces recurridos informan respecto de los dos capítulos que motivan la queja, esto es, el consistente en la infracción al artículo 360 del Código Procesal Penal y aquel relativo a la disminución de las posibilidades de actuación del Ministerio Público, estimando que el arbitrio debe ser rechazado en todos su extremos.

A fojas 37 se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el compareciente refiere que el proceso en que incide la queja se inició por querrela interpuesta por René Armando González Colipi, con ocasión del giro de cinco

documentos mercantiles que no fueron pagados al presentarse al cobro por haberse dado respecto de ellos orden de no pago por extravío. La querella fue admitida a tramitación, formalizándose la investigación por los hechos delictuosos que más tarde sustentaron la acusación.

Alude que en la audiencia de preparación del juicio oral se acordó resolver el asunto conforme a las reglas del procedimiento abreviado, dictándose sentencia por el tribunal de garantía que condenó a la imputada a quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa de cinco unidades tributarias mensuales y a la accesoria de cargo u oficio público durante el tiempo de la sanción corporal.

Contra ese dictamen se alzó la defensa solicitando la absolución de su representada, aduciendo que no existía en la investigación informe alguno de la institución bancaria respectiva y que el uso de la cuenta corriente involucrada correspondía en realidad al padre de la encausada. En subsidio, instó por que se estimaran concurrentes dos circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal, a fin de permitir la rebaja del castigo y, por último, se prescindiera de la multa impuesta.

Los recurridos, por sentencia de veintiséis de enero de dos mil diez, resolvieron revocar la decisión del a quo y absolver a la imputada de la acusación formulada en su contra.

Sostiene el quejoso que los jueces de segundo grado incurrieron en falta o abuso grave al resolver el asunto

excediendo su competencia, con infracción al artículo 360 del Código Procesal Penal, pues sustentan su pronunciamiento en cuestiones no planteadas en la apelación, lo que se patentiza en el fundamento cuarto del fallo objetado, donde reconocen que fue innecesario examinar los argumentos de la defensa.

Estima que al mismo resultado se arriba analizando exclusivamente las normas del procedimiento abreviado, pues en su reglamentación -artículo 414 del Código Procesal Penal-, explícitamente se autoriza al sentenciador de apelación para revisar la concurrencia de los supuestos de su procedencia, aunque no fuere materia de algún recurso, disposición excepcional que corrobora la regla que se viene afirmando, pues de no permitirse expresamente por el legislador dicha actuación oficiosa, ella estaría proscrita.

SEGUNDO: Que, por el segundo capítulo de queja, el oponente denuncia que el proceder de los jueces es constitutivo de falta o abuso, pues provocó una disminución de las posibilidades de actuación del acusador. A este respecto refiere que el procedimiento abreviado constituye para los litigantes un acuerdo que tiene como fundamento para el persecutor la satisfacción razonable de la pretensión punitiva y, para la defensa, normalmente, la disminución de ella. Explica que la base del convenio es, sin duda, el mérito de los antecedentes que constan en la investigación y conforme a los cuales el órgano jurisdiccional resuelve, de modo que el quebrantamiento de las condicio-

nes en que se acuerda y desenvuelve el procedimiento limita las posibilidades de actuación de los intervinientes. Acorde a ello, asevera que la discusión planteada por la defensa para la segunda instancia no tocaba los puntos en que los recurridos fundan su decisión.

Finalmente, puntualiza que la querrela se presentó con los cheques protestados y las copias de la gestión preparatoria, la que fue examinada por el tribunal y declarada admisible, remitiéndola con dichos instrumentos al Ministerio Público, donde se mantienen bajo régimen de custodia para asegurar su integridad, como se hace con las evidencias de todo tipo. Atendiendo a esos fines de custodia, fueron incorporados en la carpeta investigativa únicamente copias de los cheques protestados, autorizadas por el tribunal civil que conoció de la gestión previa.

Con tales argumentos, solicita se acoja el recurso de queja, procediendo esta Corte de acuerdo a sus facultades disciplinarias a dejar sin efecto el dictamen que lo motiva, ordenando reponer la causa al estado que un tribunal no inhabilitado conozca y resuelva, conforme a derecho, el recurso de apelación instaurado por la defensa.

TERCERO: Que, informando los jueces respecto del acápite que se vincula a la infracción al artículo 360 del Código Procesal Penal, expresan que se les reprocha haber fallado ultrapetita, es decir, bajo el manto de la queja se intenta una casación en la forma que la ley no contempla; en

todo caso, sostienen que la decisión no se aparta de lo pedido, sino que su fundamento jurídico es diverso del esgrimido por el apelante. En este sentido indican que la defensa solicitó la revocación del fallo y la absolución de la acusada puesto que no existió ánimo de defraudar “que conste en la carpeta investigativa”, entendiendo los jurisdicentes de alzada que en ella no constaba nada, ya que los cheques no estaban y se trata de delitos eminentemente formales. Señalan que si bien el defecto superaba lo que detectó la defensa, también lo incluía, pues no constando los documentos no puede darse por acreditada ni la materialidad de su giro ni el dolo que le es propio.

Aseveran que la limitación del artículo 360 del Código Procesal Penal, en lo que toca a la apelación, alcanza a las peticiones, pero no a los fundamentos, particularmente si se acoge el recurso, porque el de la especie no tiene causales y el análisis jurídico es siempre tentativo y no constituye más que una argumentación que lo legitima para efectos de su admisibilidad. Además, estiman que la facultad de los jueces de ir más allá de los argumentos de la defensa, no de las peticiones, es un resultado ineludible de la coherencia interna del código y de la totalidad del sistema. En efecto, el mismo artículo 360 contiene una excepción, que detalla el artículo 379 a propósito del recurso de nulidad, donde se consigna de manera expresa que es posible acoger el recurso por un motivo distinto del invocado, porque tal arbitrio sí tiene causales y es de derecho estricto.

Añaden que en la apelación, la ultra-petita puede tener lugar sólo en lo resolutivo, porque no hay más cuestiones sometidas a la decisión que las concretas solicitudes; en este caso, de absolución, lo demás es fundamentación.

Afirman que si el recurso de nulidad puede ser acogido por el tribunal ad quem por una causal diferente a la invocada, para favorecer al imputado, no parece lógico que en la apelación no pueda ocurrir lo propio; pues consideran que el espíritu del artículo 360, en lo relativo a la apelación, al menos del imputado, no puede ser limitado sino a las peticiones, no a los argumentos, mucho menos cuando los hechos en que se sustente la Corte no estén debatidos, como en este caso, porque nadie negó que los cheques no estaban, entonces el pronunciamiento fue consecuencia de una cuestión de derecho.

En cuanto al segundo segmento de la queja, los informantes manifiestan que el recurso descansa sobre un error jurídico, cual es suponer que la prueba se puede producir en el tribunal de alzada. Al respecto dicen que la absolución se decidió porque los cheques no estaban en la carpeta de investigación al momento de su examen por el Juez de Garantía, falencia que también se produce en segundo grado. Como en la especie se trataba de un delito formal que exige la presencia de los documentos ante el magistrado para que pueda apreciarlos y revisarlos, su ausencia ya no podía remediarse por la improcedencia de rendir prueba en la alzada, cualquiera fuera la argumentación del

recurso; por lo que consideran que su proceder no perjudicó las posibilidades de actuación del acusador.

CUARTO: Que para la adecuada resolución del asunto es menester consignar los siguientes antecedentes que constan en la causa RUC N°0810018982-9, RIT N°1793-2008, en que incide este recurso:

1°.- El treinta y uno de diciembre de dos mil nueve, Claudia Aline Celsi Horta fue condenada por el Juez de Garantía de San Vicente de Tagua Tagua, en procedimiento abreviado, a quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena, multa de cinco unidades tributarias mensuales y a satisfacer las costas de la causa, como autora de cinco delitos de giro doloso de cheques.

2°.- Según se advierte de la aludida sentencia, la defensa instó por la absolución de la imputada reclamando vulneración del principio de congruencia, toda vez que, en su concepto, la formalización de la investigación diferiría de los términos de la acusación; enseguida solicitó la absolución porque al momento de proceder al giro de los documentos contaba con diecinueve años de edad y ejecutó tal hecho a instancias de su padre, quien fue la persona que le abrió la cuenta corriente, por lo que dada su inmadurez no estaba en condiciones de conocer el destino de los cheques que giró; y, por último, en el evento de ser condenada, pidió la imposición de una pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y multa de una unidad

tributaria mensual, dada su precaria situación económica.

3°.- Contra la resolución condenatoria, la defensoría penal pública, en representación de la acusada, dedujo un recurso de apelación por el cual pide se revoque el dictamen del inferior y se la absuelva “por ausencia de ánimo de defraudar y ausencia de los elementos del delito, sin que exista prueba para darlos por establecidos”, en subsidio “se rebaje la pena, otorgando a las atenuantes del artículo 11 N°6 y 9, Código Penal, que le beneficien, la aptitud de rebajar en dos grados la pena y condenarla en definitiva a una pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo”. Por último, “se deje sin efecto la multa, por no encontrarse contemplada en la norma legal del artículo 22 de la ley de Cheques” y “se revoque la sentencia en aquella parte que condena al pago de las costas de la causa”.

4° Sustentan el indicado arbitrio las siguientes argumentaciones: a) que en la carpeta investigativa constan la gestión civil de notificación de protesto, los cheques, la querrela, la declaración de la imputada y de su madre y un correo electrónico enviado por el padre de la enjuiciada; b) que la misma carpeta consigna que Celsi Horta es una joven de diecinueve años, que obtuvo cuenta corriente y que era su progenitor quien operaba con ella, quien reconoce que la utilizaba para sus negocios, algunos cheques se extraviaron y que incluso él mismo los llenaba; c) que no existe informe alguno de la institución bancaria respectiva acerca de los documentos, d) que el delito

de giro doloso de cheques no puede constituir una figura formal y que requiere satisfacer elementos que le son propios, lo que en la especie no acontece; e) que la encartada no giró los cheques en forma íntegra ni tiene relación comercial con el querellante, y las órdenes de no pago fueron inducidas por información que le entregó su padre respecto de los documentos que le facilitó.

5° El veintiséis de enero de dos mil diez, la Corte de Rancagua revocó la sentencia del tribunal de garantía y, en su lugar, absolvió a la imputada, teniendo para ello en consideración que, tratándose de un delito formal, resulta indispensable que se cuente materialmente con los efectos mercantiles materia del giro fraudulento, los que debía ser examinados en original por el juzgador, análisis que tampoco pudo efectuar la Corte dado que no estaban en la carpeta de investigación del Ministerio Público, la que requirió, obtuvo y examinó en la misma audiencia. Si bien se ofrecieron para el futuro juicio oral, el no llegó a realizarse por lo tanto nunca se rindió esa prueba. De este modo concluye que los delitos no llegaron a establecerse siendo insuficiente toda copia con que se pueda contar y cualquier reconocimiento de la acusada al respecto “lo que obliga a dictar sentencia absolutoria a favor de Claudia Celsi, haciéndose innecesario analizar los argumentos de su defensa.”

QUINTO: Que el artículo 360 del Código Procesal Penal, al reglamentar las decisiones sobre los recursos, indica de modo expreso que el tribunal que conociere de ellos sólo

podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole vedado extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado, salvo en los casos previstos en la aludida disposición y en el artículo 379, inciso 2°, del mismo cuerpo legal. En efecto, el tribunal superior sólo puede revisar los puntos de hecho y de derecho considerados en la resolución y que hayan sido impugnados a través del recurso (María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle: *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año 2004, página 370), puesto que el fundamento de una apelación no es otra cosa que la expresión de los agravios que al recurrente provoca la decisión que se reclama. La norma en análisis contiene, entonces, una severa limitación a las otrora más amplias facultades que les otorgaba a los jueces un sistema procesal inquisitivo. Con ella, precisamente, se impide a los jueces resolver “ultra petita”, término utilizado por el legislador en la discusión parlamentaria, al respecto así lo recuerda Emilio Pfeffer en su *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*, 2ª. Edición, pág. 540 -lejos del terreno del recurso de casación-, como se argumenta en el informe correspondiente, sino como énfasis en lo que la norma veda: no extender el efecto de la decisión en los recursos que autoriza a **cuestiones**, o, como lo entiende nuestro léxico, a los puntos, asuntos o materias dudosas o discutibles propuestas en un debate y que deben ser resueltas, en clara correspondencia con los **fundamentos** de lo pedido, o

más allá de sus límites. Por voluntad legislativa, se contemplaron escasas excepciones en la misma disposición, pero ellas no vienen más que a confirmar la regla general. Consiguientemente, la norma en cuestión resulta ser absolutamente coherente con el nuevo sistema procesal penal y no se produce lo contrario, como también se informa.

SEXTO: Que de lo expresado se concluye que el tribunal que conoce de un recurso debe limitarse a los argumentos que el recurrente esgrime en su escrito de formalización y en la audiencia respectiva, de manera que lo expuesto pueda ser siempre conocido por el o los demás intervinientes, controvertido o complementado. Lo dicho no es otra cosa que la manifestación del principio de contradicción, integrante del debido proceso, de manera que al tribunal le está vedada cualquier iniciativa tendiente a controvertir cuestiones que los comparecientes dan por suficientemente satisfechas y que no caen dentro de las excepciones al principio general antes reseñado expresamente consignadas por el ordenamiento procesal criminal.

SÉPTIMO: Que, por lo demás, el Ministerio Público dispone de un plazo para reunir todos los elementos necesarios para establecer el hecho ilícito, así como la participación del delincuente e incluso, para determinar la existencia de circunstancias especiales que puedan atenuar, modificar o eximirlo de responsabilidad. Por su parte, la defensa tiene garantizado el derecho para acceder a todos los medios de prueba que se han reunido

en la investigación, con el preciso objeto de controvertirlos, refutarlos, o simplemente explicarlos.

Lo anterior cobra aún más relevancia en los asuntos como el sub lite que se desarrollan conforme al procedimiento abreviado, el que se erige sobre el acuerdo entre el persecutor y el imputado, quien debe prestar su consentimiento en torno a los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la indagación que la funden. Esto significa que, en conocimiento de los mismos, el acusado debe aceptarlos expresamente y prestar así su conformidad con la aplicación de esta especial forma de enjuiciamiento; aceptación que, por lo demás, sólo significa que la materialidad y sustancia de los mismos queda excluida del debate, sin perjuicio de la ponderación que de ellos se efectúe y las consecuencias jurídicas que pudieren devenir, labor que en definitiva queda entregada al juez de garantía.

Al respecto debe considerarse que de acuerdo a lo previsto en el artículo 411 del estatuto del ramo, una vez acordado este procedimiento el juez debe abrir debate entre los intervinientes, quienes siempre tienen la posibilidad de hacer alegaciones o interpretaciones sobre los hechos aceptados por el acusado y los datos de la investigación que los avalan, vale decir, su existencia se reconoce expresamente, no está demás recordar que en todo momento han estado a disposición del defensor.

OCTAVO: Que, en este sentido, cuando el tribunal de alzada se entromete, de propia iniciativa, en un

asunto que no ha sido planteado ni discutido por ninguno de los intervinientes “en este caso, el giro de los cheques y sus protestos notificados en tiempo y forma”, se inmiscuyen en el normal desenvolvimiento del proceso, sobrepasando la competencia que le acuerda el sistema procesal, quebrantando el principio de contradicción y, de paso, afectando su imparcialidad.

NOVENO: Que como se ha analizado hasta aquí, aparece evidente que los recurridos, el fundar su decisión en cuestiones que exceden los términos de la apelación han vulnerado una frontera infranqueable en el ejercicio de sus atribuciones, con lo que incurrieron en una violación a las reglas del debido proceso, constitutiva de falta y abuso grave que hace procedente acoger el recurso entablado.

DÉCIMO: Que, en definitiva, queda establecido que los jueces de la segunda sala de la Corte de Apelaciones de Rancagua, al dictar la sentencia de veintiséis de enero de dos mil diez, que en copia se agrega a fojas 16 y 17, de este cuaderno, incurrieron en falta y abuso grave que autoriza a este tribunal para hacer uso de las facultades disciplinarias que le acuerda el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, **SE ACOGE** el recurso de queja formalizado en lo principal de la presentación de fojas 20 a 28, en consecuencia, se anula la vista de la causa efectuada ante la Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N°3-

2010, el veinticinco de enero de dos mil diez, así como también la sentencia de veintiséis del mismo mes y año, y se retrotrae el procedimiento al estado que una sala no inhabilitada de dicha Corte conozca y resuelva, conforme a derecho, el recurso de apelación entablado por la defensa contra la decisión de treinta y uno de diciembre de dos mil nueve, del Juzgado de Garantía de San Vicente de Tagua Tagua, pronunciada en la causa RIT N°1793-2008, RUC N°0810018982-9.

No se dispone la remisión de los antecedentes al Pleno de este tribunal, por estimar que no existe mérito suficiente para ello.

Se previene que el Ministro señor Rodríguez fue de parecer de enviar tales piezas al Tribunal Pleno, como lo ordena el artículo 545 del Código

Orgánico de Tribunales, por ser esta materia de su exclusiva competencia.

Comuníquese por la vía más expedita esta resolución a la Corte de Apelaciones de Rancagua y al Tribunal de Garantía de San Vicente de Tagua Tagua.

Regístrese, archívese y devuélvase su agregado.

Redacción del Ministro Sr. Nibaldo Segura Peña.

Rol N°1123-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Benito Mauriz A.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RECHAZADO. ENTRADA EN VIGENCIA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN LA REGIÓN METROPOLITANA. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. LEY MÁS FAVORABLE

Tribunal: Tribunal Constitucional

Resumen:

El artículo 407 del Código Procesal Penal no es una norma sustantiva, puesto que la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal no opera automáticamente con el procedimiento abreviado. En todo caso, si se considerara sustantiva, es pertinente tener en cuenta que la gradualidad permitida por el texto del artículo 8° transitorio de la Constitución no distingue, en relación a la Reforma Procesal Penal, entre leyes sustantivas y adjetivas.

Existen votos de minoría por acoger el requerimiento, al entender que la gradualidad en la vigencia del Código Procesal Penal establecida en su artículo 484, en relación con el artículo 4° transitorio de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, y la octava disposición transitoria de la Constitución Política de la República, se refieren a normas tanto sustantivas como adjetivas, pero ambas de carácter procesal, no penal-constitucional, debiendo primar estas últimas.

Texto Completo:

Santiago, treinta y uno diciembre de dos mil nueve.

VISTOS:

Con fecha 18 de mayo de 2009, el abogado Juan Ignacio Piña Rochefort, en representación de Enrique Figueroa Lea-Plaza, ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la frase final del inciso segundo del artículo 484 del Código Procesal Penal, en la causa Rol N°2749-2009, por el delito de conducción en estado de ebriedad, caratulada “Enrique Figueroa Lea-Plaza”, en actual conocimiento de la Corte Suprema en sede de casación.

Expone la requirente que con fecha 13 de agosto de 2008 fue conde-

nado en primera instancia a la pena de trescientos días de reclusión nocturna por el delito de conducción en estado de ebriedad. Señala que de acuerdo a los antecedentes contenidos en la sentencia, el día 8 de enero de 2005, a través de un control vehicular, fue sorprendido conduciendo un vehículo en estado de ebriedad. El informe de alcoholemia realizado por el Servicio Médico Legal arrojó 2,00 gramos por mil; a su vez, el examen intoxylizer 400 dio como resultado 1,55 g/l.

Destaca que en la respectiva declaración indagatoria reconoció los hechos que se le atribuían y por ende su responsabilidad en el delito, y enfatiza que se sometió tanto a la prueba intoxylizer como al examen de alcoholemia de manera voluntaria, pudiendo haberse negado a ello

de acuerdo al artículo 190 de la Ley de Tránsito. Luego, indica que la sentencia que lo condenó aplicó la agravante de reincidencia y descartó la atenuante de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos (artículo 11 N°9 Código Penal), a pesar de que dicha colaboración había existido. La norma cuestionada en el requerimiento, sostiene, habría sido determinante para que se descartara la referida atenuante.

La norma impugnada dispone:

“Artículo 484.- *Entrada en vigencia respecto de hechos acaecidos en el territorio nacional. Este Código comenzará a regir, para las distintas Regiones del país, al término de los plazos que establece el artículo 4° transitorio de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.*

En consecuencia, regirá para las regiones de Coquimbo y de la Araucanía, desde el 16 de diciembre de 2000; para las regiones de Antofagasta, Atacama y del Maule, desde el 16 de octubre de 2001; para las regiones de Tarapacá, de Aisen del General Carlos Ibáñez del Campo y de Magallanes y de la Antártica Chilena, desde el 16 de diciembre de 2002; para las regiones de Valparaíso, del Libertador General Bernardo O'Higgins, del Bío Bío y de Los Lagos, desde el 16 de diciembre de 2003, y para la Región Metropolitana de Santiago, desde el 16 de junio de 2005.”

Expone el actor que el precepto transcrito estableció la entrada en vigencia gradual del Código Procesal Penal en las diversas regiones del país. Esa gradualidad, indica, es legítima cuando afecta a normas

procesales, pero no lo es si con ella se pretende alterar la entrada en vigencia de disposiciones penales de fondo más favorables, como sucedería en la gestión pendiente.

En efecto, señala, la parte final del artículo 407 del Código Procesal Penal dispone, al establecer las normas del juicio abreviado, que “(...)la aceptación de los hechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 406 podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, N°9, del Código Penal.(...)” A su vez, el artículo 406 dispone que uno de los presupuestos para la aplicación del procedimiento abreviado consiste en que el imputado acepte los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la funden.

De esta forma, sostiene la requirente, el artículo 407 del Código Procesal Penal, incorporado por la Reforma Procesal Penal, permitiría conceder la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal a los imputados que se sometan al procedimiento abreviado, lo que no era posible antes de la promulgación de la norma, ya que este procedimiento en una innovación del Código Procesal Penal.

Agrega que una norma que permite apreciar ciertas circunstancias atenuantes -como sería el caso del artículo 407 del Código Procesal Penal-, es más favorable que una ley anterior que no contempla dicha posibilidad.

Así, explica, el artículo 484 del Código Procesal Penal, al establecer

la gradualidad de la aplicación de sus normas, impediría aplicar respecto de ciertas situaciones una pena atenuada. De esta forma, no sólo se estaría violando lo que denomina “principio de favorabilidad” contenido en el artículo 19, N°3, inciso octavo, de la Constitución, sino que también se vulneraría la igualdad ante la ley, ya que sujetos que realizan el mismo delito recibirían penas distintas dependiendo de qué estatuto procesal penal les sea aplicado.

En relación al principio contenido en el artículo 19 N°3°, inciso octavo, de la Constitución, señala que el “principio de favorabilidad” -que se ve expresado en el principio de legalidad-, impone tanto la obligación de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, como una limitación al legislador respecto de las reglas generales de irretroactividad de la ley. De esta manera, afirma, una nueva ley que contiene una nueva atenuante o que establece que nuevos hechos configuran una atenuante existente, debe entenderse como más favorable y su aplicación no puede entregarse al arbitrio del legislador.

Con fecha 20 de mayo de 2009, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento, suspendiendo el procedimiento y pasando los antecedentes al Pleno.

Con fecha 29 de julio se ordenó traer los autos en relación y con fecha 22 de octubre se procedió a la vista de la causa, alegando por la requirente el abogado Juan Ignacio Piña Rochefort.

CONSIDERANDO:

I. LA IMPUGNACIÓN

PRIMERO: Que en el presente requerimiento se impugna la disposición contenida en la frase final del inciso segundo del artículo 484 del Código Procesal Penal, que señala:

“Artículo 484.- Entrada en vigencia respecto de hechos acaecidos en el territorio nacional. Este Código comenzará a regir, para las distintas Regiones del país, al término de los plazos que establece el artículo 4° transitorio de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

En consecuencia, regirá para las regiones de Coquimbo y de la Araucanía, desde el 16 de diciembre de 2000; para las regiones de Antofagasta, Atacama y del Maule, desde el 16 de octubre de 2001; para las regiones de Tarapacá, de Aisén del General Carlos Ibáñez del Campo y de Magallanes y de la Antártica Chilena, desde el 16 de diciembre de 2002; para las regiones de Valparaíso, del Libertador General Bernardo O'Higgins, del Bío Bío y de Los Lagos, desde el 16 de diciembre de 2003, y para la Región Metropolitana de Santiago, desde el 16 de junio de 2005.”

SEGUNDO: Que la gestión pendiente sobre la cual se formula el presente requerimiento de inaplicabilidad consiste en una causa por el delito de manejo en estado de ebriedad. En dicha causa se está tramitando actualmente un recurso de casación (Rol N°2749-2009), interpuesto por el requirente de estos autos para impugnar la supuesta aplicación errónea del derecho en que habría

incurrido un fallo de la Il.ª Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N°5291-2008) al confirmar la sentencia del 22° Juzgado del Crimen de Santiago (ex 31°) (Rol N°186-2005) que lo condenaba como autor del delito de conducir un vehículo motorizado en estado de ebriedad. Consta en la sentencia de primera instancia que el delito se cometió el 8 de enero del año 2005.

TERCERO: Que, según el requirente, el antiguo estatuto penal –que por la fecha de comisión del delito le era aplicable– habría sido determinante para que el juez de primera instancia desechara la atenuante de la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, a pesar de que dicha colaboración se habría proporcionado de manera activa por parte del imputado. Afirma el actor que, en cambio, dicha atenuante sí habría tenido que ser considerada en el contexto del nuevo proceso penal de acuerdo a los artículos 407 y 406 del Código Procesal Penal. Ello, a su juicio, tornaría inconstitucional en este punto la gradualidad de la vigencia del nuevo estatuto penal.

CUARTO: Que, al referirse a la supuesta inconstitucionalidad de la norma impugnada, el requirente aduce que el artículo 484 del Código Procesal Penal vulnera tanto el inciso octavo del N°3 del artículo 19, de la Constitución, en donde se contemplaría lo que denomina “principio de favorabilidad” de las leyes penales, como el principio de igualdad consagrado en el artículo N°21 propio artículo 19 constitucional.

En relación con el principio contenido en el artículo 19 N°3 inciso octavo, señala que *“el artículo 407 del Código Procesal Penal permite conceder una circunstancia atenuante –la del artículo 11 número 9– a aquellos imputados que conociendo de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación los acepten expresamente. Antes de la promulgación de esta norma, ello no resultaba posible, por lo que penalmente se trata de una ley más favorable”* (fs. 11).

Agrega que, considerada en abstracto, la gradualidad de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, no tiene ningún vicio de inconstitucionalidad en la medida que se refiera a normas de carácter procesal. Sin embargo, señala, no podría alterarse, sin infringir la Constitución, la entrada en vigencia de las disposiciones penales de fondo, ya que en ese caso existe un mandato expreso del constituyente que obliga a la aplicación de la ley más favorable.

Luego, en cuanto al principio de igualdad, afirma que la gradualidad de la incorporación del nuevo estatuto penal entrañaría, en este caso, *“...no sólo una violación al principio de favorabilidad establecido en el artículo 19 N°3 inciso 8°, sino que muy especialmente vulnera la igualdad ante la ley, toda vez que sujetos que realizan el mismo hecho y en el marco del proceso realizan el mismo reconocimiento (como el que se presta en la declaración indagatoria) reciben penas distintas según si han sido juzgados conforme a las reglas del Código Procesal Penal o si lo han sido conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal.”* (fs. 12)

QUINTO: Que, como puede apreciarse, el conflicto constitucional se encuentra centrado en la circunstancia de que el requirente estima que el precepto legal impugnado infringe tanto el principio contenido en el artículo 19 N°3°, inciso octavo de la Constitución Política, como el principio de igualdad (artículo 19 N°2° de la misma Ley Fundamental) al permitir, a través de la gradualidad de la entrada en vigencia de un nuevo estatuto penal, que quienes cometieren delitos bajo la vigencia del antiguo estatuto sean castigados con más severidad que aquellos que perpetraren los mismos delitos bajo la vigencia del nuevo estatuto.

II. ANTECEDENTES.

SEXTO: Que el requerimiento de inaplicabilidad formulado ante esta Magistratura sólo cuestiona la constitucionalidad de la frase final del inciso segundo del artículo 484 del Código Procesal Penal. Sin embargo, la impugnación está construida sobre sucesivas remisiones, tanto al artículo 407 del Código Procesal Penal como al artículo 11 N°9 del Código Penal. Ninguna de estas normas ha sido impugnada.

SÉPTIMO: Que, para resolver el presente requerimiento, es necesario tener presente que la Reforma Procesal Penal entró en vigencia para la Región Metropolitana el 16 de junio de 2005; que la atenuante de “colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos”, contenida en el artículo 11 N°9 del Código Penal, entró en vigor el 31 de mayo de 2002 y fue incorporada por la Ley

N°19.806; y que, por último, la fecha de la comisión del delito fue el 8 de enero de 2005.

OCTAVO: Que valga recordar que el procedimiento abreviado es un procedimiento especial regulado en el Título III del Libro IV del Código Procesal Penal, sobre “Procedimientos especiales y ejecución”. El carácter de este procedimiento es el de un procedimiento basado en el consenso, una figura propia del derecho negociado. En ese sentido María Inés Horvitz señala que “...de sistemas fundados, en mayor o menor medida, en los principios inquisitivo y acusatorio se ha ido evolucionando hacia la incorporación progresiva de elementos compositivos en el proceso, instalando un tercer modelo de referencia: el basado en el consenso. En otras palabras, se afirma que el método inquisitivo habría perdido significación para dar lugar a formas procesales que aúnan elementos acusatorios y consensuales”. (Horvitz Lennon, María Inés, y López Masle, Julián; Derecho Procesal Penal Chileno; Editorial Jurídica; Santiago, 2002; pág. 503).

III. LA NORMA IMPUGNADA SE ENCUENTRA VALIDADA POR EL ARTÍCULO 8° TRANSITORIO DE LA CONSTITUCIÓN Y POR LA JURISPRUDENCIA DE ESTE TRIBUNAL.

1. Validación por el artículo 8° transitorio de la Constitución.

NOVENO: Que, como se explicará en este apartado, la aplicación gradual de las leyes procesales tiene sustento en la misma Constitución.

En efecto, el artículo 8° transitorio, introducido por la Ley N°19.519, que Crea el Ministerio Público (D.O.16.09.97), dispone lo siguiente:

“Las normas del capítulo VII “Ministerio Público”, regirán al momento de entrar en vigencia la ley orgánica constitucional del Ministerio Público. Esta ley podrá establecer fechas diferentes para la entrada en vigor de sus disposiciones, como también determinar su aplicación gradual en las diversas materias y regiones del país.

El capítulo VII “Ministerio Público”, la ley orgánica constitucional del Ministerio Público y las leyes que, complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones.” (Las negritas son nuestras).

DÉCIMO: Que, en la discusión legislativa de la Ley N°19.519 (Boletín 1943-07), la Comisión Técnica respectiva del Senado acordó dejar establecidas las siguientes constancias:

“a) que las leyes que regulan los procedimientos ante los tribunales necesarios para la administración de justicia rigen desde su publicación y pueden ser aplicables a hechos ocurridos con anterioridad a tal publicación, a menos que ellas mismas fijen otro efecto en el tiempo, lo cual no vulnera la garantía de igualdad ante la ley;

b) que no es la voluntad del constituyente alterar en la presente reforma constitu-

cional el principio general que queda enunciado en la letra a) precedente;

c) que la mención que se hace en esta disposición Trigesimasexta transitoria, del Código Orgánico de Tribunales y del Código de Procedimiento Penal, no significa que se estime necesario dar rango constitucional a la regulación de los efectos de las leyes procesales en el tiempo, sino que tiene como único y exclusivo propósito despejar dudas acerca del sentido y alcance que se desea dar a los rasgos de simultaneidad y gradualidad de la instauración del nuevo sistema de proceso penal;

d) que las enmiendas que, como consecuencia de esta reforma constitucional, deban introducirse en el Código Orgánico de Tribunales y en el Código de Procedimiento Penal, también podrán aplicarse gradualmente en las diversas regiones del país;

e) que la aplicación de leyes diversas a conflictos similares, hecha por un mismo tribunal, sí atentaría contra la garantía constitucional de igualdad ante la ley.” (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Senado, Boletín 1943-07).

UNDÉCIMO: Que, como se observa, el artículo 484 del Código Procesal Penal no hizo más que aplicar la norma del artículo 8° transitorio de la Carta Fundamental al cuerpo legal respectivo. Así consta en la historia del proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal (Boletín N°1630-07-1), según se pasa a explicar.

En la discusión legislativa del actual Código Procesal Penal, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados escuchó la exposición del entonces decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, don Jaime del Valle, quien se refirió a la aplicación gradual del Código Procesal Penal en los siguientes términos:

“En su opinión, existirá un período en que necesariamente estarán en funciones los dos Códigos, dado que en su concepto sería un grave error considerar la vigencia del nuevo en una misma fecha para toda la República. Si así se pretendiera, ello resultaría prácticamente imposible, no sólo por los recursos económicos que se requerirían en un momento dado, sino también por los recursos humanos que habrá que preparar y adecuar. Le parece conveniente, por tanto, una aplicación gradual del nuevo Código.

Lo anterior no traería menoscabo ni violación del principio constitucional de la igualdad ante la ley, porque las diferencias del sistema procesal no serían arbitrarias, sino, por el contrario, indispensables para su adecuado funcionamiento. Puso como ejemplo el caso de los tribunales letrados de menor cuantía, que se fueron estableciendo gradualmente en el país, en reemplazo de los jueces no letrados de distrito y de subdelegación, a los que terminaron por sustituir en su totalidad.” (Las negritas son nuestras)

DUODÉCIMO: Que, en el proceso de tramitación legislativa, el artículo 484 del Código Procesal Penal fue incorporado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia Y Reglamento del Senado con el objeto

de regular claramente la transición entre ambos sistemas procesales penales.

A propósito de la aplicación diferida, se indicó que en el artículo 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público se establecía un plazo de entrada en vigencia de la reforma procesal penal para las distintas regiones del país.

En efecto, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N°19.640, dispone en su artículo 4° transitorio:

“Artículo 4°.- Las normas que autorizan al Ministerio Público para ejercer la acción penal pública, dirigir la investigación y proteger a las víctimas y los testigos, entrarán en vigencia con la gradualidad que se indica a continuación:

IV y IX Regiones 16 de diciembre de 2000.

II, III y VII Regiones 16 de octubre de 2001.

I, XI y XII Regiones 16 de diciembre de 2002.

V, VI, VIII y X Regiones 16 de diciembre de 2003.

Región Metropolitana 16 de junio de 2005.

Dentro de los plazos indicados, se conformarán gradualmente las fiscalías regionales, de acuerdo con los recursos que se aprueben en las respectivas Leyes de Presupuestos.”

A pesar de que el artículo recién transcrito regulaba expresamente las fechas de entrada en vigencia, la

Comisión decidió, para mayor claridad, consignar dichas fechas de modo expreso en el Código Procesal Penal. (Boletín N°1630-07-1, Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado).

DECIMOTERCERO: Que, por otra parte, la voluntad del constituyente de permitir la vigencia gradual de ciertas reformas legislativas ha sido confirmada por la Ley N°20.245, que modifica el artículo 77 de la Carta Fundamental, para que las leyes procesales que establezcan un nuevo sistema de enjuiciamiento puedan fijar oportunidades diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del país.

DECIMOCUARTO: Que, en efecto, el artículo 77, inciso final, de la Constitución dispone:

“La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento, podrán fijar fechas diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo para la entrada en vigor de dichas leyes en todo el país no podrá ser superior a cuatro años.”

DECIMOQUINTO: Que, en conclusión, y como se profundizará más adelante, el precepto impugnado tiene perfecta cobertura constitucional en la disposición octava transitoria. Dicha posibilidad de gradualidad fue confirmada por la reforma constitucional introducida por la Ley N°20.245, ya citada.

2. Validación por la jurisprudencia de este Tribunal.

DECIMOSEXTO: Que la doctrina expuesta no hace más que reiterar las consideraciones que esta Magistratura formuló en la STC rol N°784. En aquella causa se había presentado un requerimiento de inaplicabilidad en que se cuestionaba la constitucionalidad de la subsistencia respecto de los militares de la norma del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, no obstante la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal. La sentencia rechazó el requerimiento en base a las siguientes consideraciones:

“VIGESIMOCUARTO: Que de las normas reseñadas precedentemente puede inferirse que fue el propio Constituyente quien autorizó diferencias de trato en el juzgamiento por parte de tribunales militares y de otros tribunales mientras no se produjera la adecuación de los primeros a las reglas de procedimiento aplicables a la generalidad de la población del país. Desde esta perspectiva, la legislación que así lo ha reconocido no hace más que aplicar el mandato contenido en la propia Constitución.

(...)

VIGESIMOQUINTO: Que, consecuentemente, desde el punto de vista de la igualdad ante la ley resulta que la diferencia de trato existente entre el inciso primero del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 351 del Código Procesal Penal no sólo resulta razonable en la perspectiva de los tiempos que el propio Constituyente ha querido otorgar al legislador

para adecuar el procedimiento aplicable a la justicia militar a aquél que hoy rige para todo el resto de la población del país, sino que, al mismo tiempo, importa una diferencia objetiva a cuyo conocimiento cualquier persona interesada ha podido tener acceso en forma consecuente con el desarrollo de la nueva reforma procesal penal;"

DECIMOSÉPTIMO: Que, de todos los antecedentes expuestos se deduce que la gradualidad contenida en la norma del artículo 484 del Código Procesal Penal obedece a un expreso mandato constitucional que, por estar contenido en la Constitución, no puede calificarse de inconstitucional. Expresamente, en la elaboración de la norma contenida en el artículo 8° transitorio de la Ley Suprema, se buscó despejar cualquier duda de inconstitucionalidad en la materia.

Esto bastaría para desechar el alegato de vulneración de la igualdad ante la ley. Pero esta Magistratura se hará cargo de los demás alegatos planteados por el requirente.

IV. EL ARTÍCULO 8° TRANSITORIO SE APLICA TANTO A NORMAS SUSTANTIVAS COMO ADJETIVAS.

DECIMOCTAVO: Que el requirente ha planteado que la gradualidad de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, considerada en abstracto, no contiene ninguna inconstitucionalidad. Sin embargo, se tornaría inconstitucional cuando afecta leyes penales de fondo. Así, señala, "*si el Código Procesal Penal contuviere un delito que resultare más*

favorable que una tipificación anterior, ninguna alteración a su vigencia podría haber diferido su aplicación pues la constitución (sic) manda a aplicar la ley penal más favorable desde su promulgación." (fs. 6).

DECIMONOVENO: Que, al razonar como lo hace, el requirente introduce la distinción entre normas penales de fondo y normas simplemente procesales, y plantea que la gradualidad es legítima en la medida que no afecte leyes penales de fondo, todo ello a la luz del artículo 19 N°3, inciso octavo, de la Constitución.

VIGÉSIMO: Que, como se desarrollará más adelante en este fallo, la norma del artículo 407 del Código Procesal Penal no es una norma sustantiva puesto que la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal no opera automáticamente con el procedimiento abreviado.

En todo caso, si se considerara sustantiva, es pertinente tener en cuenta que la gradualidad permitida por el texto del artículo 8° transitorio de la Constitución no distingue, en relación a la Reforma Procesal Penal, entre leyes sustantivas y adjetivas.

VIGESIMOPRIMERO: Que así lo confirma la Ley N°20.245 que, con posterioridad a la Reforma Procesal Penal, modificó el artículo 77 de la Constitución. En esta última se habilitó expresamente al legislador para introducir la aplicación gradual territorial en ciertos casos, pero solamente cuando se tratare de leyes procesales que regularan sistemas de enjuiciamiento.

VIGESIMOSEGUNDO: Que, para facilitar la comparación entre los dos preceptos constitucionales que permiten introducir sistemas diferidos de vigencia, se transcriben a continuación.

El artículo 8° transitorio, relativo a la Reforma Procesal Penal, dispone:

“Las normas del capítulo VII “Ministerio Público”, regirán al momento de entrar en vigencia la ley orgánica constitucional del Ministerio Público. Esta ley podrá establecer fechas diferentes para la entrada en vigor de sus disposiciones, como también determinar su aplicación gradual en las diversas materias y regiones del país.

Por su parte, el artículo 77, inciso final, en su versión reformada, prescribe:

“La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento, podrán fijar fechas diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo para la entrada en vigor de dichas leyes en todo el país no podrá ser superior a cuatro años.”

VIGESIMOTERCERO: Que, como puede apreciarse, la distinción introducida por el constituyente en el nuevo artículo 77 inciso final, no existe en el artículo 8° transitorio. Es decir, pudiendo haber distinguido y existiendo la distinción respecto de otras materias, en relación a las normas del Ministerio Público que a su vez contienen y sustentan las otras normas relativas a la Reforma Pro-

cesal Penal, no se hizo distinción alguna.

Luego, no puede afirmarse que el artículo 8° transitorio de la Constitución es inconstitucional por contradecir lo dispuesto en el artículo 19 N°3, inciso octavo, de la misma Constitución. En aquellos casos debe darse a la Constitución una interpretación armónica que permita la subsistencia de todos sus preceptos.

VIGESIMOCUARTO: Que reafirma lo anterior el tenor del mensaje de la Ley N°20.245 precedentemente citada (Boletín 5560-07):

“(…) que, atendidos los resultados obtenidos a través de la implementación gradual de la reforma procesal penal, se ha llegado al convencimiento que tal habilitación debe ser extendible a otros procesos de reforma que involucren una serie de factores que sólo pueden ser medidos y probados de manera paulatina, permitiendo de esta forma que los grandes cambios propuestos a nivel normativo, logren cristalizarse a través de una implementación adecuada a las realidades políticas, culturales y sociales de la Nación.”

(...)

“En consecuencia, la modificación propuesta apunta a establecer una habilitación constitucional al legislador, de manera explícita, para configurar del modo que sea más conveniente en cada caso, la aplicación progresiva de las leyes procesales que establezcan un nuevo sistema de enjuiciamiento.

En tal sentido, la reforma sometida a vuestra consideración no tiene por

objeto introducir a nivel constitucional una regulación, en términos generales, de los efectos de la ley en el tiempo y en el espacio. Esta es una cuestión que sigue entregada a la configuración del legislador.”

VIGESIMOQUINTO: Que en la discusión legislativa recién referida se enfatizó que la respectiva reforma constitucional salvaría la eventual contradicción de un sistema de aplicación gradual con el principio de igualdad. En ese sentido se lee el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados:

*“Los representantes del Ejecutivo, haciéndose cargo de las objeciones formuladas, señalaron que **la habilitación que se establecía resultaba necesaria, precisamente, porque la gradualidad territorial que se proponía, podía entrar en conflicto con principios constitucionales como la igualdad en la ley y ante la ley y con la concepción del estado unitario. Insistieron en que no se proponía una regulación, en términos generales, de los efectos de la ley en el tiempo, algo siempre de dominio del legislador, sino que de una habilitación diferida en el ámbito territorial para la entrada en vigencia de un sistema de enjuiciamiento (...)***

Recordaron que en el caso de la reforma procesal penal, se había criticado su implementación por cuanto al aplicar en algunas regiones un régimen con más garantías que el vigente en las zonas en que, producto de la gradualidad, aún no se implementaba la reforma, se estaría atentando contra el principio de la igualdad ante la ley. Tales críticas no tendrían mayor asi-

*dero, toda vez que el principio citado debería complementárselo con lo que señala el párrafo segundo del número 2° del artículo 19, que establece que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias, de lo que se seguiría que no sería un régimen de identidad ante la ley lo que garantizaría la Constitución, sino la proscripción de regímenes jurídicos privilegiados o arbitrarios. **En todo caso, la misma Constitución habría permitido la aplicación gradual de la reforma en la disposición octava transitoria, precedente que habría zanjado la discusión acerca de la constitucionalidad de la aplicación diferida de la norma en el ámbito territorial.”***

En el mismo sentido apunta la intervención en la discusión en la Cámara de Diputados del Señor Bustos, quien señaló que:

“... desde un punto de vista jurídico, si no se establecía constitucionalmente la gradualidad, se iba a producir un problema en relación con la igualdad ante la ley y con el debido proceso. Por eso, con esta nueva reforma a la Constitución Política se salva el problema de igualdad ante la ley, pues se establece la gradualidad territorial de la entrada en vigencia de las nuevas leyes de organización de los tribunales y de las leyes sobre enjuiciamiento, y también se salva el problema desde el punto de vista del debido proceso, que era un tema que había quedado pendiente respecto de la reforma procesal penal.”(CÁMARA DE DIPUTADOS, LEGISLATURA 355ª, Sesión 123ª, en jueves 3 de enero de 2008).

VIGESIMOSEXTO: Que, además, en el mismo mensaje de la Ley

N°20.245 se dejó expresamente consignada la idea de que la reforma del artículo 77 de la Constitución se refería sólo a normas procesales y no sustantivas, lo que contrasta con el tenor del artículo 8° transitorio de la Carta:

*“En primer lugar, la reforma extiende sus efectos **sólo sobre las leyes procesales**, tal como comienza enunciando la norma propuesta.*

Ahora bien, la expresión “leyes procesales” requiere ciertas precisiones.

Desde luego, el contenido de estas normas comprende no sólo a aquellas que se refieren a procedimientos y que han sido clasificadas doctrinariamente como normas de derecho procesal funcional, sino también aquellas relativas a la determinación de los órganos que intervienen en ellos, así como la determinación de sus competencias, es decir, normas de derecho procesal orgánico. En efecto, una de las definiciones dadas por la doctrina a la expresión “ley procesal”, señala que se trata de “aquella norma jurídica que dice relación con la organización de los tribunales de justicia, con la determinación de sus atribuciones y competencias o con el establecimiento de las normas de procedimiento a que deben someterse tanto los tribunales como las personas que actúan en el proceso”.

Dicho de manera simple, el término “leyes procesales” no comprende las leyes sustantivas. El término se refiere a las normas denominadas “ordenatoria litis”, excluyendo a las normas sustantivas o “decisoria litis”.

Por otra parte, la utilización de una fórmula en plural (“leyes procesales”)

permite dar cuenta que, dada la magnitud que reviste establecer un sistema de enjuiciamiento, muchas veces es necesario la dictación de más de un cuerpo legal para hacer frente a los distintos aspectos, tanto funcionales como orgánicos. Así, suele suceder que una sola ley no baste para instaurar un sistema de estas características y, sin embargo, sea parte indispensable del funcionamiento efectivo del mismo, por lo que su entrada en vigor se relacione en forma interdependiente junto a la entrada en vigencia de otros cuerpos legales. La configuración de estos mecanismos queda entregada al legislador.” (Mensaje Ley N°20.245).

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, en síntesis, la gradualidad de la Reforma Procesal Penal se aplica tanto a normas sustantivas como adjetivas. Cuando se ha querido limitar dicha posibilidad sólo a normas adjetivas, así se ha formulado de manera expresa, tal como se hizo en la reforma del artículo 77 de la Carta Fundamental, introducida por la ya referida Ley N°20.245.

V. EL ARTÍCULO 11 N°9 DEL CÓDIGO PENAL NO SE APLICA AUTOMÁTICAMENTE EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

VIGESIMOCTAVO: Que, por otra parte, el requirente ha planteado que la infracción constitucional supuestamente contenida en el artículo impugnado, se produce porque la aplicación o no aplicación del procedimiento abreviado sería determinante para la procedencia o improcedencia de la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal. De este modo existiría

un obligado vínculo entre la aplicación del procedimiento abreviado y la modificación de responsabilidad penal derivada de la atenuante que éste llevaría implícita.

VIGESIMONOVENO: Que, como ya se señaló precedentemente, el procedimiento abreviado es un procedimiento especial regulado en el Título III del Libro IV del Código Procesal Penal, sobre “Procedimientos especiales y ejecución”.

Este procedimiento *“importa, básicamente, en su esencia una auténtica negociación que es llevada a cabo por los principales sujetos del proceso, esto es, el imputado y el fiscal, transacción que queda concretada y plasmada en la existencia de un verdadero acuerdo”* (Correa Selamé, Jorge Danilo; Procedimiento abreviado y salidas alternativas; Editorial PuntoLex; Santiago, 2007; pág. 107).

TRIGÉSIMO: Que no le corresponde a esta Magistratura entrar a calificar si en el caso de autos procede o no la atenuante contemplada en el artículo 11 N°9 del Código Penal, ya que aquello corresponde al juez que resolverá el fondo del asunto. No obstante, para llevar a cabo el requerido análisis de constitucionalidad, este Tribunal debe constatar que la atenuante a la que el artículo 407 del Código Procesal Penal hace referencia a propósito del procedimiento abreviado, no procede automáticamente con dicho procedimiento. Para que proceda es necesario que concurren tanto los requisitos que establece el artículo 407 del Código Procesal Penal como los que establece el Código Penal para que se entienda

sustancialmente configurada la respectiva atenuante.

1. Los requisitos que establece el artículo 407 del Código Procesal Penal para que proceda la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal en el procedimiento abreviado.

TRIGESIMOPRIMERO: Como primera cuestión, se debe tener en cuenta que el artículo 406 del Código Procesal Penal establece los siguientes presupuestos para el procedimiento abreviado:

1. Que la pena solicitada por el fiscal en su acusación no supere un cierto límite;
2. Que el imputado acepte los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la funden; y
3. Que el querellante, si lo hubiere, no se oponga al procedimiento abreviado o, si lo hace, su oposición no se considere fundada.

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, tal como se señaló, la aceptación de los hechos por parte del imputado es una de las circunstancias que deben concurrir para la procedencia de este procedimiento. Concurriendo dicha circunstancia, además de las otras que establece el referido artículo, el fiscal puede solicitar al juez de garantía el procedimiento abreviado y en esa solicitud el fiscal tiene la facultad de considerar como suficiente dicha aceptación para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, N°9, del Código Penal.

Así lo establece el inciso tercero del artículo 407 del Código Procesal Penal (en lo sucesivo CPP) al disponer:

“Si se hubiere deducido acusación, el fiscal y el acusador particular podrán modificarla según las reglas generales, así como la pena requerida, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este Título. Para estos efectos, la aceptación de los hechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 406 podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, N°9, del Código Penal, sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena.” (Las negritas son nuestras).

TRIGESIMOTERCERO: Que, una vez formulada la solicitud de procedimiento abreviado, el juez de garantía puede pronunciarse rechazando la solicitud o aceptándola (Artículo 410 del CPP).

Si la rechaza dictará el auto de apertura del juicio oral y se tendrán por no formuladas la aceptación de los hechos por parte del acusado y la aceptación de los antecedentes por parte del imputado.

Si la acepta, se procederá a la tramitación en conformidad al procedimiento abreviado y el juez *“no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal o el querellante, en su caso.”* (Artículo 412 del CPP).

TRIGESIMOCUARTO: Que, como se advierte de las normas cita-

das precedentemente, dentro del procedimiento abreviado, la aplicación de la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal está sujeta a un doble requisito para su procedencia. Por una parte, es necesario que el fiscal estime que es aplicable y la incorpore en su solicitud de pena; por la otra, es necesario que el juez acoja la solicitud de procedimiento abreviado.

TRIGESIMOQUINTO: Que, en consecuencia, la atenuante no procede de manera automática. Si bien es cierto que el juez no puede imponer una sanción más severa que la solicitada por el fiscal, y eso se puede considerar una ventaja del procedimiento abreviado, también es cierto que la procedencia de la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal depende tanto de una estimación facultativa del fiscal como de la aceptación de procedencia del procedimiento abreviado por parte del juez de garantía.

TRIGESIMOSEXTO: Que, si se hace un contraste entre el nuevo escenario del procedimiento abreviado y el antiguo procedimiento penal, se puede verificar que en éste la atenuante de la “colaboración sustancial”-o de la “espontánea confesión”, que era la atenuante original- también podía ser considerada por el juez para determinar la pena.

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que, en conclusión, la condición de aceptación de los hechos por parte del imputado es un presupuesto lógico y necesariamente vinculado al inicio del procedimiento abreviado, ya

que éste consiste precisamente en una negociación en la que el imputado renuncia a su derecho a tener un juicio oral a cambio de que el fiscal ofrezca una pena que sirva como límite para el juez.

Sin embargo, a esa aceptación de los hechos, necesaria para la procedencia del procedimiento abreviado, no le sigue la consecuencia lógica de la aplicación de la atenuante.

TRIGESIMOCTAVO: Que la no procedencia automática de la respectiva atenuante en el procedimiento abreviado ha sido confirmada en abundante jurisprudencia de los tribunales ordinarios.

Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa RUC 0500398487-9, Ingreso Corte 223-2005, señaló:

*“Que la atenuante del artículo 11 N°9 solicitada por la defensa se rechazará, dado que no concurren antecedentes que la sustenten. En efecto, **el hecho de aceptar el procedimiento abreviado de parte del imputado, es decir, no controvertir los hechos de la acusación y aceptar los antecedentes de la investigación no deviene automáticamente en el nacimiento de la atenuante indicada. De ser así, se podría producir una consecuencia peligrosa para toda la estructura del sistema, cual es que todo procedimiento abreviado traería consigo una modificatoria de responsabilidad penal, obligando al Ministerio Público a desarrollar una actividad argumentativa frente a una verdadera suerte de presunción que el legislador no ha previsto. En la especie, la renuncia que realiza el imputado a su***

derecho a tener un juicio oral, público y contradictorio de manera libre, supone de otra parte obtener un marco penal más favorable, con toda certeza que no podrá imponérsele una pena más elevada que la que solicitaba el Ministerio Público y, con ello, evitar las consecuencias de una exposición abierta como lo es el juicio oral. No existe investigación alguna que mejore o disminuya por ir a un juicio oral. Otra cosa es lo que se logre acreditar en él. Mas, cerrada la investigación y practicada la acusación, no es posible seguir recopilando antecedentes para llevarlos como prueba al juicio.”

En el mismo sentido, la misma Corte de Apelaciones de Santiago ha expresado (causa RUC 0500321450-K, ingreso Corte 78-2005):

“9°) Que, en consecuencia, no puede asimilarse esta modificatoria de responsabilidad penal a una ventaja adicional del procedimiento abreviado. En efecto, este procedimiento garantiza al acusado que en el evento que se dicte sentencia condenatoria, no podrá imponérsele una pena superior a la solicitada por el Fiscal, aunque sí una de menos entidad y es, precisamente, en ello que radica la ventaja que para el imputado representa ser juzgado en este procedimiento.

10°) Que, por otra parte, debe considerarse que constituye presupuesto indispensable para la aplicación del procedimiento de que se trata que el imputado, estando en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación en que ella se funda, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación del mismo, de manera que esta aceptación no puede al mismo tiempo

configurar la minorante en análisis, si como sucede en este caso, ella no está avalada por otros elementos que aquél hubiere aportado a la investigación”.

La misma doctrina se puede encontrar en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Ingreso 826-2004:

“TERCERO: Que, en la especie, el imputado no ha declarado en el proceso, ni tampoco integró ninguna actuación que pudiera ser apreciada como de colaboración al esclarecimiento de los hechos, sin que pueda atribuirse esta virtud a su aceptación expresa de los hechos y su conformidad con la aplicación de este procedimiento, supuesto que tal aceptación es, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 406 del Código Procesal Penal, presupuesto para el procedimiento abreviado que, en todo caso, precisa de la voluntad del imputado y el Fiscal y su aprobación por parte del Juez de Garantía”

2. Los requisitos sustanciales exigidos por el Código Penal para que se entienda configurada la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal.

TRIGESIMONOVENO: Que, como se ha constatado, para que efectivamente concurra la minorante del artículo 11 N°9 del Código Penal, es necesario que exista una verdadera y sustancial colaboración.

La norma que contiene la atenuante dispone que ésta se aplica “*si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.*” Antes de la reforma introducida por la Ley N°19.806, el Código Penal se refe-

ría a la “espontánea confesión”. De acuerdo a los criterios jurisprudenciales desarrollados a propósito de la “espontánea confesión”, para que ésta fuera procedente y atenuara la responsabilidad penal, era necesario que se cumplieran estrictas circunstancias. Dichos criterios se han mantenido bajo la nueva atenuante de “colaboración” sustancial. En ese sentido, Miguel Ángel González señala:

“Como hemos visto, algunos entendieron que el artículo 11 número 9 en su actual concepción, sería de una aplicación más laxa que su antecesor lo que, a nuestro modo de ver, no ha ocurrido. Por el contrario, el criterio jurisprudencial ha sido similar al seguido para interpretar la fenecida aminorante de la confesión espontánea” (González, Miguel Ángel; La circunstancia atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal y su evolución legislativa: desde la confesión espontánea a la colaboración sustancial; Gaceta Jurídica N°318; Santiago, 2006; pág. 22).

CUADRAGÉSIMO: Que, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales desarrollados en la materia, la colaboración debe ser “sustancial”. Esto significa que debe ser considerable o incluso determinante para esclarecer la ocurrencia de un delito, de modo que sin la colaboración del imputado la persecución del delito habría sido difícil o imposible. Ello implica una calificación por parte del juez.

En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta que declaró:

“En efecto, con esta minorante se pretende premiar al imputado que, por vía de aportar antecedentes, facilita la labor de persecución del Estado, desarrollando así una actuación a la que no está obligado en modo alguno desde que tiene derecho a guardar silencio durante todo el procedimiento.

*Sin embargo, aún si consideráramos que los acusados por la vía de sus confesiones han colaborado al esclarecimiento de los hechos, de todas formas deberíamos concluir que no concurre la atenuante, pues **no cualquier ayuda es apta para producir el efecto morigerador de su responsabilidad, desde que la norma predica que la misma debe ser sustancial, es decir, se requiere que de modo considerable, si no decisivo, aporte a la aclaración de un delito. Sólo estas poderosas razones de política-criminal, autorizan para alterar el régimen punitivo normal del Código en el entendido que sin la colaboración del imputado por vía de su confesión u aporte de otros antecedentes probatorios, necesariamente calificados, como testigos, instrumentos o evidencias materiales, la persecución penal habría sido imposible o altamente dificultosa. Así por lo demás lo deja claro la Comisión de Legislación y Justicia del Senado lo que se manifiesta también en haber considerado como modelo el Código Penal austríaco del año 1.974, que concibe como atenuante, también con un alto estándar de procedencia: “cuando el autor mediante su declaración ha contribuido esencialmente al descubrimiento de la verdad”.***

(...)

De este modo, si bien se modificó la redacción de la norma para compati-

*lizarla con los principios ya indicados, **debe necesariamente estimarse que la alta exigencia que planteaba la norma para atenuar la responsabilidad penal, esto es, que el único medio para establecer la participación del procesado fuera su confesión espontánea, se mantienen, requiriéndose también hoy día que la contribución del imputado sea determinante a la hora de la aclaración de los hechos.***” (considerando 15, 27-06-2002, RUC 010080348-7, RIT N°11-2002).

Manteniendo la misma doctrina jurisprudencial recién expuesta, el Tribunal Oral de Talca, en causa RIT 9-2003, señala que la colaboración no sería sustancial si no aporta nada nuevo en la investigación:

*“...lo esencial y más importante de la investigación son precisamente sus fines y éstos no son otros que la comprobación del hecho y la identificación y responsabilidad de los partícipes en el mismo, **elementos ambos que se encontraban plenamente establecidos con antelación al primer contacto personal que Carabineros tuvo con el acusado...**”*

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Oral de Antofagasta, en causa RIT 69-2005, en relación con la confesión del acusado:

*“Si bien el imputado confesó la perpetración del delito, ello no necesariamente configura la atenuante, pues **lo que la constituye no es ese reconocimiento sino la colaboración al esclarecimiento de los hechos**”.*

(...)

“Ciertamente es que en oportunidades una confesión plena puede constituir la

colaboración exigida en la norma, pero no cuando el ilícito y la participación están cabalmente demostrados a la hora de la intervención del acusado”.

Con la misma lógica de los fallos anteriores, el Juzgado de Garantía de Loncoche, en causa RIT 676-2001, configura el requisito de la colaboración sustancial de un modo exigente, sin el cual la persecución penal habría sido imposible:

“...consta que el acusado presta declaración voluntaria ante Carabineros aun antes de ser detenido y luego ante la fiscalía, renunciando a su derecho a no autoincriminación, lo que evidencia subjetivamente una colaboración de contribuir en la investigación brindando los elementos necesarios que permitieron concluir prontamente con ésta. Al respecto para dar por configurada la atenuante mencionada, debemos entender que sin la colaboración del imputado por vía de la confesión y aporte de otros antecedentes probatorios, necesariamente calificados, la persecución penal habría sido imposible o altamente dificultosa”. (...)

“Efectivamente, la declaración oportuna, veraz y efectiva, en la que reconoce el hecho ilícito y su participación, es sustancial, pues sin ella no podríamos sostener con tal convicción ambos hechos y los supuestos del delito de robo en que nos encontramos. Como se ve, la colaboración del acusado aportó elementos variados convincentes y abundantes a la determinación fáctica del fiscal y del Tribunal, pues no se hubiese llegado a tal conclusión sin sus declaraciones, pues a este juicio, cabe concluir que excluida dicha colaboración, sin lugar

a dudas el resultado de la persecución hubiera sido distinto...”

CUADRAGESIMOPRIMERO:

Que, como se ha expuesto, no basta con la aceptación de los hechos por parte del imputado, para que se entienda configurada la referida atenuante. Más bien, para dicha procedencia, se requieren exigentes circunstancias adicionales.

En consecuencia, no existe un vínculo obligado entre el procedimiento abreviado y la atenuación de la responsabilidad penal. De este modo, la no aplicación del procedimiento abreviado no equivale a una afectación del artículo 19 N°3°, inciso octavo, de la Constitución.

VI. LA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 11 N°9 DEL CÓDIGO PENAL PUEDE SER INVOCADA DE FORMA SEPARADA DEL ARTÍCULO 407 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

CUADRAGESIMOSEGUNDO:

Que en el alegato del requirente subyace el deseo de aplicar retroactivamente el artículo 407 del Código Procesal Penal a la fecha en que se cometió el delito, bajo la apariencia de una supuesta norma más favorable. De este modo, pretende aplicar hacia el pasado -cinco meses antes (enero de 2005 en vez de junio de 2005)- un procedimiento específico para poder, en ese contexto, invocar una atenuante reglada con ciertos efectos que el mencionado procedimiento establece. No obstante, la sola atenuante a que se remite el artículo 407 del CPP, es decir la del N°9 del artículo 11 del Código Penal, a pesar

de que está vigente desde mayo de 2002, no introduce los efectos pretendidos por el actor. Estos efectos, propios del procedimiento abreviado, sólo se aplican en ese procedimiento y no hay razón, ni desde el principio contenido en el artículo 19 N°3, inciso 8° de la Constitución, ni desde el principio de igualdad, para extender su aplicación del modo pretendido por el requirente.

CUADRAGESIMOTERCERO:

Que, sin embargo, en su lugar cabe precisar que la referida atenuante no la configura el nuevo Código Procesal Penal en su artículo 407, sino que remite al Código Penal. El artículo 407 del CPP dispone:

*“Si se hubiere deducido acusación, el fiscal y el acusador particular podrán modificarla según las reglas generales, así como la pena requerida, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este Título. **Para estos efectos, la aceptación de los hechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 406 podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, N°9, del Código Penal, sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena.**”* (Las negritas son nuestras).

CUADRAGESIMOCUARTO:

Que la norma del artículo 11 N°9 del Código Penal, a que se hace remisión, establece:

“Art. 11. Son circunstancias atenuantes:

(...)

9a. Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.”

CUADRAGESIMOQUINTO:

Que la atenuante de colaboración sustancial contenida en el artículo 11 N°9 del Código Penal fue incorporada a dicho cuerpo legal por mandato del artículo 1° de la Ley N°19.806, que Establece las Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal. Entró en vigor el 31 de mayo de 2002, de acuerdo a la regla general establecida en el artículo transitorio de la Ley N°19.806, que dispone:

“Artículo transitorio.- Las normas de la presente ley entrarán en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

Se exceptúan aquellas normas relativas al ejercicio de la acción penal pública, la dirección de la investigación y la protección de las víctimas y testigos; a la competencia en materia penal y a la ley procesal penal aplicable, todas las cuales entrarán en vigencia gradualmente para las Regiones I, XI, XII, V, VI, VIII, X y Metropolitana de Santiago, de conformidad al calendario establecido en el artículo 4° transitorio de la ley N°19.640.”.

CUADRAGESIMOSEXTO:

Que el punto anotado es relevante porque la Reforma Procesal Penal entró en vigor en la Región Metropolitana el 16 de junio de 2005, mientras que la reforma del Código Penal, que incorporaba la nueva atenuante en estudio, lo hizo el 31 de mayo de 2002. En consecuencia, la vigencia de la referida atenuante es anterior a la entrada en vigor de la Reforma Pro-

cesal Penal para la Región Metropolitana. La relevancia de estas fechas radica en que, según consta en el fallo de primera instancia, el delito fue cometido por el requirente el 8 de enero de 2005.

De este modo, ya descartada la idea de que el procedimiento abreviado se traduce necesariamente en una atenuación automática de la pena, en nada podía afectarle al requirente la gradualidad de aplicación del Código Procesal Penal establecida en el artículo impugnado, ya que la atenuante, es decir la verdadera norma que permitiría una atenuación de la pena, ya se encontraba vigente cuando cometió el delito.

CUADRAGESIMOSÉPTIMO:

Que, en segundo lugar, la pretensión del actor en el sentido de que el contexto del procedimiento abreviado lo favorece sustancialmente por llevar aparejada una atenuación de responsabilidad, es una afirmación que se contradice en los hechos. En efecto, como ya se ha referido, en el nuevo procedimiento abreviado se requiere, para la procedencia de la atenuante, tanto los requisitos propios del procedimiento abreviado como los requisitos sustanciales de la respectiva atenuante. En cambio, en el procedimiento penal antiguo sólo se requiere la satisfacción de estos últimos requisitos sustanciales. Esto confirma la decisión de rechazar el alegato del requirente relativo a una supuesta vulneración del principio contenido en el artículo 19 N°3, inciso octavo, de la Carta Fundamental.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 19, N°s. 2° y 3°, inciso octavo,

93, inciso primero, N°6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política y las disposiciones pertinentes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, **SE DECLARA QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1. DÉJESE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 28.**

Acordada con el **voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake y Mario Fernández Baeza** quienes estuvieron por acoger el requerimiento en orden a los siguientes motivos:

1. Que el tercer inciso del artículo 407 del denominado Código Procesal Penal faculta al fiscal, al solicitar un procedimiento abreviado, para considerar que concurre la atenuante del artículo 11, número 9° del Código Penal (“si ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”) cuando el imputado ha aceptado los hechos materia de la acusación, según lo señala el inciso segundo del artículo 406 del ya citado cuerpo legal procedimental.

2. Que la citada facultad del fiscal debe considerarse enmarcada dentro de aquellas circunstancias que configuran “la ley más favorable al reo”, la más antigua y reputada excepción al principio de la irretroactividad de la ley penal, que en nuestro ordenamiento constitucional encuentra consagración en el inciso séptimo del número 3° del artículo 19 de la

Constitución Política de la República: “ Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración a menos que una nueva ley favorezca al afectado.”

3. Que la expresión constitucional citada “nueva ley”, incluye sin duda al Código Procesal Penal, aún -pero especialmente- cuando su entrada en vigencia acaece después de perpetrado el hecho y antes de su enjuiciamiento

4. Que la vigencia gradual del denominado Código Procesal Penal en el territorio de la República, establecida en su propio artículo 484, armonizado con la norma dispuesta en el artículo 4° transitorio de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, y ambas amparadas en la octava disposición transitoria del Constitución, se refiere ciertamente a normas tanto sustantivas como adjetivas, pero ambas de carácter procesal, no penal- constitucional como las propias del principio de la favorabilidad, invocado en la especie. En consecuencia, no es pertinente el contraste entre sustantividad y adje-

tividad, sino el de procesal versus penal-constitucional, primando éste último.

5. En consecuencia, resultando contrario al inciso séptimo del número 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el artículo 484 del Código Procesal Penal debe declararse inaplicable en la gestión pendiente de autos.

Se previene que los Ministros señores Marcelo Venegas, Juan Colombo y Enrique Navarro concurren al fallo, pero no comparten lo razonado en los dos últimos capítulos del fallo, por estimar que en ellos se contienen razonamientos propios del juez de instancia y que se trata, en consecuencia, de problemas de legalidad y no de constitucionalidad.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, la disidencia, el Ministro Mario Fernández Baeza y la prevención, sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N°1.389-09-INA.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

COMENTARIOS A SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA QUE CONDENA A EX ALCALDE Y A OTROS TRES ACUSADOS POR EL DELITO DE FRAUDE AL FISCO, Y AL FALLO DE LA CORTE DE APELACIONES QUE RECHAZA LOS RECURSOS DE NULIDAD INTENTADOS

José Luis Cortés Zepeda¹

1. Antecedentes de la investigación

Los hechos investigados en esta causa transcurrieron entre agosto de 2003 y mayo de 2004, época en la que el acusado Daniel Adaro Silva fue elegido alcalde de Antofagasta por el concejo municipal, tras la muerte del anterior edil, Pedro Araya Ortiz. En este período, el alcalde Adaro firmó –y requirió se firmase con los otros acusados en esta causa– sendos contratos a honorarios, en los cuales el edil representó a la Corporación Municipal de Desarrollo Social (Cormudeso), actuando para estos efectos como Presidente del Directorio de dicha corporación, cargo que ocupaba en su calidad de alcalde. El objeto de estos contratos fue prestar asesorías al referido órgano de administración. Con posterioridad, la Contraloría General de la República rechazó la legalidad del gasto por no contar con los antecedentes de respaldo. Finalmente, el Tribunal Oral en lo Penal tuvo por acreditado que los acusados desempeñaron principalmente labores como asesores del alcalde Adaro, en materias propiamente municipales, mayoritariamente ajenas a la corporación, al tiempo que las escasas acciones que pudieron haber desarrollado para la Corporación, fueron ejecutadas desde la perspectiva propiamente municipal.

El Ministerio Público dedujo acusación en agosto de 2008, adhiriéndose a ella un querellante particular y el Consejo de Defensa del Estado, en tanto que otros dos querellantes dedujeron acusaciones particulares. En febrero de 2009, la defensa de Daniel Adaro dedujo requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional con la finalidad de declarar inaplicable la pena de inhabilitación especial perpetua para cargos y oficios públicos fundado en que su imposición privaría de un derecho de la ciudadanía al imputado sin que, como exige la Constitución, se le hubiese condenado a pena afflictiva, esto en el evento en que la sanción que se le impusiese no alcanzare el presidio menor en su grado máximo. Esta acción fue desestimada, en empate de votos, con fecha 6 de agosto y se fijó audiencia de juicio oral, la que se llevó a cabo entre los días 8 y 25 de marzo de 2010.

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

2. Las sentencias comentadas

Con fecha 4 de abril de 2010, el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta condenó a los cuatro acusados por el delito de fraude al fisco del artículo 239 de Código Penal, considerando que en el caso del alcalde la figura se encontraba reiterada.

Se alzaron de nulidad en contra de esta sentencia los cuatro condenados, recursos que fueron remitidos por la Corte Suprema, con fecha 24 de abril de 2010, al tribunal de alzada competente con el objeto de que se pronunciara respecto de las causales no declaradas inadmisibles y aquellas reconducidas por el máximo tribunal. La Corte de Antofagasta, en audiencia de 23 y 24 de junio conoció de estos recursos, rechazando cada uno de ellos.

3. Apreciación general de las sentencias comentadas

Ambas sentencias constituyen importantes antecedentes jurisprudenciales en materia de delitos de corrupción, concretamente, del delito de fraude al Fisco. No sólo por los delicados temas jurídicos que abordan –los cuales intentaremos exponer en este comentario–, sino principalmente por cuanto constituye un ejemplo valioso de un fallo condenatorio que viene a servir de corolario a una investigación de corrupción extensa y compleja.

El resultado condenatorio logrado en esta causa exigió la exposición trabajosa de la prueba en una audiencia que no en vano se prolongó por casi tres semanas. La labor desplegada por quienes sostuvieron la acción penal contó con un tribunal que efectuó un trabajo destacable por la detallada y minuciosa reflexión sobre los antecedentes probatorios tenidos a la vista durante la audiencia, como se aprecia de la lectura de las conclusiones y deducciones que se vierten en el fallo, en relación con el análisis de la prueba.

El detallado proceso de valoración de la prueba condujo a los jueces orales a otorgar credibilidad a los antecedentes que daban cuenta de trabajos vinculados a la gestión municipal, restándosela a aquella prueba que eran indicativa de actividad en favor de la Cormudeso, entre otras conclusiones alcanzadas, atendiendo a la determinación de quién era beneficiado con las labores desarrolladas.

Una consecuencia de la complejidad de la causa, es que el tribunal tuvo que hacerse cargo de aspectos jurídicos especialmente complejos, no sólo vinculados con la figura típica del fraude al Fisco, sino también con cuestiones de importancia transcendental para la Parte General del Derecho Penal, entre los que puede destacarse el problema de la comunicabilidad. Asimismo, algunos de estos aspectos fueron objeto del análisis por la Corte de Apelaciones con ocasión de la vista de los recursos de nulidad.

Sin perjuicio del análisis jurídico que sigue, es importante hacer presente desde ya que la sentencia del Tribunal Oral, confirmada por la Corte de Apelaciones, sostiene la imputación a título de fraude al Fisco en un caso donde los acusados efectivamente realizaron trabajos. Pero, de manera acuciosa, los jueces no se contentaron sólo con esta comprobación, sino que profundizaron más allá, revisando a quien beneficiaban las labores, entendiendo finalmente que la defraudación se verifica por cuanto el pagador de los servicios (la Cormudeso) difiere de la persona a quien éstos benefician (el ex alcalde), máxime cuando esa utilidad estaba orientada a obtener un objetivo eminentemente personal (su reelección), entendiendo que el perjuicio es fiscal por cuanto tenían este carácter los fondos que solventaron estos pagos. Los sentenciadores no rechazaron el fraude –como lamentablemente se puede leer en otros fallos– con la mera constatación de trabajos insignificantes o de nula o escasa utilidad, sino que es aún más delicado y fino su análisis, al ser capaz de considerar que los servicios prestados –cuya utilidad nunca se puso en duda– beneficiaban al alcalde.

Con miras a abordar de manera sistemática estos extensos fallos, separaremos los distintos temas que recibieron la atención de los tribunales, para luego proceder a destacar la importancia del razonamiento y así como hacer presente nuestra opinión respecto de la aproximación elegida por los juzgadores.

4. El fraude al Fisco como delito especial impropio

El Tribunal Oral en lo Penal declara que el fraude al Fisco es un **delito especial impropio**, luego de lo cual destaca que su consecuencia es la exigencia de una cualidad especial al sujeto activo, en concreto la de empleado público². La segunda consecuencia de la calificación efectuada es la necesidad de resolver el problema de la comunicabilidad³, de lo cual el tribunal se hace cargo, aunque no haga una vinculación expresa⁴.

2 Considerando octavo de S. de T.O.P: “*Que el tipo imputado por el Ministerio Público al cual adhirió el Consejo de Defensa del Estado, esto es el fraude al Fisco, es un delito especial impropio, que exige como primer elemento un sujeto activo que debe ostentar la condición de empleado público y que además intervenga en operaciones por razón de su cargo*”. La Corte de Antofagasta no recurre a esta calificación de modo expreso, en el considerando décimo cuarto, hace referencia a la consecuencia de aceptar la comunicabilidad –la esencia de la diferencia entre delitos cualificados propios e impropios– resolviendo que “*ninguna influencia sustancial en lo dispositivo del fallo puede existir si se considera que las acusaciones particulares imputan el delito de estafa y dado los montos defraudados en relación con los artículos 467 y 468 del Código Penal, la sanción sería similar*”.

3 “Los delitos especiales, propios o impropios, plantean interesantes problemas en relación a los partícipes: la llamada comunicabilidad del vínculo” (BULLEMORE, Vivian/ MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, Teoría del Delito, tercera edición, Editorial Legal Publishing, 2010, p. 18).

4 El considerando duodécimo del fallo, al hacerse cargo de la pretensión de dividir el título de imputación sustentada por los querellantes particulares.

Esta clasificación ha sido larga y ampliamente admitida por nuestra doctrina⁵, no obstante lo cual no han faltado las voces que le restan importancia⁶. Asumiendo que esta clasificación en términos generales es útil, es preciso abocarse a determinar si ella es aplicable al delito de fraude al Fisco⁷.

Con esta finalidad es menester tener presente que los delitos podrán ser considerados especiales impropios si “la calidad del sujeto activo es el fundamento, no ya de la penalidad, sino de la modificación de la responsabilidad”⁸ de modo que es necesario que exista una figura genérica (que no exija cualidad especial alguna al sujeto) capaz de captar el hecho⁹. Por ende, corresponde indagar si existe este tipo penal, para lo cual habrá de efectuarse un análisis del ámbito de aplicación de una y otra figura.

Y esta cuestión no es de fácil solución, pues tanto la prohibición típica de la estafa como del fraude al Fisco son cuestiones debatidas. Bástenos con afirmar respecto de aquella, que tradicionalmente la conducta engañosa seguida del error, que motiva una disposición patrimonial que, a su vez, perjudica patrimonialmente al sujeto pasivo constituye la esencia de esta figura¹⁰. Mas el particular contenido por ejemplo respecto de la intensidad y elaboración del engaño

- 5 Respecto de la clasificación general en la doctrina, véase GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 94.
- 6 OSSANDÓN WIDOW, M^a Magdalena, *Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal*, En: Política Criminal N°1, 2006, p. 7: “Por otra parte, cabe afirmar que para el obligado especial el delito cometido es simplemente y por completo un delito de infracción de deber, un delito especial respecto del cual no tiene sentido preguntarse si constituye un delito especial propio o impropio pues la existencia de un tipo común subyacente es absolutamente irrelevante. En el fondo, todo delito de infracción de deber tiene una base material similar a la de los delitos especiales propios y diversa a la de los delitos comunes: la calidad especial del autor es, también en estos casos, el fundamento de la ilicitud de la figura” (disponible en www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_4.pdf, visitado 9/8/2010).
- 7 En este sentido, Rodríguez Collao, Luis/ Ossandón Widow, M^a Magdalena, *Delitos contra la función pública*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 416.
- 8 BULLEMORE/ MACKINNON, *ob. cit.*, p. 18.
- 9 Así se colige, *a contrario sensu*, del concepto que entrega CURY, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, séptima edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 646, cuando afirma que en los delitos especiales propios —que él denomina cualificados propios— “no existe otro tipo de carácter general en el cual subsumir y conforme al cual castigar la conducta del partícipe”.
- 10 Aún este punto de partida es objeto de discusión, por ejemplo en cuanto dice relación con la naturaleza del error: Señala HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Aproximación a la Problemática de la Estafa*, En: UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO, Problemas Actuales de Derecho Penal, 2003, p. 167, “debe zanjarse si el concepto de error para los efectos de la estafa supone efectivamente una representación positiva errónea por parte de la víctima o si basta con la mera ignorancia facti, esto es, la vaga y genérica representación de encontrarse ‘todo en orden’. En el derecho comparado la ignorancia facti suele no constituir error típico, pero no es posible dar una opinión categórica en Chile, donde el punto no ha sido objeto de discusión, pues cuando entre nosotros se distingue entre ignorancia

es objeto de una profunda discusión¹¹. En cuanto al fraude al Fisco, adelantemos que ha sido entendido por algunos como un engaño desde dentro de la Administración que causa perjuicio al Estado, o como una sanción al perjuicio causado por abuso de confianza o el incumplimiento de las obligaciones funcionarias, o bien como una forma de administración desleal¹².

Ahora bien, ciertamente las conductas engañosas en que incurre el empleado público para perjudicar pecuniariamente a la Administración quedarán comprendidas también en alguna de las defraudaciones comunes, pero no así si la conducta fue constitutiva de abuso de confianza e infracción de deberes funcionarios, hipótesis que claramente escapan a las hipótesis genéricas de las defraudaciones¹³.

Por lo tanto, resultará correcta la calificación del fraude al fisco como delito especial propio en cuanto la conducta tome alguna forma engañosa, pero si esta se reduce a manifestaciones de abuso de confianza o infracción de deberes funcionarios, habrá de concluir que el delito es especial propio.

Si se tiene presente que el juzgador consideró que la conducta que satisfizo el tipo penal del fraude al Fisco es un claro cariz engañoso¹⁴, parece entonces

y error se está discutiendo, en rigor, sobre la tipicidad de la estafa por omisión, tema íntimamente relacionado pero no idéntico.”

11 Por ejemplo, ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo III, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 395 considera que la simple mentira no satisface los requerimientos del fraude por engaño y requiere la existencia de apariencias externas, mientras que la figura del artículo 473 no existe un ardid sancionando la simple mentira en hipótesis especiales de obligación de decir verdad, entre otros casos (p. 422). Por su parte, POLITOFF, Sergio/ MATUS, Jean Pierre/ RAMÍREZ, M^a Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial*, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 416 consideran que la figura básica se ubica en el artículo 473 que es capaz de contener la pura afirmación mendaz (“... no podemos excluir como engaño suficiente una simple mentira o afirmación mendaz, si en el caso concreto ésta era apta para inducir a error a la persona a quien se dirige el mensaje que contiene dicha mentira”). Finalmente, GARRIDO, *op. cit.*, Tomo IV, 2008, p. 368, estima que el artículo 473 sanciona engaños de diferente línea o sentido que los comprendidos en el artículo 468.

12 Ver citas 64, 65 y 66.

13 Lo mismo puede afirmarse en el caso de los llamados fraudes por abuso de confianza, como la apropiación indebida y la administración desleal, por cuanto la primera exige la tenencia fiduciaria, que no puede estar presente en hipótesis de fraude al fisco por cuanto ella parece más compatibles con la malversación, en tanto que la segunda se encuentra regulada entre nosotros para situaciones particulares (como los administradores).

14 Considerando Noveno de la S. de T.O.P: “En segundo lugar el tipo penal exige que se defraude, esto es que se realice respecto del Estado u otros entes públicos, conductas que le signifiquen una pérdida o les prive de un lucro legítimo, acciones orientadas a aparentar la ejecución de un servicio a sabiendas que nunca sería realizado, pagándolo con fondos públicos, originados en subvenciones de educación y salud, destinando las labores de aquellas personas a otros fines, con los que se produjo un perjuicio al patrimonio fiscal.

Así se estima que se aparentó, en la medida que se hizo creer que el “Directorio” de la CORMUDESOS requería la asesoría técnica de tres personas, como rezan los contratos “en materias administrativas, financieras, normativas y operativas relacionadas con la admi-

correcta la calificación de delito especial impropio efectuada por el Tribunal Oral en lo Penal, resultando digno de elogio el recurso a esta categoría doctrinaria en tanto permite dar sustento en el caso concreto a las consecuencias referentes al sujeto activo que de ella se derivan, sin que sea siquiera esperable hallar en un fallo una solución dogmática general, que por esencia llamado a resolver el asunto sometido a su conocimiento.

5. El concepto de empleado público

Respecto del primero de los elementos del tipo analizado, el Tribunal Oral en lo Penal declaró que el concepto de **empleado público** en materia penal es más amplio que en derecho administrativo, fundado en la función pública sin que tenga importancia la naturaleza de la vinculación jurídica con la administración. Así, consideró que la condición de alcalde del acusado Adaro no fue controvertida, así como tampoco lo fue que él tenía la condición de “empleado público”. Finalmente, el tribunal desvirtuó la alegación de la defensa en orden a negar que hubiese actuado en el ejercicio de sus funciones, sosteniendo que este acusado ejerció como Presidente del Directorio de la Cormudeso como consecuencia de ser alcalde al tiempo que dicha corporación administraba fondos fiscales que son públicos y cuyas funciones (salud y educación) tienen también ese carácter¹⁵. La Corte de Apelaciones hace suyos los argumentos del tribunal *a quo*, al reiterarlos¹⁶.

En primer lugar, se puede afirmar que los juzgadores acogen el concepto funcional de empleado público sobre la base de la interpretación del artículo 260 del Código Penal, particularmente sobre la base de la referencia a las funciones educacionales y que en materia de salud ejerce la corporación municipal, por el cual este fallo se inscribe en la poderosa corriente doctrinaria y jurisprudencial que reconoce la amplitud de la función pública como elemento cardinal del

nistración de los servicios de educación y salud que la corporación presta”, labores que no desempeñaron, puesto que se destinaron los servicios de esas personas así contratadas para asesorar directamente a Daniel Adaro Silva, en su condición de Alcalde de la Municipalidad, en temas principalmente ajenos a la Cormudeso y vinculados con la gestión municipal.”

15 Considerando octavo de la sentencia del T.O.P.

16 Considerando trigésimo segundo de la S. C. de A.: “En lo concerniente a la calidad del sujeto activo en la defraudación, los jueces de fondo en el considerando octavo analizan los elementos del tipo penal en lo referente a esta calidad, procediendo a considerar dos elementos: nacimiento y fines para los cuales se creó la CORMUDESOS y el origen de sus ingresos, estableciéndose que en el ejercicio del cargo de Presidente de dicha Corporación, deriva de su calidad de alcalde de la comuna y, por ende, en su condición de tal como empleado público; que la finalidad de la referida Corporación fue realizar la administración y operación de determinados servicios en especial funciones relacionadas con la atención de salud y educación que son de carácter público por emanar del deber del Estado de satisfacerlas; respecto a los ingresos la normativa de sus Estatutos indica que su patrimonio estaría constituido, entre otros, por los fondos que reciba del Estado, de las municipales y o de otras entidades públicas o privadas, de modo de administrar los fondos fiscales, aportados a la CORMUDESOS a título de subvención del Estado, también permitió determinar su calidad de tal”.

concepto penal de funcionario. Pero el fallo no se agota allí, sino por el contrario reconoce la debida importancia que juega en el referido artículo 260 la adscripción al Estado que debe tener el empleado público, lo cual se aprecia, en primer lugar, cuando sostiene que carece de importancia “el tipo de vinculación jurídica que exista entre la administración del Estado y la persona que ejerce dicha función”, pero principalmente en el esfuerzo desplegado para justificar, por un lado, el origen, las funciones y el financiamiento públicos de la Cormudeso y por otro, como el acusado la presidía en razón de su calidad de alcalde.

Si bien la problemática del empleado público rodea el asunto de si la corporación integra la Administración para los efectos del tipo penal en análisis (cuestión que es resuelta de manera práctica en el fallo, como tendremos oportunidad de indicar), los sentenciadores tuvieron la precaución de considerar que el acusado Adaro actuaba como Presidente del Directorio sólo en cuanto era alcalde y, por ende, tenía la calidad de empleado público y actuaba en el ejercicio de sus funciones públicas.

6. La defraudación

Se refiere luego el fallo (en el considerando 9°) a la **conducta de defraudar**. Los sentenciadores consideraron que en los hechos se **aparentó** la necesidad de contar con asesores para el Directorio de la Cormudeso, quienes en la realidad asesoraron al acusado Adaro mayoritariamente en temas de gestión municipal. Al mismo tiempo tuvieron por acreditado que no se prestaron servicios a la Cormudeso¹⁷.

El tribunal de alzada tiene una concepción ligeramente diferente de la conducta, pues sostuvo, haciéndose cargo con ello de la alegación de una de las defensas que reprochaba al fallo haber desconocido los contratos a honorarios

17 Esta opinión se manifiesta a lo largo del considerando noveno de la S. del T.O.P., quizá el más largo del fallo, del cual extractamos las partes que estimamos más significativas. *“En segundo lugar el tipo penal exige que se defraude, esto es que se realice respecto del Estado u otros entes públicos, conductas que le signifiquen una pérdida o les prive de un lucro legítimo, acciones orientadas a aparentar la ejecución de un servicio a sabiendas que nunca sería realizado, pagándolo con fondos públicos, originados en subvenciones de educación y salud, destinando las labores de aquellas personas a otros fines, con los que se produjo un perjuicio al patrimonio fiscal./ Así se estima que se **aparentó, en la medida que se hizo creer que el “Directorio” de la CORMUDESOS requería la asesoría técnica de tres personas**, como rezan los contratos “en materias administrativas, financieras, normativas y operativas relacionadas con la administración de los servicios de educación y salud que la corporación presta”, labores que no desempeñaron, puesto que se destinaron los servicios de esas personas así contratadas para asesorar directamente a Daniel Adaro Silva, en su condición de Alcalde de la Municipalidad, en temas principalmente ajenos a la Cormudeso y vinculados con la gestión municipal (...) Así las cosas, no fluyó a partir de lo manifestado en el juicio por los únicos dos directores que declararon, necesidad alguna del directorio de la CORMUDESOS en orden a contar con estos asesores, que justificara la celebración de los contratos de honorarios suscritos. (...) Volviendo al análisis iniciado con ocasión de las maniobras engañosas destinadas a aparentar una necesidad inexistente del directorio de la CORMUDESOS en cuanto a contar con asesores (...)”.*

suscritos que no habían sido invalidados por simulación, que se condenó a los acusados por cuanto recibieron un pago con fondos fiscales por trabajos que no realizaron, y no por la simulación¹⁸.

Como se ha tenido oportunidad de adelantar, la conducta típica es objeto de debate, pudiendo reconocerse básicamente tres posturas principales: un grupo que considera que ha de existir un ardid o conducta engañosa¹⁹, un sector que estima que basta la infracción de deberes funcionarios o el abuso de confianza²⁰ y una tercera corriente, ciertamente más minoritaria, que ve en el fraude al Fisco una forma de administración desleal²¹. Esta exposición no debe conducir a pensar que las corrientes están categóricamente delineadas, pues es posible encontrar matices entre quienes defienden las distintas posturas²².

18 Considerando trigésimo segundo: “Debe precisarse que los errores de derecho deben cometerse en el fallo y no el juicio, no siendo procedente sobre la base de un supuesto vicio del procedimiento, invocar una causal de nulidad propia de la sentencia, debiendo en especial tenerse presente que los acusados –Rodríguez, Reyes y Catalán– fueron condenados al habérseles cancelado con fondos fiscales trabajos que no realizaron, y no por simulación de contrato de prestación de servicio como lo asevera la defensa pretendiendo exigir una condición que el tipo penal contenido en el artículo 239 del Código Penal no contempla” (sic).

19 Para RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 400 y ss.; y POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *op. cit. PE*, pp. 498 y ss., este delito es especial impropio en relación con la estafa y otros engaños, que tiene la particularidad que se produce “desde dentro” de la Administración, pues la ejecuta quien tiene obligación de actuar en nombre e interés del Estado. Así, la conducta incriminada consiste en el empleo de cualquier medio o artificio defraudatorio (el ardid es el medio que causa el perjuicio; no una maniobra para encubrir una sustracción o disimular una negligencia funcionaria).

20 URREJOLA GONZÁLEZ, Eduardo, *El incumplimiento de Deberes Funcionarios como medio idóneo para cometer fraude al Estado*, *En*: Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N°6 de Abril de 2002, p. 92, sostiene que cualquier medio, dolosamente utilizado, es idóneo para cometer el delito de fraude, descartando que sea requisito indispensable el engaño, toda vez que la norma no especifica ningún medio especial de comisión, agregando que, para que se configure el delito, basta que el funcionario incurra en incumplimiento de sus deberes, porque el delito sanciona el abuso de la confianza jurídica depositada. ETCHEBERRY, *op. cit.*, Tomo III, pp. 246 y ss., en la misma línea anterior sostiene que “[e]l empleado puede producir el perjuicio merced a un engaño (a sus superiores u a otros funcionarios) o bien, mediante el incumplimiento de sus deberes funcionarios (aunque no exista el engaño, si bien habitualmente habrá por lo menos mentira)”.

21 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La administración desleal en el derecho penal chileno*, *En*: Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, 2005, Semestre I, pp. 201 a 258, sostiene, luego de criticar tanto la tesis que sostiene que conducta se limite a una infracción de un deber funcionario, como la que hace el vínculo con las tradicionales formas defraudatorias, sostiene que el artículo 239 del Código Penal tipifica a un caso de administración desleal para el ámbito de la economía pública, ya que el funcionario defrauda a través de disposiciones patrimoniales contrarias a los intereses del Fisco, aun cuando está llamado a preservarlos por sus deberes funcionarios.

22 Así por ejemplo RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 418 afirman que “[i]ncluso, se estima que el perjuicio puede provenir del incumplimiento de deberes funcionarios, aunque no exista propiamente engaño, si bien habitualmente habrá al menos una mentira”. Del otro

Empero, las principales corrientes difieren, al menos en abstracto, en el límite inferior del ámbito de la prohibición, es decir, si el tipo se contenta o no con el mero abuso de confianza o infracción de deberes funcionarios²³. Así las cosas, el fallo del tribunal oral acierta al entender que la conducta consiste en haber aparentado la necesidad de los servicios pues ciertamente es ésta una forma de engaño²⁴, la que sirve como medio idóneo para cometer el delito de fraude al Fisco.

No puede abandonarse este tema sin antes hacer dos comentarios adicionales. En primer lugar, bajo el elemento defraudación el Tribunal Oral en lo Penal prefigura el primer sustento al elemento típico del perjuicio. Aunque no lo dice expresamente y lo comprende dentro de la defraudación referida tanto a la conducta como al resultado, puede apreciarse el perjuicio, es decir, la pérdida originada o del lucro legítimo del que se privó, en el pago “*con fondos públicos, originados en subvenciones de educación y salud*” por trabajos “*que nunca sería[n] realizado[s]*”²⁵. Más adelante daremos cuenta de los razonamientos que permitieron al tribunal afirmar el carácter fiscal del perjuicio. En segundo lugar, el entendimiento de la Corte de Apelaciones es criticable, pues confunde la conducta defraudatoria (la maniobra engañosa correctamente entendida por el tribunal oral) con el resultado defraudatorio (el perjuicio causado). Es cierto que la defraudación en cuanto refiere al perjuicio está representada por el pago que favoreció a los acusados sin que éstos efectuaran prestaciones a favor de la Cormudeso, pero no es menos cierto que además del resultado es necesaria una conducta y ésta no puede ser sino la necesidad aparentada²⁶.

Finalmente, aunque el análisis de la prueba a este respecto es extenso, consideramos que es imprescindible destacar un aspecto probatorio —entre otras cosas

lado, ETCHEBERRY, *op. cit.*, Tomo III, pp. 247 sostiene que el engaño es una forma “apta para dar origen al delito”.

- 23 En este sentido, desde la perspectiva inversa, VIDELA BUSTILLOS, Lino Gustavo, *Aproximación a la Doctrina y Jurisprudencia Chilena sobre Delitos Funcionarios. Malversación de Caudales Públicos y Fraude al Fisco*, En: Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N°22, Diciembre 2009, p. 92, sostiene que “si bien la doctrina está acorde en que el engaño es un medio suficiente para configurar el delito de fraude al fisco, se discute si el incumplimiento de deberes funcionarios constituye un medio idóneo, por sí solo, para configurar el delito en estudio”.
- 24 POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *op. cit.*, PE, p. 424 afirman que una de las formas posibles de engaño respecto de la estafa, es precisamente aquella que “se basa en una *simulación expresa*, esto es, en aparentar un hecho respaldándolo con una afirmación mendaz, *expresis verbis*”.
- 25 Considerando noveno de la S. del T.O.P.
- 26 La forma en que el tribunal de alzada desvirtúa el defecto denunciado por el recurrente es insatisfactorio, cuestión que parece censurable desde que existían poderosas razones para rechazar el razonamiento, como el que éste introdujera consideraciones de naturaleza civil en el ámbito criminal. Bastaba con afirmar, como lo hizo la Corte, que la tesis de la declaración previa de simulación de los contratos “*escapa absolutamente a los elementos propios del tipo penal, desde que no tiene injerencia jurídica para la prosecución de la acción penal*” (considerando trigésimo segundo).

porque fundó varios de los capítulos de nulidad intentados—. El tribunal se dio a la tarea de desvirtuar las pruebas que pretendían justificar que los supuestos asesores trabajaron para la Cormudeso, para lo cual tuvo presente que las actividades que podrían haberla beneficiado, buscaban en realidad beneficios para el alcalde, como por ejemplo cumplir sus compromisos políticos o asegurar su reelección. Este análisis permite entender que no es incompatible con una imputación por fraude al Fisco efectuar “*escasas acciones... para la Corporación de Desarrollo Social*” si se “*realizaron desde la perspectiva propia del trabajo municipal*”²⁷.

7. El perjuicio fiscal

Además de la referencia que efectúa al perjuicio a propósito de la conducta, el tribunal oral se ocupa del **perjuicio** en un acápite independiente, en el cual declara que el Fraude al Fisco corresponde a un delito de resultado²⁸.

En primer lugar, corresponde hacer presente que la doctrina del fallo es coherente con la literatura jurídica en cuanto a que éste es un caso en que excepcionalmente el legislador ha creado un delito funcionario de resultado que hace posibles las formas imperfectas de ejecución²⁹.

En segundo lugar, ha de hacerse presente que en este lugar el fallo se dedica a determinar el origen fiscal de los fondos con que se pagó a los funcionarios (en esto es precisamente en que el fallo difiere del voto de minoría). La valoración de la prueba le permite entender que se trataba de fondos provenientes de las subvenciones escolares que se manejaban en una cuenta corriente separada de la Cormudeso, en la que no se depositaban otros ingresos (de origen no fiscal o municipal) que pudiese tener la corporación. Es particularmente interesante como el tribunal entiende que el perjuicio se ha causado al “Fisco” porque el origen de los fondos es fiscal³⁰, independiente de su tenedor³¹.

27 Considerando undécimo de la S. de T.O.P.

28 Considerando décimo de la S. de T.O.P.: “*Continuando con el análisis de los elementos típicos del delito de fraude al Fisco, que es un **delito de resultado**, nos resta por realizar la ponderación de la prueba rendida en orden a acreditar que se originó con las acciones emprendidas por los acusados, un perjuicio al Fisco de Chile, consistente en pérdidas directas o daño emergente. Lo que nos lleva a analizar las razones por las que se estimó perjudicado al Estado, como también a explicitar como se pudo arribar a determinar el monto de aquel perjuicio*”.

29 POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *op. cit.*, PE, p. 499: “El resultado exigido por la característica defraudatoria de este delito hace posible, como no sucede en la mayor parte de los delitos funcionarios, la tentativa y aún la frustración”.

30 Y también su función, si se tienen presente las consideraciones relativa al origen, funciones y financiamiento de la Cormudeso.

31 La Corte de Antofagasta ratifica esta razonamiento en el considerando undécimo: “*Que cobra especial atención la fundamentación del origen de los fondos que conforma la acción típica; (...) De esta manera, el tópico fue desarrollado exhaustivamente en el motivo Noveno (...)*”.

De esta manera el tribunal, de un modo claramente pragmático, evita un pronunciamiento respecto de la adscripción o no de la corporación municipal a la Administración del Estado. Si bien el tribunal no afirma que aquélla la integra, pues centró el debate en el carácter público de los fondos, independiente de la naturaleza de derecho privado de la corporación, otras consideraciones se dirigen precisamente en ese sentido. En efecto, a propósito del empleado público, el fallo resalta los aspectos públicos de esta institución, básicamente, la referencia al carácter público de las funciones desempeñadas y de su origen³².

Así, aunque la sentencia parece dar a entender que es suficiente para acreditar el carácter fiscal del perjuicio el hecho de que los fondos sean fiscales (provenientes de las subvenciones), este razonamiento se ve fortalecido sobre la base de los elementos reseñados que afirman la publicidad de la corporación municipal.

8. La comunicabilidad de la calidad de empleado público

La sentencia rechaza la división del título de imputación por la que instaban algunos querellantes, solicitando que se castigara a los asesores por el delito del artículo 470 número 8° del Código Penal. Los sentenciadores invocan en su apoyo las sentencias de la Corte Suprema de 19 de mayo de 2008 y de 16 de octubre de 2006 para sostener que en los delitos calificados impropios se comunica la calidad de empleado público, condicionando este efecto, eso así, al conocimiento de la función pública desempeñada por el ex alcalde. Adicionalmente, el tribunal oral busca sustento en las opiniones de lo que reconoce es parte de la doctrina, concretamente Eduardo Novoa y, actualmente, Enrique Cury³³.

El tribunal de alzada, a su vez, despeja la alegación de una supuesta infracción de derecho consistente en acoger la tesis de la comunicabilidad porque ella no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, atendido que las penas a imponer son similares. Lo anterior no inhibe a la Corte de Apelaciones de hacer un análisis de fondo, que fundado en que la hipótesis del artículo 15 número 3° del Código Penal no exige la calidad de empleado público³⁴.

32 Prueba que el fallo no considera que la corporación integra la administración es que funde la imputación a título de fraude al Fisco respecto de los asesores, no en que éstos tengan la calidad de empleados públicos, sino sobre la base de la comunicabilidad del carácter de funcionario que tiene el acusado Adaro, en cuanto empleado público. Por el contrario, la solución es, de alguna manera, intermedia, pues, por un lado, funda el carácter fiscal del perjuicio causado en el origen de los fondos y, del otro, en la función pública que éstos cumplen en manos de la Cormudeso.

33 Considerando duodécimo de la S. de T.O.P.

34 Considerando décimo cuarto de la S. de la C. de A.: “*Que sobre la comunicabilidad del presupuesto fáctico que coincide con el núcleo del tipo del artículo 239 del Código Penal, referido a la calidad de funcionario público, **ninguna influencia sustancial en lo dispositivo** del fallo puede existir si se considera que las acusaciones particulares imputan el delito de estafa y dado*

Tanto la sentencia del tribunal oral como el fallo de la Corte vienen a contribuir al asentamiento jurisprudencial de la tesis de la comunicabilidad de las circunstancias especiales, iniciada por el máximo tribunal precisamente en las sentencias citadas por los juzgadores. Es de esta forma que ha de advertirse que, en el estado actual, se ha producido un divorcio entre la doctrina jurisprudencial y la de los autores, en la cual puede apreciarse una tendencia al consenso en torno a la doctrina de la incomunicabilidad limitada,³⁵ que en el juicio fue sustentada por los querellantes y expresamente rechazada por el tribunal.

Aunque la conclusión que alcanzan es idéntica, la fundamentación esgrimida por los tribunales es diferente. El tribunal oral se apoya, en cuanto a los argumentos de autoridad, en la doctrina de la Corte Suprema y en la opinión de Novoa y Cury. Así, afirman, por un lado, primero, que los acusados contribuyeron a la materialización en conocimiento de la función pública desempeñada por el alcalde, mientras que, del otro, siguiendo al primero de los autores citados, sostiene que la unidad del hecho en que intervienen los acusados impide calificarlo jurídicamente de modo diverso y en que el bien jurídico en este caso no puede ser afectado únicamente por el funcionario público, sino también por los particulares que contribuyen a la materialización del hecho.

No se puede pretender encontrar en un fallo la integridad de los argumentos posibles para fundar la comunicabilidad, mas no puede sino reconocerse que en este caso la tesis sostenida se encuentra suficientemente fundada. Sin embargo, la argumentación es portadora, en nuestra opinión, de un exceso y de un defecto. El primero está constituido por la cita al profesor Cury, quien

*los montos defraudados en relación con los artículos 467 y 468 del Código Penal, **la sanción sería similar**, por lo tanto falta el elemento esencial de la causal del recurso de nulidad. No obstante, si se considera la forma como en Chile se castiga a los autores y cómplices de los delitos, según lo dispuesto en el artículo 15 del Código Penal, el cómplice necesario, al que **no se le exige por su calidad de tal el atributo de empleado público** puede y debe ser incluido en el N°3, al punto que **la dogmática nacional debiera aceptar técnicamente la calidad de autor del delito de fraude al Fisco, respecto de un particular que realiza o despliega una acción en los términos del N°3 del citado artículo 15 que incluso además de facilitar los medios o de presenciar el hecho, se beneficia de la situación y en tal caso no cabe sino considerar la calidad de autor**".*

- 35 Señalan RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 129 que "[l]a posición mayoritaria en la doctrina chilena distingue entre aquellos delitos en que la calidad especial exigida por el tipo es determinante de la ilicitud (para los cuales se reserva el nombre de *delitos especiales propios*, cuyo ejemplo más característico es la prevaricación del art. 233 N°1) y aquellos en que la calidad especial exigida por el tipo sólo es determinante de un trato más severo o más benigno (para los cuales se reserva el nombre de *delitos especiales improprios*, uno de cuyos ejemplos es la malversación por apropiación del art. 233). Como en los delitos especiales improprios siempre existe un tipo paralelo –más benigno– para aplicar a la personas en quien no se da la calidad exigida en la figura especial, resulta que ésta en el fondo opera como agravante, siendo perfectamente aplicable en estos casos la regla de la incomunicabilidad establecida en el artículo 64. En los delitos especiales propios, en cambio, no existe un título de castigo paralelo, de manera que no resulta aplicable la regla de la incomunicabilidad contemplada en dicho artículo, estimándose que es admisible plantear respecto de ellos la comunicabilidad de la condición especial."

si bien recientemente ha mudado su posición tradicional vinculada a la incomunicabilidad extrema, actualmente sostiene una postura similar a Alfredo Etcheberry, es decir, una variante de la incomunicabilidad limitada,³⁶ que precisamente rechaza el fallo. Se echa de menos una referencia a la opinión del profesor Mario Garrido, quien precisamente sostiene la comunicabilidad sobre la base del conocimiento de los *extraneus*.³⁷

Ahora bien, la Corte de Apelaciones sigue un camino diferente y que, hasta donde podemos visualizar, constituye una solución original. Básicamente afirma que el *extraneus* funda su sanción en el artículo 15 número 3°, es decir, en una forma de participación, cuya regulación no exige que el sujeto reúna la calidad de empleado público, sosteniendo que esta forma podría ser autor de fraude al Fisco fundado en esa norma.

9. Ausencia de valoración de los antecedentes recogidos en sumario

El Tribunal Oral en lo Penal³⁸ **no valoró la prueba** obtenida del computador del imputado, principalmente sus correos electrónicos, en el marco de las indagaciones efectuadas por la Contraloría General de la República. Los juzgadores fundaron esta decisión principalmente en **(a)** que las indagaciones debieron haberse vinculado a lo meramente administrativo y, al notar que podría haberse tratado de delitos, debió haberse inhibido de investigar y denunciar al Ministerio Público; **(b)** el contenido de los computadores no es público (si no, se caería en el absurdo de poder revisar una cartera dentro de una repartición pública sin autorización del juez); **(c)** la prueba fue manipulada después sin cadena de custodia.

36 Señala CURY, *op. cit.*, p. 646 “[m]i criterio se aproxima actualmente al de Etcheberry, si bien con algunas variantes, tanto en la fundamentación como en los resultados... la mencionada disposición [se refiere al artículo 64 inciso primero del Código Penal] surte efectos también para los tipos cualificados impropios, respecto de los cuales, por consiguiente, las cualidades determinantes sólo de un incremento o disminución del injusto básico, no se comunican. La situación es diferente para los delitos cualificados propios, que como ya se ha dicho, constituyen *delitos de infracción de un deber* y se rigen por las reglas que nos referimos en su oportunidad. Básicamente ello significa que los *extraneus* intervinientes, si bien serían sancionados por el mismo hecho punible en que incurre el *intraneus*, tendrán únicamente la calidad de partícipes y deberían ser castigados con la pena contemplada par éstos.”

37 GARRIDO, *op. cit.*, tomo II, pp. 432-433: “El cómplice y el instigador, por consiguiente, responderán del tipo penal en que hayan intervenido tanto objetiva como subjetivamente; el instigador por el hecho que instigó, y el cómplice por aquél en que colaboró, considerando su subjetividad, o sea el dolo de su particular acción o de colaboración. Si su actividad se dirigió a cooperar en un parricidio, será cómplice de parricidio: si sólo lo fue de homicidio –por ignorar el vínculo de parentesco–, será cómplice de un homicidio”.

38 Considerando séptimo de la S. del T.O.P. Esta decisión del tribunal oral no fue objeto de impugnación por ninguno de los recursos de nulidad intentados de modo que a su respecto la Corte de Apelaciones no emitió pronunciamiento.

Esta decisión del tribunal puede ser objeto de **reparos de orden procesal**. Básicamente esta decisión infringe disposiciones legales de carácter orgánico y funcional. En primer lugar, las facultades del Tribunal Oral en lo Penal no se extienden a determinar qué prueba ha de rendirse en la audiencia de juicio oral, por cuanto ellas deben ser objeto de pronunciamiento del juez de garantía, lo cual constituye la consecuencia lógica de nuestro sistema procesal penal que diferencia el rol del tribunal ajeno a la investigación a quien corresponde la decisión del asunto³⁹ de aquel que juega el órgano jurisdiccional al que se ha confiado la tutela de los derechos del imputado durante la investigación⁴⁰⁻⁴¹. Al no valorar la prueba rendida el tribunal oral en lo penal revisó y modificó, en los hechos, las resoluciones del juez de garantía que admitió al juicio oral una determinada prueba (en este caso las indagatorias del órgano contralor), de modo que se constituyó *de facto* en su superior, lo cual contraría la jerarquía orgánica de los tribunales de justicia⁴².

Por otro lado, funcionalmente también la decisión es objetable por cuanto altera la ritualidad del proceso penal, por cuanto efectúa un análisis de la legalidad de la prueba en una oportunidad procesal que no corresponde, pues para

39 Art. 18. del Código Orgánico de Tribunales: “Corresponderá a los tribunales de juicio oral en lo penal: a) Conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito, salvo aquellas relativas a simples delitos cuyo conocimiento y fallo corresponda a un juez de garantía”.

40 Art. 14, inciso segundo, del Código Orgánico de Tribunales: “Corresponderá a los jueces de garantía: a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal”.

41 LÓPEZ MASLE, Julián, *En su*: HORVITZ LENNON, María Inés/ LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 198, sostiene que existe una “preferencia legislativa por solucionar los problemas de la prueba ilícita ante un órgano jurisdiccional distinto del que adoptará la decisión de absolución o condena”.

42 Consecuencia de que la Corte de Apelaciones respectiva es el superior jerárquico tanto del juez de garantía como del tribunal oral en lo penal es que ella esté llamada a ejercer las facultades disciplinarias a su respecto (Art. 535 del Código Orgánico de Tribunales: “Corresponde a las Cortes de Apelaciones mantener la disciplina judicial en todo el territorio de su respectiva jurisdicción, velando inmediatamente la conducta ministerial de sus miembros y la de los jueces subalternos y haciéndoles cumplir todos los deberes que las leyes les imponen”. “Art. 63. del Código Orgánico de Tribunales: “Las Cortes de Apelaciones conocerán: 1° En única instancia: c) De los recursos de queja que se deduzcan en contra de jueces de letras, jueces de policía local, jueces árbitros y órganos que ejerzan jurisdicción, dentro de su territorio jurisdiccional; y que a ella le corresponde conocer de los recursos intentados en contra de las resoluciones de ambos tribunales (“Art. 63. Las Cortes de Apelaciones conocerán: 1° En única instancia: b) De los recursos de nulidad interpuestos en contra de las sentencias definitivas dictadas por un tribunal con competencia en lo criminal, cuando corresponda de acuerdo a la ley procesal penal; (...) 3° En segunda instancia: b) De las apelaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por un juez de garantía”).

este propósito la ley ha previsto la audiencia de preparación de juicio oral⁴³⁻⁴⁴, de modo que no sólo se pasa a llevar la preclusión⁴⁵, sino que además el particular propósito del legislador procesal de clausurar el debate relativo a la ilegalidad⁴⁶.

Pero aún más importante son las consecuencias indeseables que tiene para el sistema admitir que el Tribunal Oral se encuentra facultado para admitir u omitir la valoración de la prueba rendida. Primeramente, hacerlo constituye un incentivo para que el juez de garantía abandone la discusión relativa a la legalidad al Tribunal Oral en contra de la intención del legislador de separar la función de valoración de la prueba y de apreciar su legalidad. Ello significaría además que el tribunal oral tomaría conocimiento de los antecedentes impugnados para efectos de decidir respecto de su admisibilidad, lo que hace ilusorio el propósito de que esa prueba no sea tenida en cuenta al momento de decidir. Finalmente, la omisión de la valoración de la prueba ilícita haría ilusorio, además, la posibilidad de impugnación natural del vicio, cual es el recurso de nulidad, por cuanto tal omisión crearía la ilusión de que la prueba no fue valorada en absoluto⁴⁷.

43 Artículo 276 del Código Procesal Penal: “Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieran por objeto acreditar hechos públicos y notorios.

Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseara acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral”.

44 En este sentido LÓPEZ MASLE, En su: HORVITZ LENNON/ LÓPEZ MASLE, *op. cit.*, tomo II, p. 197: “La ley ha previsto una oportunidad procesal específica para la formulación de una solicitud de exclusión de prueba, que es la audiencia de preparación del juicio oral”.

45 Así, LÓPEZ MASLE, En su: HORVITZ LENNON/ LÓPEZ MASLE, *op. cit.*, tomo II, p. 197: “Si la parte interesada no ha planteado formalmente la solicitud en dicho momento o si, habiéndolo hecho, ha sufrido el revés de un decisión desfavorable, debe entenderse que su derecho ha precluido, y que no puede por tanto ejercerlo ante el tribunal del juicio oral”.

46 Artículo 161 segunda parte del Código Procesal Penal: “Art. 161 parte final Con todo, no podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación después de la audiencia de preparación del juicio oral. La solicitud de nulidad presentada extemporáneamente será declarada inadmisibile”.

47 Cf. LÓPEZ MASLE, En su: HORVITZ LENNON/ LÓPEZ MASLE, *op. cit.*, tomo II, pp. 200-204.

No existe, por lo demás, norma general que faculte al tribunal oral a dejar de valorar la prueba que considera ilícita⁴⁸.

A esta conclusión han llegado también los tribunales superiores, impugnando decisiones de no recibir o no valorar antecedentes probatorios que fueron admitidos por el juez de garantía por consideraciones vinculadas a su legalidad⁴⁹.

10. Otras consideraciones penales del fallo del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal

El tribunal consideró que el acusado Adaro fue autor de **delito reiterado** en tanto que se estimó que los asesores lo fueron de un **único delito**, no obstante dos de ellos suscribieron más de un contrato⁵⁰.

Aunque no se afirma expresamente, subyace al razonamiento del tribunal la idea de que entre los distintos contratos suscritos y boletas entregadas por un mismo asesor, a sabiendas de que no se ejecutaría labor alguna, existe un vínculo de continuidad, es decir, implícitamente se afirma que se está en presencia de un delito continuado⁵¹. Efectivamente, cada contrato es firmado en tiempos diversos de modo que cada uno de ellos es una acción engañosa diferente, que provoca un perjuicio que le es claramente imputable, por lo cual entender que los asesores cometieron una única infracción es lo mismo que apreciar que cada contrato integra una serie que corresponde valorar como un solo delito (continuado).

Sin perjuicio de que esta categoría doctrinaria es un tanto oscura⁵², estimamos que el fallo no ofrece razones suficientes para entender que se está en presencia

48 LÓPEZ MASLE, En su: HORVITZ LENNON/ LÓPEZ MASLE, *op. cit.*, tomo II, p. 201: “Lo que sucede es que no existe en el CPP chileno ninguna norma de carácter general que autorice al tribunal de juicio oral para suprimir la valoración de la prueba rendida en él”. Excepcionalmente podrá pronunciarse respecto de los “incidentes sobre la inadmisibilidad de la prueba, que surgen de la aplicación alguna de las normas que regulan el juicio oral y no ha podido, por tanto, plantearse al juez de garantía durante la audiencia de preparación de juicio oral... por ejemplo... que se diera lectura a las declaraciones prestadas por el imputado ante la policía (art. 334 CPP)”.

49 A modo ejemplar, la S. de la C.S. de 13 de enero de 2005, RUC 0200126377-3, Rol N°5154-04: “Como primer punto, es útil recordar que **el momento procesal para excluir prueba es la audiencia de preparación del juicio oral (...)**” (considerando tercero). Véase también S. de la C.S. de 5 de junio de 2003, RUC 0200081656-9, Rol N°1496-03 y la S. de la C. de Santiago de 3 de noviembre de 2006, Rol Corte 1959-2006, RUC 0500414987-6.

50 Considerando undécimo de la S. de T.O.P.

51 Respecto de la acusada Rodríguez afirma expresamente que “*se desempeñó en forma continua*”.

52 Desestima la institución del delito continuado, NOVOA MONREAL, Eduardo, *El delito continuado en Chile: un fetiche jurídico*, En: citado por CURY, *op. cit.*, p. 655.

de un único delito⁵³. Desde luego, no es posible entender que existe continuidad si se conceptualiza como un vínculo de necesidad⁵⁴, pues para perjudicar al Fisco en la cantidad en que finalmente se le perjudicó no era necesario dividir la contratación, pues era perfectamente posible haber celebrado un único contrato por la cantidad total. Pero tampoco puede entenderse que existía un vínculo fundado en la unidad de motivo⁵⁵, pues ni los asesores ni el alcalde tenían certeza alguna de que firmarían los contratos sucesivos, lo cual queda en evidencia en el hecho de que uno de los asesores fue contratado finalmente por otra corporación⁵⁶.

Digna de destacar son las consideraciones relativas a los **efectos temporales de la reforma contenida en la Ley 20.341**. El fallo aplicó la ley vigente al tiempo de los hechos fundada en su carácter más favorable, negándose a combinar la pena privativa de libertad de la ley anterior con la privativa de derechos de la segunda, que había solicitado la defensa⁵⁷, decisión que cuenta con mayoritario apoyo doctrinario⁵⁸.

53 Es decir, para dar aplicación a la institución del delito continuado.

54 Esta es la opinión de CURY, *op. cit.*, p. 656: “la violación de la norma es única cuando, conforme a la representación del autor, *no era posible consumarla sino en forma fraccionada*”.

55 GARRIDO, *op. cit.*, tomo II, p. 444: “En verdad, la continuidad se satisface con el dolo global; suficiente es que conforme a un proyecto general del autor, decida la ejecución de una serie de actos típicos para alcanzar determinados logros, aunque no enfrente una verdadera ‘necesidad’ de obrar en esa forma”.

56 En el considerando noveno de la S. de T.O.P., al hacerse cargo de ciertas labores en materia cultural efectuadas por uno de los acusados, el tribunal concluye: “(...) *Cierto es que las defensas podrían alegar que Reyes trabajó pagado por la CORMUDESOS sólo hasta fines de diciembre de 2003 y que su intervención en tal concejo municipal como asesor, data del 15 de enero de 2004, cuando ya estaba contratado por la Corporación Cultural de Antofagasta, sin embargo, después de la lectura del acta y habida consideración de las distintas intervenciones de los señores concejales, la mayoría del tribunal no puede sino concluir –tal como lo señalaron algunos testigos en el juicio– que las labores de organización del festival debieron comenzar a lo menos en diciembre de 2003, puesto que la cantidad de gestiones de coordinación, aportes de empresas, cotizaciones y otras que se revela que expuso Reyes, era imposible de desarrollarlas en los primeros 13 días de enero de 2004, por lo demás el mismo Simunovic afirmó que los preparativos de los festejos de la ciudad comenzaban en el mes de diciembre anterior*”.

57 Considerando décimo octavo de la S. de T.O.P.

58 En este sentido, respecto del delito por el que se condenó, FERNÁNDEZ ARACENA, Hernán, *Comentarios acerca de la Ley N°20.341 que aumenta las penas en los delitos de corrupción*, En: Revista Jurídica del Ministerio Público N°39, Junio 2009, con citas a jurisprudencia nacional y extranjera (hay además un argumento histórico relativo a las inhabilidades). Respecto de este tema en general, véase POLITOFF, Sergio/ MATUS, Jean Pierre, *Comentarios Título III*, En: POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/ ORTIZ QUIROGA, Luis, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 268: “...nuestra doctrina dominante (cfr. Garrido I, 109) afirma que no es posible tomar partes de una ley y de otra para establecer *lo más favorable al reo*...”. La jurisprudencia, en cambio, se ha mostrado vacilante: POLITOFF/ MATUS, *loc. cit.*: “la práctica jurisprudencia más reciente ha admitido aplicar disposiciones de una y otra ley, si el juego de las mismas produce un efecto más beneficioso para el procesado, como aplicar

En cuanto la **determinación de la pena en concreto** merece reproche el camino seguido por el tribunal, pues, habiendo apreciado la media prescripción y la atenuante de irreprochable conducta anterior, efectúa una rebaja (de dos grados) en atención a la primera, para luego aumentar un grado por la reiteración, en el caso del imputado Adaro, aplicando finalmente el minimum en consideración, nuevamente, a la minorante⁵⁹. En nuestra opinión, la opción del sentenciador aprecia dos veces las atenuantes, al rebajar dos grados, primero, y luego al aplicar el minimum. Dado que el efecto de la prescripción gradual ha sido establecido por el artículo 103 del Código Penal en términos de que se ha de “considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”, para los efectos de la aplicación de estas normas resultará irrelevante la existencia de otras modificatorias. En efecto, la media prescripción hace aplicable siempre la rebaja en uno, dos e incluso tres grados reservada para escenarios en que concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante, independiente de que en los hechos la situación sea diferente, pues en estos casos las minorantes o exasperantes que concurren sólo deben ser consideradas para los efectos del artículo 69 del Código Penal.

Finalmente, el **voto de minoría** se funda en que el carácter público de los fondos con que se pagó a los asesores no fue suficientemente acreditado, echando de menos un peritaje contable –cuestión que pertenece a las facultades propias del tribunal oral en lo penal –, mas puede ser objeto de crítica la afirmación del disidente en cuanto a que de haberse imputado delito de estafa no se hubiesen presentado las dificultades derivadas de acreditar la naturaleza pública de los fondos⁶⁰. Si bien este postulado es perfectamente coherente con el carácter de delito especial impropio atribuido al fraude al Fisco, la conclusión absoluta del disidente parece errónea, pues hubiese correspondido en este escenario recalificar la figura a estafa y no absolver, pues de lo contrario se extendería

la pena de una ley antigua con una atenuante contemplada sólo en la nueva ley, y un beneficio (libertad vigilada) admitido sólo en la antigua”.

59 Considerando décimo octavo.

60 Voto de minoría del magistrado Wilfred Ziehlmann Zamorano, “*quien fue del parecer de absolver a los acusados por las razones siguientes: (...) 8° Finalmente, estima el juez disidente que si el órgano persecutor hubiese pretendido la comisión de un delito de estafa en perjuicio de la CORMUDESQ, como de los antecedentes pareciere desprenderse ya que no aparecen justificados los servicios que los imputados prestaron a la corporación –no obstante que no hubo denuncia o querrela por parte de los responsables de ésta–, se habría evitado el dificultoso procedimiento de tener que justificar el origen fiscal de los fondos, pues nunca ha estado en duda que ellos eran parte del patrimonio de la tantas veces señalada corporación, que es un sujeto de derecho privado, o sea un particular más. Entiende y comparte el suscrito la preocupación del Ministerio Público y del Consejo de Defensa del Estado por salvaguardar el patrimonio público, que en definitiva es de todos los chilenos, pero ello tampoco debe conducir a descuidar nuestro estricto marco jurídico procesal penal, conforme al cual los hechos deben acreditarse y no presumirse*”.

el alcance del principio de congruencia a un ámbito –el de la calificación jurídica– que ha sido expresamente excluido⁶¹.

11. Otras consideraciones contenidas en la sentencia de la Corte de Apelaciones

La sentencia de la Corte de Apelaciones, por su parte, aborda algunos problemas, principalmente de naturaleza procesal, que no fueron objeto de pronunciamiento del tribunal oral, los cuales reseñaremos brevemente.

En primer lugar, sentenció que la oportunidad para solicitar la inadmisibilidad de un recurso de nulidad es dentro del plazo de cinco días contados desde el ingreso del recurso a la Corte. No es posible obrar en contrario, pues, además de desconocer el texto expreso de la ley y alterar la vista del recurso, se pasaría a llevar el efecto de cosa juzgada propio de una sentencia interlocutoria ejecutoriada⁶².

En diversos lugares del recurso, la Corte se inhibió de analizar pormenorizadamente las pruebas rendidas, como las declaraciones de testigos, argumentando que es ésta una facultad de los jueces orales y la convicción a que arriben es producto de la oralidad e inmediación característica del juicio oral⁶³.

61 Escribe HORVITZ LENNON, María Inés, *En su*: HORVITZ LENNON/ LÓPEZ MASLE, *op. cit.*, tomo II, p. 342 que “[n]o es susceptible del mismo razonamiento el cambio de calificación que pueda plantearse respecto de los hechos contenidos en la acusación. En efecto, los hechos son los mismos, pero puede haberse producido una errónea calificación jurídica de ellos en los escritos de acusación y mantenerse en el juicio oral, situación que podría ser corregida en la sentencia por ser resorte del tribunal tal cambio de calificación. Aunque la afectación del derecho de defensa sea menor en este caso, la necesidad de resguardar en forma óptima dicho derecho y evitar las sorpresas determinaron la introducción de una norma que matiza las facultades del tribunal. En efecto, el inciso 2° del artículo 341 CPP autoriza al tribunal para dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o, incluso, apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia”.

62 Considerando noveno: “*Que en todo lo relativo a los requisitos de admisibilidad respecto de los recursos interpuestos, debe tenerse en consideración que **la etapa del procedimiento referido a la verificación del cumplimiento de los requisitos formales, según los artículos 382 y 383 del Código Procesal Penal, comienza con el plazo de cinco días que se computa desde el ingreso del recurso a la Corte, para que los intervinientes soliciten las declaraciones de inadmisibilidad** que estimen procedentes, se adhieran a él o formulen observaciones por escrito. Transcurrido este término, el tribunal a quo debe pronunciarse en cuenta acerca de la admisibilidad de los recursos y si los declara admisibles, quedan en estado de verse, como ocurrió en el presente caso. (...) Concluir lo contrario, significaría desconocer el texto expreso y romper la homogeneidad de la vista del recurso, que el legislador circunscribió sólo para la discusión respecto de las causales invocadas, razones suficientes para desestimar en general todos los problemas de admisibilidad que reclamaron los recurridos en la audiencia, más aún si tratándose de sentencias interlocutorias éstas, al momento de producirse la vista del recurso, ya estaban ejecutoriadas, o sea habían producido los efectos de cosa juzgada*”.

63 Considerando décimo: “(...) En consecuencia, no es posible entrar a analizar pormenorizadamente las declaraciones de los testigos, como lo hizo el recurrente, en todo lo vinculado con las labores omitidas que constituyen el sustento fáctico del fraude acreditado. Razonamiento que debe extenderse al cuestionamiento de los informes presentados por la imputada Carmen Rodríguez y que fueron desestimados por los mismos jueces por las razones que ellos indicaron.”

Por otra parte, el tribunal *ad quem* sostiene que no existe obligación de reproducir íntegramente las declaraciones de los testigos, sino el deber del juzgador se agota en exponer en forma clara y lógica los hechos que se tienen por probados⁶⁴.

Por último, las exigencias derivadas del principio de congruencia se agotan en una correlación fáctica esencial que permita a los imputados tener perfecto conocimiento, el que les permite defenderse, sin que el hecho acreditado pueda resultar una sorpresa. La circunstancia de que la acusación radicara en la Cormudeso el perjuicio respecto de fondos fiscales y la condena estimare perjudicado al Fisco de Chile no es sorpresivo ni diverge de la imputación realizada⁶⁵.

Considerando undécimo: “(...) Se trata justamente de que los sentenciadores deben evaluar la prueba rendida por los intervinientes no la faltante y menos la sugerida”. Considerando trigésimo séptimo: “Que en efecto, el discurrir judicial tiene sustento en la prueba producida, cuya valoración constituye en avenencia con el principio de inmediatez y oralidad, una facultad exclusiva y excluyente de los jueces de primer grado, quienes —como ya se dijera— deben apreciar la prueba con entera libertad, de modo que debe arribarse a la realidad racionalmente establecida en el procedimiento”. Considerando cuadragésimo cuarto: “(...) De esta forma y en virtud de la facultad privativa que les asiste a los sentenciadores de primer grado y acorde al principio de inmediación, corresponde a este Tribunal sólo indagar si se ha incurrido en errores de derecho que puedan influir sustancialmente en lo dispositivo del fallo, de trascendencia tal que habilite para anularlo, salvo en lo concerniente a defectos esenciales que pueden ser corregidos de oficio, de acuerdo a la facultad establecida en el artículo 375 del Código Procesal Penal”.

64 Considerando duodécimo “Que sobre la tercera forma en que se funda la causal, cuando se imputa la ‘ocultación de medios de prueba rendidos en el juicio porque no se reprodujo en forma íntegra diversas declaraciones’ conviene desde un primer momento hacer una aclaración, porque la obligación de los sentenciadores en lo que a enunciación se refiere, se contiene en la letra b) del artículo 342 del Código Procesal Penal y que está relacionada con la enunciación breve de los hechos y circunstancias que hubieren sido objeto de la acusación, la pretensión reparatoria y las defensas de los acusados, por lo tanto no existe obligación de reproducir íntegramente la declaración de los testigos, sino sólo debe exponerse a la luz de la letra c) de la citada disposición, en forma clara, lógica y completa cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueron ellos favorables o desfavorables a los acusados; (...)”.

65 Considerando décimo tercero: “Que (...) si se entiende que la congruencia exigida en el artículo 341 del Código Procesal Penal, es una garantía del imputado que exige el derecho de defensa para que haya una relación directa entre el hecho delictivo o punible atribuido en la acusación con la circunstancia fáctica establecida en la sentencia, lo que se persigue es una correlación fáctica esencial que converja desde la imputación al fallo para que los imputados tengan perfecto conocimiento de ello y puedan defenderse de aquellas circunstancias o proposiciones que se aducen cometidas por ellos, de manera que no resulte una sorpresa el hecho acreditado y no necesariamente su calificación jurídica. En este caso, el perjuicio se hacía radicar en la Cormudeso pero directamente ligada a fondos fiscales, por lo tanto cuando se estableció que el perjuicio lo fue en contra del Fisco de Chile no ha resultado sorpresivo ni divergente a la imputación efectuada (...)”. Considerando trigésimo noveno: “Que (...) en cuanto se habría vulnerado el principio de congruencia (...) cabe precisar que el cambio en la mención literal del ente perjudicado no representa una transgresión al principio referido, habiéndose determinado claramente en el fallo que el origen de los fondos con que se pagaron los honorarios de las personas contratadas eran fiscales, por tratarse de aportes provenientes de subvenciones ministeriales. El artículo 341 del Código Procesal Penal constituye una garantía al derecho de defensa del imputado, de forma tal que no se produzca una modificación jurídica sustancial y por ende en un acaecer distinto que desconcierte y dificulte el ejercicio de este derecho, debiendo hacerse especial énfasis en que el perjuicio que fuera atribuido a la Cormudeso estaba vinculado a fondos fiscales (...)”.

EXTRACTOS SENTENCIA DEL TRIBUNAL DEL JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA ⁶⁶

Antofagasta, cuatro de abril de dos mil diez.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que entre los días ocho al veinticinco de marzo del presente año, ante esta sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, presidida por la jueza señora Claudia Lewin Arroyo e integrada por los jueces señora Lorraine Gigogne Miqueles y señor Wilfred Ziehlmann Zamorano, se llevó a efecto audiencia del juicio oral de la causa rol único N°0600635930-0, rol interno del tribunal N°196-2008, seguida por los delitos de fraude al Fisco reiterado, fraude al Fisco y estafa, en contra de los acusados **Patricio Enrique Reyes Céspedes**, cédula de identidad N°8.666.345-7, chileno, nacido en Providencia el 26 de julio de 1961, 48 años, divorciado, administrador público, domiciliado en calle Curicó N°424, departamento 1407, Santiago; **Myriam Cecilia Catalán Silva**, cédula de identidad N°7.817.239-8, chilena, nacida en Independencia el 27 de junio de 1959, 50 años, casada, administradora de empresas, domiciliada en calle San Nicolás N°1548-A, San Miguel, Santiago; **Daniel Ernesto Adaro Silva**, cédula de identidad N°5.378.172-1, chileno, nacido en

Antofagasta el 13 de septiembre de 1944, 65 años, casado, sin ocupación, domiciliado en calle Curicó N°2347, Antofagasta; y **Carmen Rosa Rodríguez Howard**, cédula de identidad N°9.739.670-1, chilena, nacida en Iquique el 16 de diciembre de 1963, 46 años, casada, ingeniero comercial, domiciliada en Antonio Poupin N°1042, departamento 1001, de esta ciudad.

(...)

SEPTIMO: Que en relación a la incautación de un computador de propiedad de la Municipalidad de Antofagasta, y a los medios de prueba que derivaron de ello, este Tribunal advirtió que:

1° Conforme a lo sostenido en el juicio por el fiscalizador de la Contraloría Regional de Antofagasta, señor Rolando Tapia Silva, se procedió a incautar el equipo computacional del administrador municipal, previa coordinación con su propietario que es el municipio, abocándose posteriormente al análisis de su contenido, incluso recopilando correos electrónicos los que después editó en formato Word, amparándose para ello en la norma contenida en el artículo 131 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, añadiendo que siendo el equipo propiedad fiscal –entendiendo que con ello quiso referirse a municipal–, su contenido debe ser asimismo completamente fiscal –municipal–, por lo que su proceder se ajustó al marco jurídico pertinente. El también fiscalizador de la Contraloría Regional, señor Andrés Zavaleta, a su vez informó que participó en el

66 A continuación se ofrecen extractos de los fallos comentados, cuyos textos íntegros fueron publicados en el N°13 del Boletín de la Unidad Especializada Anticorrupción.

análisis y selección de la información obtenida del señalado equipo.

2° La disposición legal antes indicada, inserta en el Título VIII de la referida ley –cuyo epígrafe es “INVESTIGACIONES Y SUMARIOS”–, señala en su inciso 1° que “En uso de sus facultades, el Contralor General podrá constituir delegados en los Servicios públicos y demás entidades sujetas a su fiscalización, con el fin de practicar las inspecciones e investigaciones que estime necesarias. Por este solo hecho quedarán bajo la autoridad del delegado el Jefe del Servicio y todo el personal, para los efectos de proporcionar los datos, informes, documentos y demás antecedentes que el delegado estime necesarios para la investigación. Todos los funcionarios, además, estarán obligados a prestar declaración ante el delegado”.

3° A su vez, nuestra Constitución Política, norma superior de nuestro ordenamiento jurídico –y cuyos preceptos, conforme a su artículo 6° inciso 2°, obligan tanto a los titulares de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo–, establece de modo inequívoco, preciso y excluyente, en su artículo 83 inciso 1°, que un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, “dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito”.

4° De esta manera, la norma contenida en el artículo 131 de la ya citada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República –y que como se ha dicho sirvió de fundamento al proceder de los fiscalizadores señores Tapia y Zavaleta–, concordada con la

Constitución Política de la República, tiene como límite la indagación por la existencia de hechos delictivos, de tal suerte que, advirtiendo el delegado del Contralor General –este último la única autoridad competente para dotarle de esas atribuciones, según se lee claramente de su texto– que los antecedentes que estaba recopilando podrían vincularse a un hecho constitutivo de delito, debiera habrse inhibido de investigar en esa línea, limitándose a lo meramente administrativo y paralelamente denunciar el conocimiento de los mismos al Ministerio Público.

5° Ello cobra especial importancia en este caso concreto, pues luego de la incautación del equipo computacional –que claramente se ajusta a Derecho pues el propietario o titular del mismo lo puso voluntariamente a disposición del personal de la Contraloría Regional–, se hizo un análisis del contenido del mismo que, contrariamente a lo que sostienen los fiscalizadores Tapia y Zavaleta, entiende el Tribunal no es de dominio público o fiscal –según sus palabras–, pues semejante predicamento llevaría a concluir que también una cartera que se encuentra dentro de una repartición pública se puede abrir y revisar sin autorización de un juez de garantía, o que las llamadas telefónicas de los empleados del Estado son igualmente públicas y que por tanto podrían interceptarse sin previa autorización judicial, ya que las bases de datos le pertenecen a quien las genera, sea el quipo que ocupan de dominio público o privado. Así, si en un computador fiscal se encuentra un archivo con el texto de una obra

escrita por un empleado público, ¿sería entonces su propietario el Fisco y no su autor? Semejante extensión en la interpretación y alcances de dicha norma es cuestionable, pues hoy en día nuestro Estado de Derecho, construido para una sociedad de hombres y mujeres libres, ha establecido un conjunto de límites a la actividad estatal cuando ésta incursiona, restringiéndolos, en los derechos de las personas, de tal suerte que sólo ciñéndose estrictamente a los procedimientos preestablecidos, el actuar del Estado –sea administrador, legislador, contralor y, por cierto, juzgador– se ajustará a nuestra juridicidad, debiendo claramente interpretarse las normas limitadoras de tales derechos en un sentido restrictivo. Tal es el sentido que encierra la soberbia y perentoria regla señalada actualmente en el inciso 2° del artículo 7° de la Carta Fundamental, y que fuera antiguamente el artículo 160 de la Constitución de 1833, redactado por el insigne jurista patrio Mariano Egaña, asignándole a su vulneración un efecto propio de nuestro Derecho, la nulidad de Derecho Público.

6° Por tal motivo, y conforme a lo que se ha relacionado precedentemente, a juicio del Tribunal el análisis del contenido del computador municipal –y no su incautación, como ya se ha expuesto–, dado el contexto en que se efectuó –esto es, en el marco de una denuncia por la presunta comisión de hechos delictivos en la Municipalidad, unido ello a que no existió cadena de custodia alguna y que luego se manipularon los correos electrónicos por los fiscalizadores, editándose incluso los

mismos en un formato distinto– no aparece claramente sustentado por nuestro ordenamiento jurídico, por lo que toda aquella prueba que se incorporó al juicio derivada del análisis del contenido del equipo computacional no será considerada ni valorada, al no aparecer revestida del respaldo necesario para tenerla como acorde a Derecho. Por lo demás, no parece sensato pensar que, en el marco de una mera investigación administrativa, el fiscalizador de la Contraloría General de la República tenga mayores atribuciones que las que un fiscal adjunto del Ministerio Público tiene en el marco de una instrucción criminal, verdadero contrasentido dada la mayor afectación social que encierra la comisión de un hecho delictivo, en donde además de ninguna manera se puede prescindir de las autorizaciones judiciales pertinentes.

Por todo lo anterior, el tribunal tuvo especial cuidado de no incluir en las referencias de aquello que explicaron los acusados y los testigos en el juicio, cuando les fueron exhibidos los documentos y correspondencia electrónica, que se dijo se había obtenido de aquel computador.

(...)

OCTAVO: Que el tipo imputado por el Ministerio Público al cual adhirió el Consejo de Defensa del Estado, esto es el **fraude al Fisco**, es un delito especial impropio, que exige como primer elemento un **sujeto activo que debe ostentar la condición de empleado público y que además intervenga en operaciones por razón de su cargo.**

Que para éstos efectos, en primer lugar, cabe tener presente que el **concepto de empleado público en derecho penal** es más amplio que en derecho administrativo, por que el interés del primero se relaciona con la función pública sin importar el tipo de vinculación jurídica que exista entre la administración del estado y la persona que ejerce dicha función, sobre el que pesa la permanente obligación de velar por los intereses del estado. Así nuestro Código Penal en su artículo 260 señala que “...se reputa empleado todo el que desempeñe un **cargo o función pública**, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del jefe de la República ni reciban sueldo del estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

Si bien la circunstancia de ostentar el acusado Daniel Adaro Silva, la condición de Alcalde de la I. Municipalidad de Antofagasta, no fue controvertida, como tampoco lo fue que ese cargo le otorgaba la condición de “empleado público”, ocurre que dos de los contratos de honorarios, cuyos pagos sustentan las acusaciones ventiladas en este juicio, los suscribió un funcionario de esa entidad por orden expresa de Adaro Silva y los otros cuatro, fueron firmados por éste, interviniendo en esas órdenes de contratación y celebración de contratos –respectivamente– en su condición de Presidente del Directorio de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de esta ciudad, en

adelante CORMUDESOS, habiendo alegado la defensa de éste que por la particular naturaleza de esa entidad –de carácter privado– el alcalde no habría actuado en su condición de empleado público. Al respecto el Consejo de Defensa del Estado, solicitó –para los efectos de concluir que sí obró como funcionario público– analizar el contexto de derecho público que vincula a la Municipalidad con la CORMUDESOS, lo que el tribunal realizará desde una doble perspectiva, en cuanto a los fines para los cuales fue constituida y respecto de la conformación de su patrimonio y origen de sus ingresos.

En cuanto a su nacimiento y fines para los cuales se creó, cabe señalar que tal entidad se constituyó por escritura pública de 18 de noviembre de 1983 suscrita en esta ciudad, con ocasión del proceso iniciado a partir del año 1980 conocido como “municipalización de los servicios públicos” al amparo de las normas del Decreto Ley Nro. 3.063 y del DFL 1-3.063, ambas de aquel año, en virtud de las cuales los municipios fueron autorizados –entre otros aspectos– a constituir corporaciones sin fines de lucro, esto es, personas jurídicas de derecho privado, a fin de realizar la administración y operación de determinados **servicios públicos**, en el caso que nos compete, educación y salud. Así se creó en esta ciudad la CORMUDESOS, que conforme a sus estatutos (artículo 3°) fijó como principal objeto: “Administrar y operar servicios en las áreas de educación, salud y atención de menores que haya tomado a su cargo o lo tome en el futuro la Ilustre Municipalidad de

Antofagasta ... En el cumplimiento de estas finalidades la Corporación gozará de las más amplias atribuciones y facultades, sin perjuicio de las que en materia de supervigilancia y fiscalización correspondan a otras autoridades, servicios, instituciones y organismos de la administración central...”. Enseguida, su artículo 15° establece que la corporación será administrada por un directorio compuesto de cuatro miembros cuyos cargos serán concejiles, además del presidente, que será el respectivo alcalde de la comuna, quien ejercerá sus funciones por sí mismo o por intermedio de la persona que él estime más conveniente, siendo dos de los cuatro directores de libre designación del Alcalde.

Como se ve, en este caso, el ejercicio del cargo de Presidente del Directorio de la CORMUDES, tuvo su origen en su condición de Alcalde de esta comuna, y de allí, el principal argumento para estimar que obró como tal, en su condición de empleado público.

Pero también la **función de atender necesidades de salud y educación**, encomendadas a la CORMUDES, sin duda que son públicas por emanar del deber del Estado de satisfacer tales requerimientos, conforme a los artículos 19 Nro. 9 y Nro. 10 de la Constitución Política de la República de Chile. Así las cosas el presidente de su directorio no puede soslayar la función pública que le compete en ese ámbito.

Finalmente respecto al **origen de los ingresos** de la CORMUDES, sus estatutos (artículo 28°) indican que

su patrimonio estará constituido por a) los fondos que reciba del estado, de las municipalidades y/o de otras entidades públicas o privadas, b) las cuotas que aporten los socios cooperadores, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 6°, c) las donaciones, herencias y legados que reciba, d) con los demás ingresos que legalmente le correspondan. Luego, si bien es cierto que el artículo 13° del DFL Nro. 1-3063 de 1980 dispone que: “los recursos de origen fiscal o municipal que se destinen a las personas jurídicas de derecho privado a que se refiere el artículo anterior, constituirán ingresos propios de ellas correspondientes a prestación de servicios”, no es menos cierto que esa norma no puede interpretarse literal y aisladamente, en la medida que el artículo subsiguiente, le permite a un ente público –como lo es la Contraloría General de la República– fiscalizarla, pese a tratarse de una persona jurídica de derecho privado, pues el artículo 25 de la ley orgánica de tal entidad le permite: “fiscalizar la correcta inversión de los fondos fiscales que cualquiera persona o instituciones de carácter privado perciban por leyes permanentes a título de subvención o aporte del estado, para una finalidad específica y determinada. Esta fiscalización tendrá solamente por objeto establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad”. De manera que la administración de fondos fiscales que realizaba la CORMUDES, se constituye en otra de las razones, para estimar que el presidente de su directorio –el Alcalde Adaro– obró en su condición de empleado público, que sin duda le imponía como fundamental obliga-

ción, cautelar la correcta disposición de los recursos fiscales.

NOVENO: En segundo lugar el tipo penal exige que se defraude, esto es que se realice respecto del Estado u otros entes públicos, conductas que le signifiquen una pérdida o les prive de un lucro legítimo, **acciones orientadas a aparentar la ejecución de un servicio** a sabiendas que nunca sería realizado, **pagándolo con fondos públicos, originados en subvenciones de educación y salud,** destinando **las labores de aquellas personas a otros fines,** con los que se produjo un **perjuicio** al patrimonio fiscal.

Así se estima que se aparentó, en la medida que se hizo creer que el “Directorio” de la CORMUDES requería la asesoría técnica de tres personas, como rezan los contratos “en materias administrativas, financieras, normativas y operativas relacionadas con la administración de los servicios de educación y salud que la corporación presta”, labores que no desempeñaron, puesto que se destinaron los servicios de esas personas así contratadas para asesorar directamente a Daniel Adaro Silva, en su condición de Alcalde de la Municipalidad, en temas principalmente ajenos a la Cormudeso y vinculados con la gestión municipal.

(...) Así las cosas, no fluyó a partir de lo manifestado en el juicio por los únicos dos directores que declararon, necesidad alguna del directorio de la CORMUDES

(...)

Volviendo al análisis iniciado con ocasión de las maniobras engañosas destinadas a aparentar una necesidad inexistente del directorio de la CORMUDES

(...)

Sin embargo, fueron tantos y tan categóricos, los testimonios que describían que ejecutaron labores en áreas estrictamente municipales y tan escasa, vaga e inconsistente la prueba que pudiera llevar a concluir que en forma relevante, trascendente y mayoritaria, se ocuparan de materias, temáticas o actividades de la CORMUDES

labores en temas mayoritariamente ajenos a la CORMUDES y vinculados con la gestión municipal, sin perjuicio que las escasas acciones que pudieron haber desarrollado para la Corporación de Desarrollo Social los inculcados Reyes y Rodríguez las realizaron desde la perspectiva propia del trabajo municipal”, enfocándose la escasa actividad relacionada con esa entidad, tanto a satisfacer a través de contrataciones los compromisos políticos del Alcalde, como a potenciar con la difusión de obras, la imagen del mismo, puesto que ya antes de ser designado Alcalde por el concejo, se planteaba a sí mismo -considerando la alta votación obtenida en la elección anterior- como la persona con mayores posibilidades de ganar en la elección siguiente (la del año 2004).

(...)

DECIMO: Continuando con el análisis de los elementos típicos del delito de fraude al Fisco, que es un delito de resultado, nos resta por realizar la ponderación de la prueba rendida en orden a acreditar que se originó con las acciones emprendidas por los acusados, un **perjuicio al Fisco de Chile**, consistente en pérdidas directas o daño emergente. Lo que nos lleva a analizar las razones por las que se estimó perjudicado al Estado, como también a explicitar como se pudo arribar a determinar el monto de aquel perjuicio.

(...)

Para la mayoría del tribunal, las necesidades públicas de salud y educación que satisface la Corporación Muni-

cipal de Desarrollo Social de esta ciudad, en gran parte con fondos de origen público, ya sea provenientes de los respectivos ministerios o de traspasos del municipio, impide que esos recursos por el mero hecho de ingresar a una cuenta corriente de un organismo cuya constitución se realizó al amparo de normas de derecho privado -en aras de flexibilizar procedimientos- pasen a tener la naturaleza de recursos privados. Claramente por la función pública que están destinados a satisfacer, estos recursos siguen siendo públicos, incluso por mandato constitucional, de allí que aún cuando los acusadores y el Consejo de Defensa del Estado demandante civil en esta causa, señalan que el perjuicio se le causó a la CORMUDES, en la medida que se determinó que el origen de los fondos con los que se pagaron los honorarios de los acusados eran fiscales, ese perjuicio debe entenderse directamente causado al Fisco de Chile.

De esta manera, acreditado que fue que la CORMUDES dispuso de recursos económicos que eran parte de su patrimonio y provenían de subvenciones estatales destinados a financiar los servicios de educación y salud en la comuna de Antofagasta, sin recibir a cambio el servicio contratado y encomendado a los acusados, se la privó injustamente del mismo, lo que constituye un perjuicio económico directo.

(...)

UNDECIMO: Como se ha venido razonando en los motivos octavo, noveno y décimo, con la prueba rendida, valorada libremente y de

conformidad con el artículo 297 del Código Procesal Penal, consistente en testimonial, pericial y documental, se han acreditado más allá de toda duda razonable los siguientes hechos:

1° Que con fecha 5 de agosto de 2003, luego del fallecimiento del Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta Pedro Araya Ortiz, por decisión adoptada por los concejales, fue elegido como Alcalde y por el término del respectivo período, el concejal Daniel Adaro Silva, quien, en los días sucesivos, en uso de sus atribuciones designó a diversas personas en los cargos de confianza de dicha entidad.

2° Que entre los meses de septiembre de 2003 y enero de 2004, la Corporación Municipal de Desarrollo Social (CORMUDESOS) de Antofagasta, representada por el presidente de su directorio, señor Daniel Ernesto Adaro Silva -a su vez Alcalde de la I. Municipalidad de Antofagasta-, o por el señor Edgardo Vergara Montt, secretario general ejecutivo interino de la señalada entidad, por requerimiento expreso del anterior, firmaron diversos contratos a honorarios con las siguientes personas, en servicios de asesorías que eran innecesarios, todo ello en las fechas que en cada caso se indican:

a) Con Patricio Enrique Reyes Céspedes se celebraron dos, de fechas 15 de septiembre y 01 de noviembre de 2003, suscritos respectivamente por los señores Vergara y Adaro, para que desempeñara las funciones de “asesoría técnica al Directorio de la Corporación, en materias administrativas,

financieras, normativas y operativas relacionadas con la administración de los servicios de educación y salud que la Corporación presta”, servicios que debía prestar entre el 6 de agosto y el 31 de diciembre del año 2003, pagándosele en total la suma de \$7.250.001, con cargo a la cuenta Remuneración Educación de la referida corporación -la que recibía exclusivamente aportes fiscales y municipales-, a través de cheques pagados contra la cuenta corriente del Banco de Crédito e Inversiones N°xxx;

b) Con Carmen Rosa Rodríguez Howard se firmaron tres contratos, los días 15 de septiembre y 17 de octubre de 2003, y el 01 de enero de 2004, suscritos por los señores Vergara -el primero- y Adaro -los dos últimos-, para que desempeñara las funciones de “asesoría técnica al Directorio de la Corporación, en materias administrativas, financieras, normativas y operativas relacionadas con la administración de los servicios de educación y salud que la Corporación presta”, servicios que debía prestar entre el 6 de agosto de 2003 y el 30 de junio del año 2004, pactándose el término del último de los contratos con fecha 19 de abril de 2004, para hacerse ello efectivo a fines del señalado mes. Con ocasión de los señalados contratos, percibió la cantidad total de \$9.016.666, también dinero de la señalada cuenta Remuneración Educación, a través de cheques pagados contra la cuenta corriente del Banco de Crédito e Inversiones N°xxx; y

c) Con Myriam Cecilia Catalán Silva se suscribió un contrato, el día 01

de septiembre de 2003, firmándolo el señor Adaro, por los servicios de “asesoría en levantamiento de necesidades para nuevo sistema de adquisiciones en el área de salud”, los que debía prestar entre el 1° y el 30 de septiembre de 2003, recibiendo por ello la suma de \$1.400.000, con cargo a los fondos de la cuenta Remuneración Salud -la que también recibía sólo aportes fiscales-, a través de un cheque pagado contra la cuenta corriente del Banco de Crédito e Inversiones N°xxx.

3° Que en virtud de diversas fiscalizaciones realizadas por la Contraloría Regional de Antofagasta durante el año 2004, en una de ellas se procedió a la revisión de dichos pagos, estimándose improcedentes al no acreditarse la legalidad del gasto, las actividades desarrolladas por los imputados Reyes, Rodríguez y Catalán, al no contar con los antecedentes de respaldo a esa fecha, todo ello según constó en el Informe N°F-50 de 28 de septiembre de 2004.

4° A su vez, en los períodos de los contratos ya indicados, dichas personas regularmente fueron vistas en la Ilustre Municipalidad de Antofagasta desempeñando labores como asesores del señor Alcalde Daniel Adaro, en temas mayoritariamente ajenos a la CORMUDESOS y vinculados con su gestión municipal, empleando incluso bienes y recursos físicos municipales, ocupando una oficina próxima a la de éste, sin perjuicio que las escasas acciones que pudieron haber desarrollado para la Corporación de Desarrollo Social los inculpadados Reyes y Rodríguez las

realizaron desde la perspectiva propia del trabajo municipal, advirtiendo que la imputada Catalán nunca fue siquiera vista en dicha entidad. Con posterioridad al período de vigencia de los mentados contratos Daniel Adaro Silva -durante el año 2004- se inscribió como candidato a Alcalde a la Ilustre Municipalidad de esta ciudad, ganando la elección.

5° De esta manera, producto de los contratos celebrados y los pagos percibidos en razón de los mismos, se produjo una pérdida para el Estado de Chile, ascendente a la suma total de \$17.666.667, cifra efectivamente cobrada separadamente por los imputados Reyes, Rodríguez y Catalán, por servicios que no llevaron a efecto.

A juicio de la mayoría del tribunal, estos hechos son constitutivos del delito de fraude al fisco previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, pues se acreditó más allá de toda duda razonable que los cuatro hechos -uno de los cuales, en su calidad de empleado público y en razón de su cargo-, defraudaron al Estado, provocándole una pérdida patrimonial, lo que pudieron llevar a cabo mediante la celebración de contratos a honorarios con una entidad receptora de fondos fiscales -la CORMUDESOS-, actuando el empleado público en su condición de presidente del directorio de la misma, encomendando la prestación de servicios, y los restantes tres acusados como los prestadores; contratos donde se indicaban determinadas labores a efectuar, sin que éstas en definitiva se ejecutaran, desarrollando

en cambio funciones de asesoría a la persona del Alcalde de la Municipalidad de Antofagasta.

Que habida consideración que la conducta dolosa del acusado Patricio Reyes, se desplegó en un período de tiempo determinado entre agosto y diciembre de 2003, aún cuando en ese lapso el mismo hubiere suscrito dos contratos de honorarios y emitido 5 boletas de honorarios, se configura a su respecto un delito de fraude, ya recibió honorarios provenientes de la CORMUDESOS para asesorar al directorio de esta entidad, lo que no realizó, pues se avocó a asesorar en su calidad de tal, al Alcalde de la Municipalidad de Antofagasta.

Algo similar puede decirse de Carmen Rodríguez, que se desempeñó en forma continua desde el 6 de agosto de 2003 hasta el 30 de abril de 2004, suscribiéndose en tal período tres contratos.

La situación de Catalán es más clara ya que tan solo se desempeñó por un período de un mes, existiendo un contrato y un único pago por él.

En cuanto al acusado Daniel Adaro, su conducta dio lugar al delito reiterado de fraude al Fisco, pues ordenó contratar y contrató a tres personas, en diversas oportunidades para que ejecutaran trabajos de asesoría al directorio de la CORMUDESOS que aquel presidía, sabiendo que las labores no se iban a realizar pues los requería para que lo asesoraron en su calidad de Alcalde, respecto de su gestión municipal.

DUODECIMO: Que igualmente la mayoría del tribunal, desestimó la pretensión de los acusadores particulares en orden a establecer a partir de los mismos hechos distintas figuras penales, en este caso fraude al Fisco respecto de Daniel Adaro y la figura de estafa del artículo 470 Nro. 8 del Código Penal, para los restantes tres acusados, entendiendo aquellos que la calidad de funcionario público del primero no se traspasaba a los particulares, citando al efecto alguna jurisprudencia.

Que en sentido contrario y apoyándose en sentencias recientes de la Excma. Corte Suprema como la dictada por la Segunda Sala de dicho alto tribunal en causa Rol Nro. 2321-2007 con fecha 19 de mayo de 2008 y la pronunciada en causa Rol 5419-03 de 16 de octubre de 2006, estas sentenciadoras han estimado como en ellas se señala que “la calidad de funcionario público, en los delitos cualificados impropios, como lo es el fraude al Fisco, castigado en el artículo 239 del código punitivo, se comunican a los autores en que concurran, tanto si integran el tipo penal, como si no lo integran, quedando todos los partícipes regidos por la única figura penal aplicable”.

La comunicabilidad se impone en este caso para los extraneos, en la medida que los acusados Reyes, Rodríguez y Catalán, estaban en conocimiento de la función pública que desempeñaba como Alcalde del municipio de esta ciudad y por ser tal, como Presidente del Directorio de la CORMUDESOS, habiendo prestado su concurso para la materialización

del delito, por lo que deben responder por su conducta del mismo modo que cabe al agente calificado para la comisión del ilícito.

Parte de la doctrina nacional –Novoa y actualmente Cury– abonan la tesis de la comunicabilidad basándose principalmente en la unidad del hecho delictivo a que concurren los diversos partícipes, siendo un hecho único que no puede ser considerado jurídicamente de distinta manera para cada uno de los que intervienen en conjunto. Agrega además el primero que otra de las razones para abonar la teoría de la comunicabilidad, es la naturaleza misma y fin de la ley penal, que es, la protección de bienes jurídicos de gran valía social y el hecho que el legislador ha sistematizado los diversos tipos delictivos, considerando precisamente los distintos bienes jurídicos cuya protección se pretende, que en este caso no sólo pueden ser afectados por la conducta de un funcionario público, sino también por la de particulares –como los acusados– que contribuyen a su materialización conociendo la calidad del primero.

(...)

En cuanto al alcance de la atenuante de media prescripción.

DÉCIMO SEPTIMO: Que en relación al efecto que se produce con motivo de acogerse la circunstancia atenuante de media prescripción, el Ministerio Público sostuvo que, dado que refiere el artículo 103 del Código Penal que el tribunal deberá considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy

calificadas y de ninguna agravante, se debe proceder a la aplicación del artículo 68 bis del mismo cuerpo legal –que regula los efectos de las atenuantes muy calificadas–, rebajándose la pena en sólo dos grados. El tribunal, sin perjuicio de lo que se señalará en el considerando siguiente, discrepa de lo sostenido por el señor fiscal, ya que el propio texto del mencionado artículo 103 alude, por una parte, a que se deberán aplicar las normas de los artículos 65, 66, 67 y 68 del mismo cuerpo legal para ponderar la reducción de la sanción y, por otra, al referir que se entenderá el hecho revestido de dos “o más” circunstancias atenuantes muy calificadas, claramente indica que la rebaja mínima que debe hacer el órgano jurisdiccional en un caso como éste es de al menos dos grados, pudiendo hacerse una rebaja mayor si así se estima. Por lo demás, no parece razonable que concurriendo dos circunstancias atenuantes muy calificadas la rebaja de la pena se circunscriba sólo a dos grados, y en cambio siendo dos atenuantes no calificadas, ella pueda incluso rebajarse hasta en tres grados, como establece el inciso 3° del artículo 68 del Código Penal.

En cuanto a la regulación de las penas.

DÉCIMO OCTAVO: Que, en consecuencia, al regular las penas, el tribunal las aplicará teniendo en cuenta como más favorable a los condenados –conforme señala el artículo 18 del Código Penal–, la redacción del artículo 239 del mismo cuerpo legal, anterior a la Ley N°20.341, ya que la pena fijada posteriormente es más

rigurosa, al elevar la sanción según el monto de lo defraudado, no pudiéndose en caso alguno –como lo han pretendido las defensas de los imputados Adaro Silva y Catalán Silva– combinar lo favorable de la sanción antigua con lo beneficioso de la nueva pena, pues con ello se invade el campo propio del órgano legislativo, siendo incompetente el órgano jurisdiccional para “crear” una pena distinta de la que fue la establecida por ley, sea la antigua o la nueva. Así:

a) En relación al acusado Daniel Adaro Silva, siendo responsable de tres delitos –puesto que cada uno de los vínculos contractuales que celebró con los tres coimputados se entiende constituir un delito continuado, como ya se ha referido–, el tribunal estima le resulta más beneficioso el procedimiento previsto en el artículo 351 del Código Procesal Penal, concurriendo en este caso los requisitos necesarios para aplicarlo, por lo que corresponde imponer al mencionado imputado la pena correspondiente a aquella infracción que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en un grado. Como por cada delito le corresponde la atenuante establecida en el artículo 103 del Código Penal, se puede tomar cualquiera de los tres casos, debiéndose rebajar la sanción señalada en el artículo 239 del mismo Código –según la redacción anterior a la Ley N°20.341, por las razones ya dichas– en dos grados solamente, dada la naturaleza de la imputación y el cargo público que desempeñaba el condenado, por lo que se le debe aplicar la pena de prisión en su grado

máximo, y esta sanción, a su vez, se debe aumentar en un grado, quedando así en la de presidio menor en su grado mínimo, la que además se fijará en su minimum, dada la concurrencia de la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, y en relación a la pena de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio, siendo pena principal y dada la rebaja que se ha hecho a la sanción privativa de libertad –primero rebajándola en dos grados y luego aumentándola en uno–, corresponde aplicar el mismo criterio, siguiendo en ello la escala de los artículos 21 y 25, y considerando la tabla del artículo 56 y los efectos del artículo 39, todos ellos del Código Penal, aplicándose así la inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio público de Alcalde en su grado máximo. Con lo dicho entiende el Tribunal que la referida pena de inhabilitación, al tenor de lo claramente señalado en el mencionado artículo 39 del Código recién citado, priva al sentenciado del cargo y le incapacita para obtenerlo, u otros de la misma carrera, durante el tiempo de la condena, no haciéndose lugar al abono que la defensa de este sentenciado solicitó, al no existir prueba –distinta de la incapacidad para postularse al cargo, por encontrarse acusado– que demostrare haber estado previamente inhabilitado por estos mismos motivos.

b) Respecto de los acusados Patricio Reyes Céspedes, Myriam Catalán Silva y Carmen Rodríguez Howard, cada uno responsable de un solo delito, les beneficia la circunstancia atenuante de responsabilidad penal de media prescripción, por lo que se

les rebajarán sus penas en dos grados, conforme ya se ha explicado en la letra anterior, quedando por tanto el rango de la sanción para estos inculpad -Reyes, Catalán y Rodríguez- en prisión en su grado máximo. Como para la imputada Catalán además concurre la atenuante de irreprochable conducta anterior, la prisión en su grado máximo se aplicará en su mínimo. En cuanto a la sanción de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio, ella será igualmente rebajada por las consideraciones precedentemente expuestas a la inhabilitación especial temporal en su grado medio, sin perjuicio de advertir –más allá de lo razonado sobre la comunicabilidad- que a las fecha de los hechos no desempeñaban cargo o empleo público alguno.

(...)

Rol Interno del Tribunal N°196 - 2008.

PRONUNCIADA POR LOS JUECES TITULARES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA CLAUDIA LEWIN ARROYO, LORRAINE GIGOGNE MIQUELES Y WILFRED ZIEHLMANN ZAMORANO.

EXTRACTO SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA

Antofagasta, a catorce de julio de dos mil diez.

VISTOS:

(...)

NOVENO: Que en todo lo relativo a los requisitos de admisibilidad respecto de los recursos interpuestos, debe tenerse en consideración que la etapa del procedimiento referido a la verificación del cumplimiento de los requisitos formales, según los artículos 382 y 383 del Código Procesal Penal, comienza con el plazo de cinco días que se computa desde el ingreso del recurso a la Corte, para que los intervinientes soliciten las declaraciones de inadmisibilidad que estimen procedentes, se adhieran a él o formulen observaciones por escrito. Transcurrido este término, el tribunal a quo debe pronunciarse en cuenta acerca de la admisibilidad de los recursos y si los declara admisibles, quedan en estado de verse, como ocurrió en el presente caso. Asimismo, la última disposición, también refiere a que la Excma. Corte Suprema remita el expediente, como lo hizo, habiéndose nuevamente efectuado un pronunciamiento en cuenta sobre la admisibilidad de los recursos; de manera que conforme lo disponen los artículos precedentes el proceso de admisibilidad del recurso de nulidad se agota en las resoluciones de la Corte de Apelaciones que se efectuaron en cuenta, respecto de las cuales sólo era procedente el recurso de reposición en virtud de lo señalado en el artículo 362, aplicable por disposición de lo dispuesto en el artículo 361, ambos del Código Procesal Penal.

Concluir lo contrario, significaría desconocer el texto expreso y romper la homogeneidad de la vista del recurso, que el legislador circunscribió sólo para la discusión respecto de las causales invocadas, razones sufi-

cientes para desestimar en general todos los problemas de admisibilidad que reclamaron los recurridos en la audiencia, más aún si tratándose de sentencias interlocutorias éstas, al momento de producirse la vista del recurso, ya estaban ejecutoriadas, o sea habían producido los efectos de cosa juzgada.

DECIMO: Que la primera causal de nulidad alegada por la defensa de Carmen Rosa Rodríguez Howard se fundamenta en la letra e) del artículo 374 en relación con la letra c) del artículo 342, ambos del Código Procesal Penal, sobre la base de tres formas distintas de actuación u omisión; respecto de la primera en cuanto no se señala en la sentencia cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probados, desde luego deberá desestimarse a la luz de la reflexión undécima de la sentencia impugnada, que a partir de la página 204 hasta la 209, fijó cinco grupos de hechos y uno de ellos lo desmembró, dejando establecida con precisión las actuaciones punibles de cada uno de los imputados; y en lo relativo a la aparente contradicción lógica porque se asevera que los imputados no realizaron los trabajos para los cuales fueron contratados y luego hay una referencia a las escasas funciones que pudieron haber desarrollado para la Corporación, no hay violación a la lógica ni a un razonamiento coherente si se entiende la situación en el contexto general como lo han querido plantear los jueces de mérito, desde que el trabajo contratado era para el directorio de la Cormudeso y tenía actuaciones específicas, mientras que las escasas acciones se realizaron

desde “la perspectiva propia del trabajo municipal” lo que no tiene vínculo con la defraudación evidenciada y más bien puede entenderse como maniobras para cubrir apariencias.

Cuando se alega la falta de fundamentación por parte del tribunal para dar por establecido ciertos presupuestos fácticos, sobre los hechos que se dan por probados, por ausencia de prueba de cargo, porque no hubo testigos que afirmen categóricamente que la imputada no haya realizado dicha labor, también debe ser desestimada porque la fundamentación efectuada por los jueces de fondo y que se lee ordenadamente en las reflexiones novena y décima, que tiene más de 100 páginas, utiliza como fuente el análisis documental y especialmente la testimonial que la clasifica para razonar y ponderar sobre la verosimilitud y credibilidad de las mismas. Además se sostiene, en esencia, que este hecho puntual se acreditó especialmente por las declaraciones “relacionada(s) con los testimonios de quienes trabajaban en el Departamento de Administración y Finanzas de la Cormudeso, en la época en cuestión”, o sea, se fundó principalmente respecto de los deponentes que trabajaban en la Corporación; facultad exclusiva de los jueces orales sin que sea posible siquiera en este estadio procesal, avocarse o cuestionar las reflexiones que surgen de la oralidad e inmediatez, porque son estos jueces quienes escucharon a los testigos y pudieron auscultar considerando incluso aquellos antecedentes inefables que le permitieron lograr la convicción razonada. En consecuencia, no es posible entrar a analizar pormenorizadamente las

declaraciones de los testigos, como lo hizo el recurrente, en todo lo vinculado con las labores omitidas que constituyen el sustento fáctico del fraude acreditado. Razonamiento que debe extenderse al cuestionamiento de los informes presentados por la imputada Carmen Rodríguez y que fueron desestimados por los mismos jueces por las razones que ellos indicaron.

UNDECIMO: Que cobra especial atención la fundamentación del origen de los fondos que conforma la acción típica; en primer lugar tratándose de las normas reguladoras de la apreciación de la prueba del artículo 297 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 340 del mismo Código, los tribunales de mérito aprecian la prueba con entera libertad sin restricción alguna en cuanto a que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso pueden acreditarse por cualquier medio, producido o incorporado en conformidad a la ley y los jueces no tienen más limitación que los principios de la lógica, los dictados que difunden las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, convicción que se adquiere sobre la realidad de haberse cometido el hecho punible, objeto de la acusación, y que no es cuestionada por una reflexión razonablemente dubitativa, es decir, que un razonamiento lógico demuestre la posibilidad de desvirtuar lo aseverado y que incida en el hecho típico al punto de hacerlo desaparecer.

Desde este enfoque, el sólo hecho de afirmar la falta de prueba o sugerir

una prueba pericial, como lo hace el voto disidente, está fuera de toda reflexión racional relacionada con la apreciación de la prueba, porque el proceso de ponderación de los jueces de mérito es justamente sobre la totalidad de los medios probatorios anunciados y rendidos durante el juicio oral. Se trata justamente de que los sentenciadores deben evaluar la **prueba rendida** por los intervinientes no la faltante y menos la sugerida. De esta manera, el tópico fue desarrollado exhaustivamente en el motivo Noveno que se inicia con la aseveración de que *“En segundo lugar el tipo penal exige que se defraude, esto es que se realice respecto del Estado u otros entes públicos, conductas que le signifiquen una pérdida o les prive de un lucro legítimo, acciones orientadas a aparentar la ejecución de un servicio a sabiendas que nunca sería realizado, pagándolo con fondos públicos, originados en subvenciones de educación y salud, destinando las labores de aquellas personas a otros fines, con los que se produjo un perjuicio al patrimonio fiscal.”* y se explica sobre el análisis de los diferentes testigos, declaraciones de los imputados, documentos referidos a informes de Myriam Catalán, Patricio Reyes y Carmen Rodríguez, ponderación que se lee de la página 81 a la 189 de la sentencia y a cuyo propósito se dan por establecidos los hechos referidos sobre las acciones orientadas relativas a los fondos públicos y el origen de las subvenciones de salud y educación, para luego en la reflexión siguiente analizar las acciones emprendidas por los acusados en perjuicio del Fisco y por qué se estimó perjudicado el Estado y los respectivos montos. Así se analiza el

origen de los recursos y se logra la convicción, en el considerando undécimo, de la existencia de los hechos constitutivos de los delitos, por lo que no hay falta de fundamentación para la convicción que el dinero por el cual se pagó a los encausados provenía de un origen estatal, especialmente de los aportes ministeriales de salud y educación.

DUODECIMO: Que sobre la tercera forma en que se funda la causal, cuando se imputa la **“ocultación de medios de prueba rendidos en el juicio porque no se reprodujo en forma íntegra diversas declaraciones”** conviene desde un primer momento hacer una aclaración, porque la obligación de los sentenciadores en lo que a enunciación se refiere, se contiene en la letra b) del artículo 342 del Código Procesal Penal y que está relacionada con la enunciación breve de los hechos y circunstancias que hubieren sido objeto de la acusación, la pretensión reparatoria y las defensas de los acusados, por lo tanto no existe obligación de reproducir íntegramente la declaración de los testigos, sino sólo debe exponerse a la luz de la letra c) de la citada disposición, en forma clara, lógica y completa **cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueron ellos favorables o desfavorables** a los acusados; exigencia del Código que es suficiente para desestimar en este rubro el recurso de nulidad, no obstante -como ya se dijo-, se ponderó la totalidad de la prueba testimonial y dentro de la libertad de los jueces de fondo, sobre las razones que ellos dieron, atinentes y justificatorias de su decisión,

ponderando de mejor forma aquellos testigos que a su juicio tenían mayor veracidad. Incluso cuando se hizo la referencia al abogado Eduardo Cordero, por sus conocimientos especiales en derecho administrativo, no fue considerado como esencial en las conclusiones porque se estimó que sus declaraciones revestían el carácter de testimonial sobre conocimientos vertidos pero con su particular opinión jurídica y por lo mismo a juicio de los sentenciadores se estimó innecesaria su reproducción y análisis de sus dichos, lo que cabe en el campo exclusivo de los jueces al establecer que un testigo con conocimientos específicos sólo emitió una opinión en cuanto a todos los hechos acreditados y de los cuales él no fue testigo presencial en la actividad específica que se le exigía desarrollar a los encausados que contrataron con la Dirección de la Corporación Municipal de Desarrollo Social.

DECIMO TERCERO: Que en lo atinente a la causal de la letra f) del artículo 374 del Código Procesal Penal, referido a la infracción de la congruencia o convergencia que debe existir entre la acusación y la sentencia desde que el pronunciamiento jurisdiccional está limitado por el contenido de la acusación en términos que el tribunal no puede condenar **“hechos o circunstancias no contenidos en ella”** (341), basta para rechazar el recurso la sola referencia a la acusación particular formulada por el querellante Marcos Simunovic Petricio que pidió tenerla por formulada en contra de los imputados, como autores de los delitos reiterados de fraude al Fisco,

respecto de Daniel Ernesto Adaro Silva y de los demás por el delito de estafa, refiriéndose en los hechos de la acusación particular a la defraudación con perjuicios en términos dinerarios determinados obtenidos de partidas o ítem de subvenciones del Ministerio de Educación y Salud, situación similar a la acusación particular planteada por Pedro Araya Guerrero.

No obstante, si se entiende que la congruencia exigida en el artículo 341 del Código Procesal Penal, es una garantía del imputado que exige el derecho de defensa para que haya una relación directa entre el hecho delictivo o punible atribuido en la acusación con la circunstancia fáctica establecida en la sentencia, lo que se persigue es una correlación fáctica esencial que converja desde la imputación al fallo para que los imputados tengan perfecto conocimiento de ello y puedan defenderse de aquellas circunstancias o proposiciones que se aducen cometidas por ellos, de manera que no resulte una sorpresa el hecho acreditado y no necesariamente su calificación jurídica. En este caso, el perjuicio se hacía radicar en la Cormudeso pero directamente ligada a fondos fiscales, por lo tanto cuando se estableció que el perjuicio lo fue en contra del Fisco de Chile no ha resultado sorpresivo ni divergente a la imputación efectuada, más aún si la teoría del caso planteada por la defensa era justamente la inexistencia del delito porque la Corporación no tenía el carácter de ente público; razones más que suficientes para desestimar el recurso en este aspecto.

DECIMO CUARTO: Que sobre la comunicabilidad del presupuesto fáctico que coincide con el núcleo del tipo del artículo 239 del Código Penal, referido a la calidad de funcionario público, ninguna influencia sustancial en lo dispositivo del fallo puede existir si se considera que las acusaciones particulares imputan el delito de estafa y dado los montos defraudados en relación con los artículos 467 y 468 del Código Penal, la sanción sería similar, por lo tanto falta el elemento esencial de la causal del recurso de nulidad. No obstante, si se considera la forma como en Chile se castiga a los autores y cómplices de los delitos, según lo dispuesto en el artículo 15 del Código Penal, el cómplice necesario, al que no se le exige por su calidad de tal el atributo de empleado público puede y debe ser incluido en el N°3, al punto que la dogmática nacional debiera aceptar técnicamente la calidad de autor del delito de fraude al Fisco, respecto de un particular que realiza o despliega una acción en los términos del N°3 del citado artículo 15 que incluso además de facilitar los medios o de presenciar el hecho, se beneficia de la situación y en tal caso no cabe sino considerar la calidad de autor.

(...)

TRIGESIMO SEGUNDO: Que en cuanto a que debió declararse previamente la simulación de los contratos, esta tesis escapa absolutamente a los elementos propios del tipo penal, desde que no tiene injerencia jurídica para la prosecución de la acción penal.

Debe precisarse que los errores de derecho deben cometerse en el fallo y no en el juicio, no siendo procedente sobre la base de un supuesto vicio del procedimiento, invocar una causal de nulidad propia de la sentencia, debiendo en especial tenerse presente que los acusados –Rodríguez, Reyes y Catalán– fueron condenados al haberles cancelado con fondos fiscales trabajos que no realizaron, y no por simulación de contrato de prestación de servicio como lo asevera la defensa, pretendiendo exigir una condición que el tipo penal contenido en el artículo 239 del Código Penal no contempla.

En lo concerniente a la calidad del sujeto activo en la defraudación, los jueces de fondo en el considerando octavo analizan los elementos del tipo penal en lo referente a esta calidad, procediendo a considerar dos elementos: nacimiento y fines para los cuales se creó la Cormudeso y el origen de sus ingresos, estableciendo que el ejercicio del cargo de Presidente de dicha Corporación, deriva de su calidad de Alcalde de la comuna y, por ende, en su condición de tal como empleado público; que la finalidad de la referida Corporación fue realizar la administración y operación de determinados servicios en especial funciones relacionadas con la atención de la salud y educación que son de carácter público por emanar del deber del Estado de satisfacerlas. Respecto a los ingresos la normativa de sus Estatutos indica que su patrimonio estaría constituido, entre otros, por los fondos que reciba del Estado, de las Municipalidades y o de otras entidades públicas o priva-

das, de modo que al administrar los fondos fiscales, aportados a la Cormudeso a título de subvención del Estado, también permitió determinar su calidad de tal.

Respecto a la defraudación y perjuicio al Fisco de Chile como elementos del tipo, en el motivo noveno los sentenciadores, después de examinar pormenorizadamente las declaraciones prestadas por los miembros del Directorio, funcionarios de la Corporación, como aquellos Secretarios Ejecutivos que se desempeñaron en los periodos agosto 2003, abril 2004, que denominan testigos de contexto, aquellas personas que se desempeñaron en la referida Corporación y otros grupos de testigos que los aglutinan como diversos funcionarios públicos, los testimonios de los abogados Cristian Arenas y Felipe Valenzuela, prestando especial atención a los dichos de Arturo Belmar quien fuera administrador de la municipalidad de Antofagasta entre agosto 2003 hasta mediados de 2004, y de referirse circunstanciadamente a los testimonios de los tres fiscalizadores de la Contraloría General de esta ciudad además de la declaración Olga Zlatar López, funcionaria de esa repartición, consideran que la relación contractual de Rodríguez Howard, Reyes Céspedes y Catalán Silva con la Cormudeso, dispuesta directamente por Daniel Adaro Silva no estuvo vinculada con la función que se suponía que estos debían prestar a la directiva de la Cormudeso.

Igualmente los informes que emitieron tanto doña Myriam Catalán Silva como don Patricio Reyes Céspedes y

doña Carmen Rodríguez Howard, que son analizados exhaustivamente, contrarrestándolos con la testimonial rendida por la demandada e informe pericial evacuado, fueron elaborados con ocasión del requerimiento efectuado por la Contraloría y en caso alguno permiten justificar la prestación contratada, de manera que al igual que lo determinó el órgano contralor no se acreditó la legalidad del gasto, concluyendo los jueces del grado que la prueba aportada al juicio fue categórica en cuanto los acusados ejecutaron labores en áreas estrictamente municipales y no en materias o actividades relacionadas con la Cormudeso, sino ajenas a la misma, reflexiones que esta Corte comparte.

En este mismo discurrir y en lo que dice relación al origen de los fondos, deberá estarse a lo ya razonado en el motivo Undécimo del presente fallo.

En cuanto a la regulación de la pena el Tribunal de Juicio Oral en el considerando Décimo Octavo razona de acuerdo a lo establecido en el artículo 18 del Código Penal, aplicando la sanción señalada en el artículo 239 del mismo Código, conforme a la redacción anterior a la Ley 20.341 por ser más benigna y, en lo que respecta a la inhabilidad, necesariamente debieron aplicarla conforme a una única disposición legal, como acertadamente lo hicieron los sentenciadores, quienes, además, están facultados para aplicar en la sentencia la pena de acuerdo a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que acogieren según sus apreciaciones y en uso de sus facultades procedieron a rebajarla en dos grados.

(...)

TRIGESIMO QUINTO: Que como puede observarse, se está impugnando la valoración de la prueba, cuestión que es propia de los jueces de fondo al tenor de los hechos establecidos por los mismos y, como se explicitara precedentemente, el Tribunal se hace cargo exhaustivamente de la prueba rendida en el juicio, analizando el núcleo del tipo penal y al hacerlo, despliega todo el análisis de la prueba, examinando la testimonial, clasificándola en determinados grupos, efectuando un acabado examen del elemento perjuicio, la comunicabilidad y la participación, estableciendo en el apartado segundo del considerando décimo tercero que *“don Daniel Adaro Silva, intervino suscribiendo los contratos –y en dos casos ordenando su celebración– en representación de la institución que se suponía debía recibir la prestación, en la medida que siendo el primero Alcalde de la Municipalidad de Antofagasta –de suyo un empleado público–, en razón de ese cargo actuó como presidente de la Cormudeso –y, en tal calidad ejerció una función pública, dados los fines para los cuales fue creada dicha Corporación–, luego defraudó el patrimonio fiscal de dicha entidad al contratar con fondos públicos a los coimputados, destinándolos a desempeñar otra labor al interior de una entidad diversa –el municipio– siendo Adaro Silva el principalmente beneficiado con tal actuar, pues contó con asesorías y servicios que de otro modo no pudo haber financiado, salvo que lo hubiese hecho con su propio patrimonio”*.

(...)

I.- Que se rechazan las inadmisibilidades invocadas por los recurridos.

II.- Que se rechazan los recursos de nulidad interpuestos por la defensa de los acusados Carmen Rodríguez Howard, Patricio Reyes Céspedes, Daniel Adaro Silva y Myriam Catalán Silva en contra de la sentencia de fecha cuatro de abril del presente año, dictada en la causa RUC 0600635930-0, RIT 196-2008 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta.

Regístrese y devuélvanse.

Rol 199-2010.

No firma el Ministro Sr. Oscar Clavería Guzmán, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa por encontrarse en comisión de servicio.

Pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. Enrique Álvarez Giralt, Sra. Laura Soto Torrealba y Sr. Oscar Clavería Guzmán. Autoriza la Secretaria Titular Sra. Claudia Campusano Reinike.

En Antofagasta, a catorce de julio de dos mil diez, notifiqué por el Estado Diario la resolución que antecede.

EXCMA. CORTE SUPREMA ACOGE RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR EL MINISTERIO PÚBLICO EN CASO PGE V REGIÓN POR FALTA AL DEBIDO PROCESO AL NO PERMITIR INCORPORAR SENTENCIA DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO NI TESTIGOS COMO PRUEBA NUEVA

Roberto Morales Peña¹

Antecedentes de la investigación²

Los hechos de la causa dicen relación con una de las varias investigaciones llevadas por el Ministerio Público de la V Región vinculadas con el uso indebido por parte de los imputados, de los fondos fiscales provenientes de los Planes de Generación de Empleo (PGE) en la Región de Valparaíso, durante el segundo semestre del año 2005, los cuales originalmente estaban destinados a absorber mano de obra cesante y que fueron desviados con el objeto de financiar campañas político electorales.

Sentencia recurrida de nulidad

El Tribunal Oral en Lo Penal de Valparaíso, el 9 de abril de 2010, absolvió a Luis Fernández, Max Bastidas y Fernando Avendaño de la acusación de fraude al Fisco y estafa, sentencia que fue recurrida por el Ministerio Público aduciendo que no se respetó la garantía del “debido proceso” consagrada en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República al no permitir la incorporación como “prueba nueva” de la sentencia de procedimiento abreviado obtenida con posterioridad a la presentación del escrito de acusación ni tampoco la testificación en calidad de testigos de tres de los condenados en ese procedimiento abreviado.

Fundamentos del recurso de nulidad

La Fiscalía promovió un incidente de prueba nueva, solicitando al Tribunal Oral la incorporación de la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2009 obtenida en procedimiento abreviado y emitida con posterioridad a la presentación del escrito de acusación, ya que éste había sido interpuesto en agosto de

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

2 Se tuvo a la vista el escrito de alegato de Hernán Fernández Aracena, Director (S) UNAC, quien alegó el recurso de nulidad ante la Excma. Corte Suprema.

2007, con lo cual se daba cumplimiento al ulterior conocimiento que exige el artículo 336³ del Código Procesal Penal.

Al respecto la doctrina ha sostenido que la prueba nueva “contiene el supuesto de prueba cuyo conocimiento se hubiere obtenido con posterioridad a la oportunidad para ofrecerla, y tal circunstancia se justifique por la parte que desea rendirla. El tribunal ordenará la recepción de la nueva prueba siempre que sea a petición de alguna de las partes”⁴.

El recurso sostenía que el supuesto fue cumplido satisfactoriamente por la Fiscalía, pues ésta dispuso de la sentencia con posterioridad a la presentación del escrito de acusación, por cuanto el procedimiento abreviado se realizó entre esa fecha y el juicio oral. El Tribunal Oral para rechazar la prueba nueva ofrecida, basó sus argumentos en lo dispuesto en el artículo 335⁵ al sostener que su incorporación quebrantaba el principio de inmediación al ingresar una serie de antecedentes que el tribunal desconoce agregando además que tal “canon prohibiría la introducción de una resolución emitida en el procedimiento abreviado”. Interpretación que el recurso consideraba errada pues lo que no se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral dice relación con la tramitación de un procedimiento abreviado, pero no excluye la admisión de una sentencia ejecutoriada extendida en dicho proceso, tanto por su tenor literal, como por la naturaleza y fundamento de la norma, lo que era coherente con la historia del establecimiento de la ley⁶.

3 Artículo 336 del Código Procesal Penal. Prueba no solicitada oportunamente. A petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento.

Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiera una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

4 María Inés Horvitz y Julián López, en Derecho Procesal Penal Chileno, tomo II, p. 325, Editorial Jurídica, 2004.

5 Artículo 335 del Código Procesal Penal. Antecedentes de la suspensión condicional del procedimiento, acuerdos reparatorios y procedimiento abreviado. No se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado.

6 El Senado estimó razonable que no se puedan invocar los antecedentes de la negociación que haya habido entre fiscal y acusado, pero estimó necesario suprimir la referencia al *fallo*, porque impediría por parte del acusado alegar la cosa juzgada y, por otro lado, acreditar la reiteración de conductas. En razón de ello eliminó la expresión *o fallo* que seguía al término tramitación. En Emilio Pfeffer Urquiaga, Código Procesal Penal anotado y concordado, p. 504, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Sin embargo, en lo concreto, el Tribunal Oral negó la incorporación de la sentencia obtenida en el procedimiento abreviado, ante lo cual el Fiscal Lionel González solicitó, entonces, que fuera recibida como prueba la declaración en juicio en calidad de testigos de tres de los seis condenados en el procedimiento abreviado aludido, lo que tampoco fue acogido por el tribunal oral, argumentando que dicho requerimiento constituye una sorpresa para los defensores que jamás contaron con que tres inculcados en los mismos hechos –Malatesta, Meza y Mancilla–, podían ser llevados como testigos al juicio, por último, porque resulta atentatorio a la igualdad de armas.

El Ministerio Público argumentó en el recurso, que ninguna relevancia tiene para estos efectos que el sentenciado conserve dicha condición hasta la completa ejecución del fallo, como argumentó uno de los jueces, ya que lo trascendente es que no podrá volver a enjuiciárselo por los mismos hechos sobre los que declara. En consecuencia, al impedir la incorporación de la prueba, no en razón de incumplir la regla que lo gobierna sino en base a una fundamentación alejada del correcto sentido y alcance de las disposiciones que invoca, privó a la decisión de las características de racionalidad y justicia que exige la Constitución, lo que amerita la invalidación del juicio y de la sentencia.

La Excma. Corte Suprema resuelve este segundo tema en el Considerando Décimo Quinto en los siguientes términos: “Que la incorporación como testigos de otros convictos en los mismos hechos, que ya fueron condenados, no está prohibida por norma legal alguna, en otras palabras, nada impide que coimputados puedan comparecer al juicio en esa calidad”.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema, voto de mayoría

Respecto del primer asunto reclamado, la incorporación como prueba nueva de la sentencia firme ejecutoriada pronunciada en procedimiento abreviado en que fueron condenados otros partícipes del delito objeto de la investigación, al respecto el fallo recuerda que “en el proceso penal, el sentenciador debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio, vinculado ello al derecho de la defensa de aportar sus pruebas y, en especial, a controlar la de cargo del adversario, a la vez que la facultad otorgada para demostrar los extremos que son esgrimidos para inhibir la imputación de que se es objeto, o aminorar sus colofones. Sin embargo, esas prerrogativas se explican mejor en función del ideal de equiparar las posibilidades del inculcado frente a las del acusador, máxime que también integra la garantía de la defensa y que se denomina “Igualdad de Posiciones”⁷.

7 Julio Maier, Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos, pp. 577 y ss.

La sentencia resalta, en el mismo sentido, que tanto la doctrina nacional como la extranjera concuerdan en que para que exista un proceso racional y justo los litigantes en el juicio tienen derecho a un trato en igualdad de condiciones⁸.

Sobre el alcance del artículo 335 del CPP y la incorporación como prueba nueva de la sentencia del procedimiento abreviado, sostuvo en su considerando Noveno que “si se recurre a la historia del establecimiento del artículo 335 del Código Procesal Penal, las conclusiones generadas en el seno de la Comisión del Senado ofrecen un claro raciocinio acerca de la intención del legislador en relación al punto discutido. Es así como en la Sesión 5ª de dicha Comisión se expuso lo siguiente: “El Senado estimó razonable que no se puedan invocar los antecedentes de la negociación que haya habido entre fiscal y acusado, pero estimó necesario suprimir la referencia al fallo, porque impediría por parte del acusado alegar la cosa juzgada y, por otro lado, acreditar la reiteración de conductas. En razón de ello eliminó la expresión fallo que seguía al término tramitación”.

Luego, en el considerando décimo del fallo de la Corte Suprema se indica respecto al artículo 335 citado que: “Tal disposición no puede sino referirse a la persona del imputado, y ello es así, pues esa vía supone para el sujeto pasivo la aceptación expresa de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, renunciando a su derecho a un juicio oral, público y contradictorio”. Por lo tanto, no era aplicable al caso en cuestión.

A su vez, en el considerando duodécimo se da solución y se sienta doctrina sobre el alcance a que debe ceñirse el artículo 335 del Código de enjuiciamiento, en los siguientes términos: “Que la decisión del tribunal, en tanto se sustenta en la imposibilidad de aportar al juicio los antecedentes relativos a la tramitación de un procedimiento abreviado, lo que es ajustado a derecho, no se condice con el mérito del pleito, dado que, en la especie, el ofrecimiento de prueba nueva quedó acotado únicamente al texto de la sentencia, prueba documental de cargo que no se encuentra excluida por el artículo 335 tantas veces citado, por lo que, como lo sostuvieron los recurrentes, no existe fundamento legal que reprima la posibilidad de incorporar como prueba de cargo, la copia del laudo emitido en procedimiento abreviado contra otros imputados”.

Concluye, “esta Corte Suprema ya ha establecido que la limitación estipulada atañe únicamente a la persona del imputado, de manera que la agregación del pronunciamiento que sancionó a otros inculcados por los mismos hechos, no configura inobservancia a las garantías reconocidas en la Carta Magna”.

8 Diego Hauva Gröne, “El debido proceso en la reforma procesal penal: cumplimiento de algunos tratados internacionales de derechos humanos relativos al debido proceso en los principios básicos del nuevo código”, Revista Procesal Penal N°5, pp. 13 y ss.

Nada impedía, entonces, a que se hubiere incorporado la mentada sentencia del procedimiento abreviado en el juicio oral tal como lo solicitó el Ministerio Público.

Respecto del segundo asunto reclamado, el rechazo de admitir como prueba nueva la recepción del relato de aquellos imputados que fueron condenados por sentencia firme, por los mismos hechos, en procedimiento abreviado.

La Excma. Corte Suprema resuelve este segundo tema en el considerando décimo quinto en los siguientes términos: “Que la incorporación como testigos de otros convictos en los mismos hechos, que ya fueron condenados, no está prohibida por norma legal alguna, en otras palabras, nada impide que coimputados puedan comparecer al juicio en esa calidad”. Y agrega en el considerando décimo tercero que “nada impide al Ministerio Público incluir como testigos para el juicio oral, a los encartados respecto de quienes, ante el Tribunal de Garantía, propuso y aceptaron un procedimiento abreviado, con ocasión de los mismos sucesos”⁹ y agrega que “El derecho a guardar silencio y la prohibición de autoincriminación alcanza a la persona del inculcado sobre hechos propios y del que puedan arrancarse corolarios jurídicos que le sean perniciosos en relación a los acontecimientos específicos ventilados en la litis, pero nada obsta a que puedan ser llamados como testigos sobre hechos de terceros de los que, por cualquier medio, han tomado conocimiento. Su condición de enjuiciado, incluso hasta la completa ejecución de la sentencia, en nada altera lo dicho”¹⁰.

Nada obsta, entonces, a que los testimonios de los imputados hubiesen sido recibidos en juicio oral tal como lo solicitó el Ministerio Público.

En definitiva, fueron acogidos por la Excma. Corte los recursos de nulidad presentados por el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, ambos sustentados en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, ordenando la anulación del juicio oral y de la sentencia definitiva recurrida, y disponiendo la realización de un nuevo juicio oral. Estimó la Excma. Corte que se vulneraron las normas del debido proceso en el juicio oral al no considerarse una serie de pruebas: “Cuando el tribunal decide cercenar la prueba nueva de cargo consistente en la incorporación de la copia de la sentencia de un procedimiento abreviado, por los mismos hechos pero respecto de otros imputados, y la declaración, como testigos, de tres condenados por los acontecimientos materia de la averiguaciones que derivaron en un juicio oral, lo que hace en realidad es atentar contra la garantía constitucional del debido proceso. Que, en este escenario, el Ministerio Público y el querellante institucional quedaron en una posición desventajosa, ya que se les inhibió la posibilidad de rendir prueba de cargo, en carácter de prueba nueva, expe-

9 Considerando décimo tercero de la sentencia de la Excma. Corte Suprema.

10 Considerando décimo quinto de la sentencia de la Excma. Corte Suprema.

rimentaron así el perjuicio requerido por la nulidad, con atropello de las normas relativas a la garantía ya aludida consagrada en el artículo 19, N°3°, inciso 5°, de la Carta Magna”, indicó el fallo en su considerando 16°.

Voto de minoría

Que estuvo por negar los recursos de nulidad interpuestos por el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, argumentando que el principio del “debido proceso” consagrado en el artículo 19 N°3 inciso 5 de la Constitución y en las Actas constitucionales números 100, 101 y 103 fue establecido como una forma de consagrar y resguardar la legalidad del juzgamiento pero teniendo como antecedente determinante las diversas declaraciones sobre los Derechos Humanos. Ahora bien, si el Ministerio Público se encarga, por orden constitucional, de dirigir en forma exclusiva la investigación, no se entiende como se podría haber incurrido en una violación del debido proceso del ente persecutor. Afirma que “la Constitución ha querido conceder esta garantía a quien es perseguido por el Estado y no a su órgano persecutorio, máxime cuando este tiene una organización constitucional propia donde no se le concede. En efecto, valerse de un principio que defiende al hombre perseguido penalmente y que le asegura la protección y la igualdad frente a la actividad todopoderosa del Estado que ejerce la potestad de castigar, para invalidar un fallo absolutorio, porque quien persigue tenga derecho a que le aplique el principio del debido proceso, parece dudoso. Anular tal decisión con el objeto de aplicar una pena en virtud de otorgarle al Ministerio Público una garantía constitucional que no posee, no es posible”.

Otras consideraciones del fallo

La Excma. Corte ya había emitido dos pronunciamientos sobre el particular pero este último es el primero en el cual el Ministerio Público es el recurrente por lo cual es de especial transcendencia para la Fiscalía.

Reproducimos, en lo pertinente, ambos fallos:

Recurso de Nulidad Ingreso N°122-2006: “la introducción como prueba nueva de la sentencia definitiva del procedimiento simplificado en que fueron condenados otros partícipes del delito de autos, fechada el 24 de octubre de 2005, no infringe lo dispuesto por el artículo 335 del Código Procesal Penal”.

Recurso de Nulidad Ingreso N°4978-2008: “En la misma perspectiva, nada impide al Ministerio Público incluir como testigo para el juicio oral, a aquel imputado respecto de quien, ante el Tribunal de Garantía, propuso y aceptó un procedimiento abreviado con ocasión de los mismos hechos”.

Sentencia de la Excm. Corte Suprema que acogió el recurso de Nulidad deducido por el Ministerio Público y Consejo de Defensa del Estado que anuló fallo y juicio oral recurrido y determinó la realización de un nuevo juicio oral

Santiago, a doce de julio de dos mil diez.

VISTOS:

En estos autos rol único 0500643407-1 e interno del tribunal 365 – 2009, se registra la resolución emitida en procedimiento ordinario por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Valparaíso, el nueve de abril de dos mil diez, que en lo decisorio absolvió a Luis Antonio Fernández Sarmiento, Max Leonidas Bastidas Pinilla y Fernando Demetrio Avendaño Schlick de las acusaciones fiscal y particular que los sindicaba como autores de fraude al Fisco y estafa, presuntamente cometidos en las ciudades de Quillota y Viña del Mar, en noviembre y diciembre de dos mil cinco, sin costas. Por su sección civil, denegó la acción del Fisco de Chile en contra de los mismos encausados, sin costas.

En contra de esa decisión, Enrique Vicente Molina, Abogado Procurador Fiscal de Valparaíso del Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco, dedujo un recurso de nulidad aislado en los literales del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, y del artículo 374, letra e), del mismo cuerpo legal, las que se invocan en forma conjunta.

Enseguida los letrados Jorge Abott Charme, Fiscal Regional del Ministerio Público, Quinta Región, y Lionel González González, Fiscal Adjunto de Viña del Mar, formalizaron un recurso de nulidad sustentado en la letra a) del artículo 373, del Estatuto procedimental criminal y, de manera subsidiaria, en la letra e) del artículo 374 de la misma compilación procesal penal.

Este tribunal estimó admisibles los recursos y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece de fojas 390.

La audiencia pública se verificó el veintidós de junio último, con la concurrencia y alegatos de los abogados Hernán Fernández, por el Ministerio Público, Luis Díaz, por el Consejo de Defensa del Estado, Pamela Pereira, por el imputado Max Bastidas Pinilla y el defensor Felipe Caballero Brun, en representación de los enjuiciados Luis Antonio Fernández Sarmiento y Fernando Avendaño Schlick.

Luego de la vista del recurso, se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 400 de este cuaderno.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad interpuesto en el libelo de fojas 287 a 369 de estos antecedentes, en su segmento inicial, se afina en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, concreta el defecto en la inobservancia a los artículos 5° y 19, Nros. 3°, inciso quinto y 26°, de

la Constitución Política de la República y 295, 296 y 335 del estatuto procedimental criminal.

Como cuestión previa, explica que la Intendencia Regional de Valparaíso, representada por el Intendente de la época, Luis Guastavino Córdova, celebró un Convenio de Colaboración con Hugo Meza Zúñiga, con el objeto que se desempeñara entre el uno de noviembre y el treinta y uno de diciembre de dos mil cinco, como ejecutor de dos proyectos contemplados en el marco de lo que se denominó “Programa de Generación de Empleo” (PGE). El contratista Meza Zúñiga dispuso la realización de los proyectos “Mantenimiento de plazas y espacio públicos Provincias de Quillota – Petorca – San Felipe”, por un monto de veintitrés millones seiscientos setenta mil pesos (\$23.670.000.-), y “Limpieza de calles y aseo de espacios públicos en diferentes sectores altos de Viña del Mar”, por quince millones setecientos ochenta mil pesos (\$15.780.000.-), sumas pagadas y recibidas por Meza Zúñiga mediante un cheque emitido por la aludida Intendencia por treinta y nueve millones cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$39.450.000.-). Indica que esos dineros se traspasaron del gobierno central a la Intendencia por decretos supremos del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, con cargo a una partida de la Ley de Presupuestos del Sector Público para el año dos mil cinco.

Añade que en estos planes le cupo intervenir, en razón de sus cargos, a José Manuel Mancilla López, entonces Secretario Regional Ministe-

rial del Trabajo y Previsión Social de la V Región y a Jaime Quiroz Moscoso, a la sazón funcionario del Departamento de Municipalidades del Gobierno Regional-Valparaíso, quienes ejecutaron acciones dolosas defraudatorias.

Asevera que, de este modo, fraudulentamente, se obtuvieron recursos que fueron asignados a Meza Zúñiga, con quien existía concierto previo, al igual que con Giuseppe Malatesta Valladares, antiguo ejecutor de estos programas. Facilitaron los medios para la selección, contratación y pago de los supuestos beneficiarios que no reunían las condiciones exigidas por las obras, o que derechamente no trabajarían en ellas o que ejecutarían una labor ajena a los fines contemplados en el mismo, por ejemplo, el favorecimiento directo o indirecto de campañas electorales del Diputado señor Rodrigo González Torres, en Viña del Mar, y otros a la candidatura a diputado del señor Marco Enríquez-Ominami, en Quillota.

Agrega que en Viña del Mar, Fernando Demetrio Avendaño Schlick, secretario remunerado del diputado González, y Max Leonidas Bastidas Pinilla, jefe de campaña para las elecciones parlamentarias de dos mil cinco del mismo congreso y entonces consejal de la Municipalidad de Viña del Mar, procedieron a recabar de dirigentes vecinales de la comuna viñamarina nóminas de personas que se verían “beneficiadas” con las faenas. De esta manera Avendaño y Bastidas intervinieron en la selección, contratación y pago y/o facilitaron los medios para la selección,

contratación y pago de los supuestos favorecidos que no reunían las condiciones personales exigidas por el programa, o, como se dijo, directamente no trabajaron en el proyecto o lo hicieron en algo distinto o ajeno a él, por ejemplo, el favorecimiento, en Viña del Mar, de la campaña electoral del entonces candidato González Torres.

En Quillota, en las labores de suscripción de los contratos de trabajo y pago a los supuestos beneficiarios del proyecto intervino Luis Fernández Sarmiento, concertado con Meza Zúñiga y Malatesta Valladares, quien personalmente llevó la lista de aquellos a la Intendencia, se encargó de proponer a los sujetos que ejecutarían el trabajo y, a lo menos, facilitó los medios para la celebración de los convenios y posterior pago; incluso llegó a insertarse y recibió dinero como un favorecido más, al igual que su cónyuge, sin realizar labor alguna.

Finalmente, señala que en la comuna de San Felipe, actuación similar a la de Avendaño y Bastidas en Viña del Mar y a la de Fernández en Quillota, les cupo a Edgardo Lepe Acevedo y Ricardo León Romero.

Precisa que por estos hechos el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado acusaron a José Manuel Mancilla López, Giuseppe Malatesta Valladares, Luis Fernández Sarmiento, Jaime Quiroz Moscoso, Hugo López Meza, Ricardo León Romero, Edgardo Lepe Acevedo, Max Bastidas Pinilla, y Fernando Avendaño Schlick. Relata que seis de ellos aceptaron un procedimiento abreviado, siendo condenados el

veinticinco de septiembre de dos mil nueve, Mancilla y Quiroz como autores del delito consumado de fraude al Fisco, previsto en el artículo 239 del Código Penal, y Meza Zúñiga, Malatesta Valladares, León Romero y Lepe Acevedo, por su responsabilidad de autores del injusto consumado de estafa del artículo 468 del mismo compendio legal. De este modo, los imputados Fernández, Bastidas y Avendaño decidieron ser juzgados en procedimiento ordinario.

Acorde a tales sucesos el recurrente aduce como garantía conculcada de manera sustancial la del artículo 19, N°3°, inciso quinto, de la Carta Fundamental, es decir, el debido proceso, a lo que adiciona el artículo 5° de la misma disposición superior en tanto amplía la concepción de este derecho, y el artículo 19, N°26°, de esa compilación.

Refiere que este derecho se vulneró al impedir la presentación de prueba para acreditar la pretensión del ente persecutor que coincide con la del querellante, violentando el principio de la libertad probatoria consagrado en los artículos 295 y 296 del Código Procesal Penal, en cuya virtud se permite comprobar los hechos por cualquier medio de convicción, producido e incorporado en conformidad a la ley, en la audiencia de juicio respectiva, dogma que cobra realce cuando se trata de prueba nueva, como lo autoriza el artículo 335 de la aludida recopilación de leyes.

En lo concreto, indica que en el desarrollo de las audiencias de prueba del juicio, entre el ocho y treinta de marzo pasado, el Ministerio Público, con la

adhesión del Consejo de Defensa de Estado, pidió al tribunal oral que se permitiera incorporar como prueba nueva la sentencia ejecutoriada de veinticinco de septiembre de dos mil cinco, dictada en el procedimiento abreviado en que se condenó a seis de los nueve encartados. Al efecto, expresó que tanto la acusación del Ministerio Público como la del Consejo de Defensa del Estado fueron formuladas en época muy anterior a septiembre de dos mil nueve y, evidentemente, no pudo ofrecerse como prueba instrumental o documental en los respectivos libelos de acusación, conforme se establece en los artículos 259, letra f), y 261, letra c), del Código Procesal Penal, porque a esa data no existía.

En la secuela del litigio, en decisión dividida, se denegó su incorporación por no consentirlo el artículo 335 del Estatuto de Instrucción Criminal, pues se quebranta el principio de inmediación y se incorporan una serie de antecedentes que el tribunal oral desconoce, toda vez que en concepto de los jueces del grado el mentado canon prohibiría la introducción de una resolución emitida en el procedimiento abreviado, interpretación que el compareciente califica de errada y atentatoria de la garantía del debido proceso, dado que únicamente impide invocar, dar lectura o agregar como medio de prueba al juicio oral, algún elemento que diga relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un juicio abreviado, pero no excluye la admisión de

una sentencia ejecutoriada extendida en un proceso abreviado, tanto por su tenor literal, como por la naturaleza y fundamento de la norma.

Asegura que esta Corte Suprema ya ha establecido que la limitación estipulada atañe únicamente a la persona del imputado, de manera que la agregación del pronunciamiento que sancionó a otros inculcados por los mismos hechos, no configura inobservancia a las garantías reconocidas en la Carta Magna.

Enseguida relata que su parte formuló otra petición cuya resolución implicó una nueva transgresión al debido proceso, esto es, se solicitó la recepción como prueba de la declaración de tres de los seis condenados en el procedimiento abreviado aludido, lo que tampoco fue acogido por el tribunal oral, argumentando que dicho requerimiento constituye una sorpresa para los defensores que jamás contaron con que tres inculcados en los mismos hechos -Malatesta, Meza y Mancilla-, podían ser llevados como testigos al juicio. Además, refieren que la decisión de los convictos que optaron por un juicio oral se fundó precisamente en la prueba que el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado ofrecieron para acreditar los cargos que se les reprochan y sería improcedente, por último, porque resulta atentatorio a la igualdad de armas. Respecto de este dictamen, refiere que uno de los jueces concurre al rechazo del planteamiento fundado en el artículo 7° del Código Procesal Penal, con arreglo al cual el encausado mantiene la calidad de tal hasta la completa eje-

cución del veredicto, de acuerdo a lo cual jamás podría ser llevado a juicio como testigo, salvo que lo hiciera voluntariamente.

Sostiene que la contravención revelada influyó en lo dispositivo de lo resuelto, puesto que basta observar su basamento SEXTO, relativo al establecimiento de los hechos, donde concluye estar en presencia de un ilícito penal de estafa del artículo 473 del Código punitivo, atribuido a un tercero, en cuya contra no se trató el juicio oral que pretende invalidarse, y si bien no puede asegurar que el edicto hubiese sido condenatorio, al menos el órgano jurisdiccional habría contado con todos los elementos necesarios para resolver, como lo impone el debido proceso. Reclama que se le impidió acreditar elementos vinculantes al tipo penal, a la participación de los enjuiciados, a la relación dolosa existente con los condenados en el procedimiento abreviado y los elementos propios del grado de participación atribuida y la solución de las relaciones de los intraneus y extraneus.

El juez disidente, en cambio, concluyó que procedía dictar condena en contra de los tres acusados, dando por establecidos los hechos constitutivos del delito de estafa al Fisco, del artículo 468 del Código Penal, y la participación de ellos como autores del artículo 15, N°3°, del mismo estatuto, en la medida que actuaron concertados para la ejecución de los hechos con los condenados en el procedimiento abreviado, José Mancilla, Jaime Quiroz, Hugo Meza y Giusseppe Malatesta, facilitando los

medios con que los injustos fueron llevados a cabo por los partícipes directos recién referidos. Este voto de minoría, al no poder contar con la sentencia del juicio abreviado, fundó su determinación en que ello es un hecho público y notorio en la región, o sea, sucesos que para él no requieren ser probados.

SEGUNDO: Que, asimismo y de manera conjunta, asilado en el literal del artículo 374, letra e), en concordancia con los artículos 342, letra c), y 297, del Código Procesal Penal, reclama que el laudo valora los medios de convicción, apartándose de los principios de la lógica, del conocimiento científicamente afianzado y de la experiencia, lo que se observa al fijar los hechos, al decidir la falta de participación de los encartados, desecha la demanda civil y descartar pruebas. En síntesis, el fallo citado determina que la imputación criminal no se acreditó, pues echa de menos la intervención de los inculcados en la selección de los beneficiarios, aún a sabiendas que los mismos no reunían las aptitudes necesarias para los fines previstos, desconoce la participación directa o indirecta de los inculcados en las actividades de pagos, a sabiendas que los favorecidos no cumplían con las condiciones para tener dicha calidad y, por último, su intervención en los procesos de pago, en conocimiento que aquellos beneficiarios no habían trabajado o lo habían hecho en funciones y para fines ajenos a los proyectos.

Para fundamentar estos asertos, el recurrente precisa que la prueba del yerro delatado viene dada por el

voto de minoría, que razona, valora y concluye en armonía y respeto a los principios citados precedentemente, que los sucesos materia de la acusación si se encuentran suficientemente comprobados para cuyos efectos el compareciente transcribe las apreciaciones del disidente vertidas en el dictamen y las conclusiones a que arribó respecto de la acreditación de los hechos de la acusación en lo concerniente a la simulación o engaño, el error, la disposición patrimonial de recursos fiscales, el perjuicio causado, la relación de causalidad entre los diversos elementos del delito y de la intervención de los acusados Fernández Sarmiento, Avendaño Schlick y Bastidas Pinilla, en los sucesos materia de las pesquisas, para luego, a partir de esa reproducción, afirmar que es evidente el vicio absoluto de nulidad alegado y la influencia en lo dispositivo del fallo.

Con tales argumentos, en la conclusión, solicita se declare la nulidad del juicio oral y la sentencia definitiva dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso que resolvió absolver a los imputados Avendaño Schlick, Bastidas Pinilla y Fernández Sarmientos de los cargos librados en su contra por los hechos materia de la causa y que configuran en concepto del ente persecutor y del querellante institucional el delito descrito en el artículo 468 del Código Penal, sancionado en el artículo 467, del mismo ordenamiento, en grado de consumado, cometido por los inculpatos, en calidad de autores, ordena la remisión de los antecedentes al tribunal competente, no inhabilitado, con indicación del estado en

que deberá quedar el procedimiento para la realización de un nuevo juicio oral y emitirse nuevo pronunciamiento ajustado a derecho.

TERCERO: Que, a su turno, los representantes del Ministerio Público, han entablado un recurso de nulidad apoyado en el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, en conexión con el artículo 19, N°3°, inciso 5°, de la Constitución Política de la República, de manera principal y, en subsidio, descansa en el artículo 374, letra e), en armonía con los artículos 342, letra c), y 297 del referido texto procedimental criminal.

La inobservancia que denuncia se genera durante el juicio oral y mientras se rendía la prueba de cargo, ocasión en que, con arreglo al artículo 336 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público formuló un incidente de prueba nueva y solicitó al tribunal que permitiera la incorporación del fallo emitido contra otros seis imputados que participaron en el injusto indagado, condenados ya en procedimiento abreviado, dictada el veinticinco de septiembre de dos mil nueve, esto es, con posterioridad a la acusación que se decide, ahora, en juicio oral, quedó así satisfecho el requisito de ulterior conocimiento que exige la regla sobre las probanzas nuevas.

Desestimada la petición de incorporar la sentencia, se formuló otro incidente, esta vez, para recibir la declaración de los convictos Mancilla, Meza y Malatesta, todos castigados por resolución firme posterior a la acusación, requerimiento que también fue desechado.

Referen que la cuestión planteada en el litigio se encuentra reglamentada en el inciso primero del artículo 336 del Código Procesal Penal, en tanto se trata de una admisión de prueba nueva, cuyos requisitos se describen en la misma disposición, a saber, que se justifique no haber sabido de su existencia sino hasta el momento en que se propone. Este aspecto, sin embargo, no encuentra adecuada respuesta en la decisión judicial, la que discurre en cuestiones relacionadas con una supuesta inobservancia a los artículos 334 y 335 del Código y el derecho a defensa, reglas respecto de las cuales, además, se excede su efectivo y correcto entendimiento.

El error delatado provoca que la decisión no acate las exigencias de justicia y racionalidad que motiva el reclamo, porque impide la incorporación de antecedentes probatorios en razón de un hipotético e inexistente atropello al derecho de defensa. Recuerdan que la agregación de prueba consistente en sentencias dictadas en el marco de un juicio abreviado, no representa ni encierra infracción constitucional alguna, fundamentalmente porque el artículo 335 no alcanza a la decisión extendida en dicho proceso, y porque quienes resultaron condenados no son los acusados en el juicio para el que se solicita su incorporación. Por lo demás, afirman que tampoco viola el artículo aludido al autorizar la introducción de la sentencia emitida en un procedimiento abreviado, ya que ella no constituye actuación o diligencia realizada por la policía o el Ministerio Público.

En lo que concierne a la resolución que deniega recibir el testimonio de los condenados por sentencia firme, en razón de suponer una contravención a la prerrogativa a defensa, dado que los encartados no habrían previsto, al optar por el juicio oral, que semejante medio se esgrimiría más tarde en su contra, plantean lo equívoco de tal razonamiento pues, amén de extremar desmedidamente el derecho a defensa, es absolutamente erróneo, por cuanto implicaría conferir inmunidad a los imputados respecto de medios probatorios que la ley no prohíbe, amaga con ello el principio de libertad de prueba, contenido en el artículo 295 del Código Procesal Penal. Además, aclaran que la recepción del medio propuesto quedaría sometida por completo a las reglas que regulan el contradictorio en el juicio oral, instancia que ofrece suficientes salvaguardias de igualdad y resguardo de los derechos de los procesados.

Arguyen que ninguna relevancia tiene para estos efectos que el sentenciado conserve dicha condición hasta la completa ejecución del fallo, como argumentó uno de los jueces, ya que lo trascendente es que no podrá volver a enjuiciárselo por los mismos hechos sobre los que declara. En consecuencia, aseveran que al impedir a su parte la incorporación de la indicada prueba, no en razón de incumplir la regla que lo gobierna sino en base a una fundamentación alejada del correcto sentido y alcance de las disposiciones que invoca, priva a la decisión de las características de racionalidad y justicia que exige la Constitución Política de la Repú-

blica, lo que amerita la invalidación del juicio y de la sentencia.

CUARTO: Que el mismo interviniente, de manera subsidiaria, instaure recurso de nulidad asentado en el artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, en consonancia con los artículos 342, letra c) y 297, del mismo compendio normativo.

A modo ilustrativo, narran que todos los sentenciadores, incluso los de mayoría, concluyeron que en el caso sometido a su decisión existió un injusto de fraude que perjudicó al Estado, argumenta que es autor de ese ilícito el contratista Hugo Meza Zúñiga, contra quien no se sigue este pleito y dan por sentado que no tuvo intervención en la selección de los trabajadores del programa de generación de empleo o en la supervisión de sus labores, pese a lo cual inferen su participación en un delito que califican como fraude. Entonces, expresan que idéntico razonamiento debió adoptarse respecto de los imputados Avendaño, Bastidas y Fernández, ya que éstos, a diferencia del anterior, sí asumieron roles activos en la ejecución del hecho criminoso.

Afirman que el fallo se equivoca en el proceso intelectual de inferencia, método que permite arribar a decisiones correctas en la medida que extraiga conclusiones armónicas de las premisas que componen el silogismo judicial.

Asimismo, violenta las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, pues el recuento de los hechos deja al descubierto que el edicto transgredió el límite de la libre valoración de la

prueba del artículo 297 de la recopilación adjetiva penal e incurrió en el motivo absoluto que se invoca.

Exponen que el laudo no logra explicar cómo puede dar por comprobada la participación del contratista y no la de los inculpadados Avendaño y Bastidas, sin conculcar las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. En efecto, si se atribuye eficacia causal a la conducta de Meza -el contratista- en la producción del resultado defraudatorio, un imperativo lógico forzaba llegar al mismo corolario respecto de los agentes Fernández, Avendaño y Bastidas, ya que su contribución a la obra delictual es igual y hasta ostensiblemente mayor que la de aquél. De este modo indican que se vulneran las normas de la lógica si se admite que Meza es autor, pese a estar ausente en roles como la selección, pago y suministro de medios para perpetrar el delito, mientras que Avendaño, Bastidas y Fernández resultan inocentes por falta de participación, a pesar que tomaron parte activa en dichas conductas.

En el mismo sentido, acotan que hay violación a las máximas de la experiencia al suponer que este injusto es de aquellos susceptibles de cometerse sólo por una persona calificada y no advertir que es completamente irregular que sea el secretario de un parlamentario en campaña y no el contratista a cargo del proyecto, quien se ocupe de seleccionar a los sujetos adscritos al mismo, que les facilite las dependencias para el pago, que intervenga en él, les asigne funciones ajenas al programa y, finalmente, los exima del trabajo. Pugna

con los principios de la experiencia que el secretario del parlamentario y su jefe de campaña, los que se encargaron de seleccionar a los trabajadores del plan, puedan haber ignorado que entre aquellos se encontraban activistas políticos.

Por lo que toca al enjuiciado Fernández Sarmiento, recalcan que son hechos de la causa que éste hizo entrega a Mancilla del listado de trabajadores de la comuna de Quillota, nómina en que figuraban el propio Fernández Sarmiento y su cónyuge. El mismo fue designado por Meza como capataz, sin tener indicación de faenas ni suministro de herramientas, consiguió un lugar para hacer los pagos y sostuvo en juicio que había veces que se remuneraba a los contratados aunque no laboraran, precibían, para sí, un pago por cincuenta y cuatro mil quinientos pesos (\$54.500.-) sin realizar actividad alguna.

En conclusión, advierten que si las mismas sentenciadoras razonan que Hugo Meza hizo aparecer como trabajadores a quienes no tenían tal calidad -reflexión NOVENA-, por lo que se le considera autor de simulación punible, con mayor razón habría de tenerse el mismo predicamento respecto a Fernández Sarmiento, que seleccionó a los beneficiados y se incluyó entre los mismos, recibió una remuneración y, al igual que ellos, no realizó labor alguna, simulando un rol de supuesto capataz.

Pugna con las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica que el condenado Edgardo Lepe, jefe de campaña del entonces candidato Enriquez-Ominami, acepte los

hechos de la acusación y con ello su colusión con Luis Fernández Sarmiento, y el dictamen censurado determine que este último no tiene participación, ya que de haberse aplicado correctamente el proceso de inferencia, se habría concluido que los roles asumidos por los encausados se inscriben en un complejo defraudatorio, donde por cierto interviene el contratista y que en el que tomaron parte los restantes imputados de este pleito.

Para terminar, instan a que por la causal principal o subsidiaria se anule el juicio oral y la sentencia definitiva, se ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para que disponga la realización de un nuevo juicio oral.

QUINTO: Que en la audiencia fijada para el conocimiento del recurso, con el fin de acreditar la motivación del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, el Ministerio Público produjo prueba documental consistente en copia de la acusación librada por el persecutor contra José Manuel Mancilla López, Jaime Quiroz Moscoso, Hugo Meza Zúñiga, Giuseppe Italo Malatesta Valladares, Luis Fernández Sarmiento, Ricardo León Romero, Edgardo Lepe Acevedo, Max Bastidas Piniella y Fernando Avendaño Schlick; y, copia de la resolución pronunciada el veinticinco de septiembre de dos mil nueve, por el juez de garantía Juan Carlos Maggiolo, en los autos RUC 0500643407-1, RIT 9067-2006, contra los otros partícipes del delito, que lo son, José Manuel Mancilla, Jaime Quiroz Moscoso,

Giusseppe Malatesta Valladares, Hugo Meza Zúñiga, Ricardo León Romero y Edgardo Lepe Acevedo. Asimismo, rindió prueba de audio que abarcó las siguientes pistas y minutos: Pista 0500643407-1-1054-100308-02-76-SDO-S1-P76 Incidente Pba.mp3. Minutos 6.53 a 8.30, Pista 0500643407-1-1054-100308-02-77-SDO-S1-P7 Resolución Incidente.mp3. Minutos 0.25 a 2.04, Pista 0500643407-1-1054-100308-02-79-SDO-S1-P79 Incidente Pba. Nueva.mp3. Minuto 1.19 a 3.43 y Pista 0500643407-1-1054-100308-02-80-SDO-S1-P80 Resolución Tribunal.mp3. Minuto 0.43 a 3.56.

SEXTO: Que, los libelos de nulidad del Consejo de Defensa del Estado y del Ministerio Público, reposan en la letra a) del artículo 373 del Estatuto Procesal del ramo, acorde a la cual se reclama inobservancia a la garantía del debido proceso, en cuyo torno es útil dejar en claro que, como ya ha tenido oportunidad de señalar este tribunal la garantía constitucional reseñada condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional desde luego a la existencia de un pronunciamiento que sea corolario de un proceso previo que, en el sentir del constituyente, esté asegurado por reglas formales que conformen un racional y justo procedimiento e investigación, cuya regulación deberá verificarse a través de la ley, que prevea una fase indagatoria que no se aparte de las pautas de actuación del ministerio público, de un oportuno conocimiento de la acción, una adecuada defensa y la producción de la prueba pertinente en las audiencias verificadas ante el

Juzgado de Garantía o ante el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal.

Acerca de los derechos fundamentales y la legitimidad del procedimiento vertebrado el proceso entero, tal como lo pone de manifiesto la propia existencia del recurso de nulidad y la extensión de sus causales. El cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no configuran aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que constituyen presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier veredicto sobre el caso sometido a su consideración (SCS Rol N°9521-09, de 12 de abril de 2010).

SÉPTIMO: Que en torno a la presunta falta de legitimidad del acusador para basar su recurso en la inobservancia a la garantía del debido proceso, reclamada en estrados, conviene tener en cuenta que ni la Constitución Política de la República, ni el Código Procesal Penal, o cualquier otro texto legal, excluyen al Ministerio Público como titular de la garantía del debido proceso contemplada en la Carta Fundamental (En este sentido SCS N°437-2005, de veintiocho de junio; N°3.984-05, de quince de noviembre; N°4.011-05 de veintiséis de octubre; N°4.656-05, de treinta de noviembre, todas del año dos mil cinco y N°3.556-07, de veintinueve de agosto de dos mil siete). El artículo 19 de la Constitución Política de la República no excluye ni hace distinción entre personas naturales y jurídicas como titulares de las garantías y derechos que protege, entre ellos la del N°3°, inciso

5°, que ordena: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, por ello no existe razón o argumento que lleve a descartar al Ministerio Público de la posibilidad de esgrimir dicha garantía como fundamento de su recurso, al encontrarse sometido a la autoridad judicial durante el desarrollo de un pleito, como cualquier interviniente.

Por consiguiente, las alegaciones manifestadas por la defensa durante la vista del recurso, carecen de asidero.

OCTAVO: Que, resuelto lo anterior y en lo que atañe al primero de los tópicos planteados, vale decir, la incorporación como prueba nueva de la sentencia firme y ejecutoriada pronunciada en procedimiento abreviado, de veinticinco de septiembre de dos mil nueve, en que fueron condenados otros partícipes del delito de autos, es menester recordar que en el proceso penal, el sentenciador debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio, vinculado ello al derecho de la defensa de aportar sus pruebas y, en especial, a controlar la de cargo del adversario, a la vez que la facultad otorgada para demostrar los extremos que son esgrimidos para inhibir la imputación de que se es objeto, o aminorar sus colofones. Sin embargo, esas prerrogativas se explican mejor en función del ideal de equiparar las posibilidades del

incriminado frente a las del acusador, máxime que también integra la garantía de la defensa y que se denomina “Igualdad de posiciones” (Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, tomo I. Fundamentos, págs. 577 y ss.).

La doctrina nacional y extranjera concuerdan en que el catálogo de garantías mínimas para que exista “un proceso racional y justo” comprende las que siempre exista un procedimiento que ostente la existencia de un contradictor y que los litigantes en el juicio tienen derecho a un trato en igualdad de condiciones (Diego Hauva Gröne, “El debido proceso en la reforma procesal penal: cumplimiento de algunos tratados internacionales de derechos humanos relativos al debido proceso en los principios básicos del nuevo código”, *Revista Procesal Penal* Nro. 5, págs. 13 y ss.).

NOVENO: Que, si se recurre a la historia del establecimiento del artículo 335 del Código Procesal Penal, las conclusiones generadas en el seno de la Comisión del Senado ofrecen un claro raciocinio acerca de la intención del legislador en relación al punto discutido. Es así como en la Sesión 5ª de dicha Comisión se expuso lo siguiente: “El Senado estimó razonable que no se puedan invocar los antecedentes de la negociación que haya habido entre fiscal y acusado, pero estimó necesario suprimir la referencia al fallo, porque impediría por parte del acusado alegar la cosa juzgada y, por otro lado, acreditar la reiteración de conductas. En razón de ello eliminó la expresión

fallo que seguía al término tramitación” (Senado, Diario de Sesiones del Senado, año 2000, página 667).

DÉCIMO: Que el sentido del artículo 335 del Código Procesal Penal es impedir que el tribunal que debe conocer y juzgar los acontecimientos materia de la indagación tome conocimiento de las tratativas tendientes a obtener una solución anticipada respecto de una imputación a determinado hechor. Según se lee de su propio texto, no se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la tramitación de un procedimiento abreviado. Tal disposición no puede sino referirse a la persona del imputado, y ello es así, pues esa vía supone para el sujeto pasivo la aceptación expresa de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, renunciando a su derecho a un juicio oral, público y contradictorio.

UNDÉCIMO: Que según se desprende de la prueba rendida, la decisión del tribunal oral acerca de la incidencia promovida a fin de incorporar como prueba nueva la sentencia de juicio abreviado, de veinticinco de septiembre de dos mil nueve, pronunciada con posterioridad a la formulación de la acusación por parte del Ministerio Público, fue desestimada por el tribunal en virtud de lo dispuesto en el mentado artículo 335, pues en su concepto la proposición, la indicación de los medios de prueba que se pretenden valorar y que culmina con el dictamen, constituyen la tramitación de un procedimiento

abreviado expresamente prohibido incorporar, ya que vulneraría el principio de la inmediación de la prueba, al añadirse una serie de antecedentes que el tribunal oral desconoce, a diferencia del juez de garantía correspondiente, de todo lo cual debió dejar constancia en su veredicto.

DUODÉCIMO: Que la decisión del tribunal, en tanto se sustenta en la imposibilidad de aportar al juicio los antecedentes relativos a la tramitación de un procedimiento abreviado, lo que es ajustado a derecho, no se condice con el mérito del pleito, dado que, en la especie, el ofrecimiento de prueba nueva quedó acotado únicamente al texto de la sentencia, prueba documental de cargo que no se encuentra excluida por el artículo 335 tantas veces citado, por lo que, como lo sostuvieron los recurrentes, no existe fundamento legal que reprima la posibilidad de incorporar como prueba de cargo, la copia del laudo emitido en procedimiento abreviado contra otros imputados.

DÉCIMO TERCERO: Que en lo concerniente a la otra vertiente del reclamo, atinente al rechazo por el tribunal oral de admitir, también como prueba nueva, la recepción del relato de aquellos convictos que fueron condenados por sentencia firme, por los mismos hechos, en procedimiento abreviado, nada impide al Ministerio Público incluir como testigos para el juicio oral, a los encartados respecto de quienes, ante el Tribunal de Garantía, propuso y aceptaron un procedimiento abreviado, con ocasión de los mismos sucesos.

DÉCIMO CUARTO: Que, sobre este capítulo, como surge de la prueba aportada por el persecutor en la vista del recurso, el tribunal oral desestimó la pretensión en virtud del artículo 19, N°3°, de la Constitución Política de la República, desde que la petición del fiscal envuelve una sorpresa para los defensores, que jamás previeron que tres imputados por los mismos hechos podían ser testigos en el juicio oral y, adicionalmente, porque la opción de los acusados de ser juzgados en un juicio oral, se ejerció en conocimiento de la prueba de cargo que ofreció tanto el Ministerio Público como el Consejo de Defensa del Estado para probar los cargos que se les atribuyen; por lo que atenta contra la igualdad de armas procurar traer, ahora en calidad de testigos, a otros inculcados en los mismos hechos.

DÉCIMO QUINTO: Que la incorporación como testigos de otros convictos en los mismos hechos, que ya fueron condenados, no está prohibida por norma legal alguna, en otras palabras, nada impide que coimputados puedan comparecer al juicio en esa calidad.

El derecho a guardar silencio y la prohibición de autoincriminación alcanza a la persona del inculcado sobre hechos propios y del que puedan arrancarse corolarios jurídicos que le sean perniciosos en relación a los acontecimientos específicos ventilados en la litis, pero nada obsta a que puedan ser llamados como testigos sobre hechos de terceros de los que, por cualquier medio, han tomado conocimiento. Su condición

de enjuiciado, incluso hasta la completa ejecución de la sentencia, en nada altera lo dicho.

No está demás explicar que el mismo derecho se reconoce para todos los intervinientes, pues la reglamentación acerca de la prueba nueva no sólo persigue la aportación de elementos de cargo que, por cualquier motivo, no estuvieron en conocimiento del persecutor antes de la finalización de la etapa de investigación y al momento de formular acusación, sino también de la defensa, cada vez que converjan los supuestos legales que lo tornan procedente. Cualquier duda que surja con ocasión de la eficacia de los que aporta o su validez, se resolverá a través de los propios mecanismos que al efecto ha establecido el legislador.

Con los argumentos vertidos por el tribunal para desestimar la prueba nueva, consistente en el testimonio de los condenados en procedimiento abreviado, el artículo 336 resultaría ser siempre inaplicable, extremándose los alcances del derecho a defensa y la llamada igualdad de armas, porque si bien es efectivo que la prueba nueva provoca sorpresa en la parte contraria y un amago de la igualdad de armas porque es evidente que quien presenta la prueba nueva conoce el contenido de lo que se está aportando, lo que no sucede, evidentemente, con los demás intervinientes, la regla está concebida para el evento que se presente el supuesto que la hace procedente.

En todo caso, la testifical que se rinda se sujeta con el mismo rigor a las reglas del interrogatorio y contrainterrogatorio, por lo tanto el apego al

principio de contradicción no afecta al derecho de defensa, porque la posibilidad del contra examen siempre permanece vigente para la contraria.

DÉCIMO SEXTO: Que, en este entendido, a modo de conclusión, cuando el tribunal decide cercenar la prueba nueva de cargo consistente en la incorporación de la copia de la sentencia de un procedimiento abreviado, por los mismos hechos pero respecto de otros imputados, y la declaración, como testigos, de tres condenados por los acontecimientos materia de la averiguaciones que derivaron en un juicio oral, lo que hace en realidad es atentar contra la garantía constitucional del debido proceso.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en este escenario, el Ministerio Público y el querellante institucional quedaron en una posición desventajosa, ya que se les inhibió la posibilidad de rendir prueba de cargo, en carácter de prueba nueva, experimentaron así el perjuicio requerido por la nulidad, con atropello de las normas relativas a la garantía ya aludida consagrada en el artículo 19, N°3°, inciso 5°, de la Carta Magna.

DÉCIMO OCTAVO: Que el vicio revelado por el compareciente aparece pues revestido de la relevancia necesaria para acceder al recurso procesal intentado con asidero en la letra a) del artículo 373 del Código procedimental criminal, que sólo es reparable con la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia refutada, por ser ésta la única vía que permite legalmente la realización de un nuevo litigio, con respeto de las

reglas del debido proceso y que resguarde debidamente las garantías a todos los contendientes.

DÉCIMO NONO: Que atento a lo anterior, los recursos presentados por el representante del Consejo de Defensa del Estado y por el Ministerio Público, en tanto develan atentados a la garantía del debido proceso, deben ser acogidos.

VIGÉSIMO: Que, sin perjuicio de lo anterior, el representante del Consejo de Defensa del Estado promovió, en forma conjunta, recurso de nulidad amparado en el artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, en conexión con los artículos 342, letra c), y 297 de esa recopilación.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que sobre este nuevo capítulo, basta decir para su improcedencia que la mera enunciación de los argumentos vertidos por uno de los sentenciadores del grado acerca de su particular apreciación sobre lo debatido, no configura la deficiencia que se delata, pues no se explica de qué manera la decisión del tribunal, se aparta de la exigencia de contener la sentencia la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren favorables o desfavorables a los encausados y la valoración de los medios de prueba que fundamentaron sus conclusiones, de conformidad a lo que prescribe el artículo 297 del Código del ramo. La causal esgrimida no puede construirse sobre la base de lo acertado del voto disidente, sino sobre lo errado de la sentencia impugnada.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en virtud de lo decidido precedentemente, el tribunal no se pronunciará sobre la motivación de nulidad subsidiariamente instaurada por el Ministerio Público, por ser innecesario, conforme lo previene el artículo 384 del Código Procesal Penal.

VIGÉSIMO TERCERO: Que la petición concreta de los recurrentes para el evento de acogerse la causal principal entablada, consiste en que se invalide el juicio y la sentencia recurrida y se ordene la realización de un nuevo pleito por tribunal no inhabilitado, determinando que el estado en que debe quedar el procedimiento sea el de fijarse nuevo día y hora para una nueva audiencia de juicio oral.

Por estas consideraciones y visto, además, lo ordenado en los artículos 5°, inciso segundo, y 19, N°3°, de la Constitución Política de la República y 267, 372 y 373, letra a), del Código Procesal Penal, SE ACOGEN los recursos de nulidad formalizados por los abogados Enrique Vicente Molina, Abogado Procurador Fiscal de Valparaíso del Consejo de Defensa del Estado, en lo principal del libelo de fojas 287 a 369, y Jorge Abott Charme, Fiscal Regional del Ministerio Público, Quinta Región y Lionel González González, Fiscal Adjunto de Viña del Mar, en lo pertinente del escrito de fojas 371 a 383, en contra de la sentencia de nueve de abril del año en curso, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, la que aparece transcrita de fojas 1 a 286 de este cuaderno, y se declara que se anula dicho fallo y el juicio oral que le sirve de

antecedente correspondiente al proceso RUC N°0500643407-1, RIT N°365 – 2009, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral, ante el tribunal en lo penal competente y no inhabilitado que corresponda, el que conocerá de él hasta la dictación de sentencia definitiva, todo conforme a derecho, si procediere.

Acordada con el voto en contra del Ministro Señor Ballesteros, quien estuvo por negar lugar a los recursos de nulidad interpuestos por el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, fundados en la infracción a la garantía del debido proceso, y avocarse derechamente al estudio de las causales esgrimidas de manera conjunta y subsidiaria por los recurrentes, en virtud de las siguientes consideraciones:

A.- Que el principio llamado del “debido proceso” se encuentra ubicado en el capítulo tercero de la Constitución Política de la República, destinado a establecer los derechos y deberes constitucionales, y se contiene en su artículo 19 N°3 inciso 5° al disponer que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Vale decir, la legalidad de un juzgamiento va a depender directamente de un proceso previo y de una investigación, ambos racionales y justos.

B.- Que del estudio de las Actas de las sesiones números 100, 101 y 103 se concluye que este precepto se esta-

bleció como forma de consagrar en nuestro país esta garantía, teniendo como antecedentes determinantes, la Declaración de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de Costa Rica. De esta manera, se entiende que este concepto forma parte de la temática de los Derechos Humanos y que nació hacia el interior de la defensa de éstos en todo orden de situaciones y, en especial, en el de la legalidad del juzgamiento, por lo que la mayoría de las normas contempladas en tales convenciones se refieren a la actividad jurisdiccional, especialmente en el plano de aquella referida a la que regula el proceso penal. En efecto, el carácter tutelar del proceso no sólo asegura a la persona a quien se le desconoce un derecho que le sea reconocido, sino que, además, y para lo que nos interesa, si el Estado o un particular pretenden que se ejerza la potestad punitiva cuando se le imputa la comisión de un delito, asegura que la pena sea impuesta al imputado a través de un proceso que reúna las mínimas condiciones que autoricen al Estado para castigar.

C.- Que, por otra parte, el Ministerio Público se encarga, por orden constitucional, de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, y de los que acrediten tanto la participación punible como la inocencia del imputado. Debe proteger a la víctima, pero también es interviniente en el proceso penal desde el momento en que tomando conocimiento de un hecho que pueda constituir un delito, de ofi-

cio, tiene que ejercer la acción penal como herramienta de la persecución del imputado que da origen al proceso penal.

D.- Que así planteadas las cosas, no se entiende como podría haberse incurrido en violación del debido proceso como garantía del Ministerio Público. Si bien es cierto que la Constitución asegura a todas las personas, incluso las públicas, la garantía de que la sentencia dictada esté fundada en un proceso previo legalmente tramitado, seguido conforme a un procedimiento e investigación racionales y justos, no es menos verdadero que en materia de persecución penal la Constitución ha querido conceder esta garantía a quien es perseguido por el Estado y no a su órgano persecutorio, máxime cuando este tiene una organización constitucional propia donde no se le concede. En efecto, valerse de un principio que defiende al hombre perseguido penalmente y que le asegura la protección y la igualdad frente a la actividad todopoderosa del Estado que ejerce la potestad de castigar, para invalidar un fallo absolutorio, porque quien persigue tenga derecho a que le aplique el principio del debido proceso, parece dudoso.

Anular tal decisión con el objeto de aplicar una pena en virtud de otorgarle al Ministerio Público una garantía constitucional que no posee, no es posible.

E.- Similar objeción merece la intervención del Consejo de Defensa del Estado, que actúa, como corresponde, en representación del Fisco de Chile, que no es otra cosa que el Estado en

cuanto sujeto de derechos patrimoniales y encargado de resguardar a los ciudadanos haciendo efectiva las garantías y derechos constitucionales, entre ellas, la que en este recurso reclama que le afecta.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez; y de la disidencia, su autor.

Rol N°3003-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Kunsemüller L.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a doce de julio de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

LA INCAUTACIÓN, DESTINACIÓN Y COMISO EN LA LEY 20.000

Renzo Figueroa Aste¹

Introducción

El tráfico ilícito de drogas es un delito que trae consecuencias nefastas para la salud de las personas y constituye una actividad del todo lucrativa para quien la ejerce, generándole constantemente mejores y mayores recursos para la continuidad del giro de su negocio.

Uno de los principales objetivos de la persecución de este ilícito, es incautar y sacar de circulación la gran cantidad de droga puesta a disposición de quienes están dispuestos a comprarla, pero no obstante ello y entendiendo su importancia, no debemos olvidar que esto no basta para terminar, o al menos disminuir, los índices de este delito.

Es por ello que la incautación de bienes y su posterior comiso es una herramienta necesaria y eficaz para la lucha contra el narcotráfico, toda vez que con ello se afecta el patrimonio del narcotraficante, quien ve mermada su capacidad para continuar su negocio, afectándole mucho más que lo priven de sus bienes y dinero obtenidos con el delito, a que le quiten un poco de droga que posteriormente, y gracias al negocio, podrá volver a adquirir.

Analizaremos el tema desde el punto de vista de la incautación y comiso de bienes susceptibles de ser “destinados” durante la investigación, quedando por tanto fuera de éste análisis las armas, los establecimientos industriales, el dinero y las sustancias estupefacientes, toda vez que dichos bienes cuentan con un tratamiento distinto y especial al resto de los bienes muebles.

Normas legales y su análisis

La incautación, destinación y comiso están regulados en la Ley N°20.000, sobre Tráfico Ilícito de Drogas, dentro de las medidas para asegurar el mejor resultado de la investigación, específicamente en su artículo 40 Inc. 1°, el que dispone textualmente que:

“Los instrumentos, objetos de cualquier clase y los efectos incautados de los delitos a que se refiere esta ley y de que se hace mención en los artículos 187 y 188 del Código Procesal Penal, podrán ser destinados por el juez de garantía, a solicitud del Ministerio Público, a una institución del Estado o, previa caución, a una institución privada sin fines de lucro, que tenga como objetivo la prevención del consumo indebido,

¹ Abogado de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

el tratamiento y la rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción, o el control del tráfico ilegal de estupefacientes, oyendo a la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes. Estos bienes deberán ser utilizados en los fines propios de la entidad que los reciba, la que deberá acreditar recursos suficientes para hacerse cargo de los costos de conservación”.

En virtud de lo anterior, los bienes susceptibles de ser incautados, son todos aquellos objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provienen, o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso, todo en virtud del artículo 187 y 188 del Código Penal.

Sin perjuicio que el propio artículo 188 del Código Penal señala que las especies recogidas durante la investigación serán conservadas bajo custodia del Ministerio Público, la normativa especial sobre tráfico ilícito de estupefacientes, en su artículo 40, faculta al Juez de Garantía —a solicitud del Ministerio Público— a destinar determinados bienes a una institución del Estado o, previa caución, a una institución privada sin fines de lucro, con el objeto que sean utilizados para los fines propios de la entidad, de manera provisoria, haciéndose cargo de su conservación y devolviéndolos una vez que concluya el juicio en que se solicitó dicha medida, exceptuándose eso sí, las drogas, armas y establecimientos industriales o mercantiles cuya regulación está establecida en el artículo 41 de la Ley N°20.000 e incisos 2° y 3° del artículo 40 del mismo cuerpo legal.

Centrándonos específicamente en la solicitud de “destinación” de bienes durante la investigación, y si bien, el Juez de Garantía es el único facultado para decidir respecto de ella, debemos tener presente que se deben cumplir ciertos requisitos de procedencia, a saber:

1. Que exista solicitud del Ministerio Público.
2. Que la institución a quien se quiere beneficiar pertenezca al Estado o, previa caución, sea una institución privada sin fines de lucro.
3. Que la institución tenga como objetivo la prevención del consumo indebido, el tratamiento y la rehabilitación de personas afectadas por la drogadicción, o el control del tráfico ilegal de estupefacientes.
4. Que se oiga a la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes.
5. Que los bienes sean utilizados en los fines propios de la entidad que los reciba y,
6. Acreditar recursos suficientes para hacerse cargo de los costos de conservación.

Vistos los requisitos de procedencia, estimamos relevante aquel que señala que *“debe ser oída la Secretaría Ejecutiva del Conace”*, toda vez que la norma no señala de qué forma se lleva a efecto o se da cumplimiento a dicho requisito, duda que ha sido manifestada a la unidad especializada de la Fiscalía Nacional.

En razón de ello, y sin que la historia de la creación de la ley solucione el problema, creemos que lo lógico y de acuerdo a los principios del procedimiento procesal penal, específicamente el de oralidad, es que la solicitud sea resuelta en una audiencia oral especialmente convocada al efecto, en la que se cite al representante de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes con el objeto que el Juez de Garantía escuche su opinión antes de tomar la decisión de destino de un determinado bien.

Así entonces, será el Fiscal de la causa quien deberá solicitar al Juez de Garantía la respectiva audiencia, pudiendo o no incluir en ella la solicitud de citar al Conace, toda vez que la sola mención al artículo 40 de la Ley N°20.000, y de acuerdo a lo señalado en ella, obliga al tribunal a escucharla y por ende a citarla para dicho fin.

Cabe precisar además que no obstante ser el Juez de Garantía quien debe escuchar al Conace, creemos que la presencia del primero en la audiencia no es un requisito de validez de la misma, y por ende, su ausencia, debiera traer como consecuencia que el Juez de Garantía resuelva la solicitud de destinación con los antecedentes que el Ministerio Público aporte. Así quedó establecido como criterio de actuación impartido por el Fiscal Nacional, el que en lo particular establece que: *“...es resorte del tribunal notificar y escuchar a Conace”, “sin que sea requisito contar con su pronunciamiento para que la resolución sea válida”*².

Por su parte, respecto de las instituciones que se pueden ver favorecidas por esta medida, se señala que pueden serlo aquellas pertenecientes al Estado o entidades privadas sin fines de lucro que tengan por finalidad los objetivos descritos en la norma.

A raíz de lo anterior, cabe preguntarse si podría el Conace, como organismo del Estado, encargado del control de estupefacientes, verse beneficiado con la destinación de un bien incautado en virtud de un delito de tráfico ilícito de drogas.

En estricto rigor podríamos decir que sí, toda vez que el artículo 40 de la Ley N°20.000 señala que podrán ser destinados a una institución del Estado que tenga como objetivo la prevención del consumo indebido, el tratamiento y la rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción, pero a la vista de los requisitos exigidos por la ley, estamos hablando que la misma entidad a quien se pretende beneficiar es a quien se debe oír antes que el Juez de Garan-

2 Oficio FN N°061_2009 Criterios de actuación en delitos de la Ley N°20.000, 9.- Incautación de Bienes, destinación y comiso.

tía decida sobre la destinación solicitada por el Ministerio Público, razón por la cual creemos que se produce un conflicto de intereses, y en razón de ello es el Ministerio Público el que debe inhibirse de solicitar la destinación de un determinado bien en favor de dicha institución.

Utilizando la misma lógica, y a fin de evitar posibles problemas y conflictos que una determinada destinación pudiese generar, el Fiscal Nacional estableció como criterio de actuación el hecho de no señalar a las Fiscalías como destinatarias de los bienes incautados, toda vez que ello conllevaría los riesgos de acusaciones o demandas por uso o utilización indebida de los bienes incautados, en especial de los vehículos motorizados, quedando plasmado al día de hoy en la siguiente instrucción: *“Se prohíbe designar a las Fiscalía o Fiscales como destinatarios de los bienes incautados”*³.

Así entonces, analizando todos los requisitos de destinación, corresponde a cada Fiscal investigar si la institución a la que se quiere destinar un bien incautado tiene o no alguno de los fines señalados en la ley, para luego de ello, solicitar al Juez de Garantía se fije una audiencia para materializar la solicitud de destinación del bien en cuestión, audiencia a la que el Tribunal citará a la Secretaría Ejecutiva del Conace a fin de escuchar su opinión respecto de la posible destinación, tomando luego de ello una decisión al respecto.

Una vez destinado el bien a una determinada institución y no obstante hacerse cargo de su conservación, el Ministerio Público no deja de ser, por ese hecho, responsable de la custodia del bien destinado, por lo que debe hacerse cargo y responsable que éste sea utilizado en los fines propios de la entidad que los reciba, tal como lo señala el artículo 40, inciso 1°, parte final.

Finalmente, el criterio respecto a la devolución del bien incautado, una vez concluido el juicio, expresa que: *“La Fiscalía Regional debe encargarse de obtener la devolución de las especies destinadas al terminar el procedimiento a fin de devolverlas a sus legítimos dueños o para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 46 de la ley 20.000”*⁴.

Respecto del comiso, entendido como la pérdida de los instrumentos o efectos del delito⁵, o la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó⁶, tiene una regulación especial en la Ley N°20.000, plasmada en los artículos 45 y 46, señalando el primero que *“...caerán especialmente en comiso los bienes raíces; los muebles, tales como vehículos motorizados terrestres, naves y aeronaves, dinero, efectos de comercio y valores mobiliarios; y en general, todo*

3 Oficio FN N°061_2009 Criterios de actuación en delitos de la Ley N°20.000, 9.- Incautación de Bienes, destinación y comiso.

4 Oficio FN N°061_2009 Criterios de actuación en delitos de la Ley N°20.000, 9.- Incautación de Bienes, destinación y comiso.

5 Código Penal, Art. 21, *“Penas comunes a las tres clases anteriores”*.

6 Código Penal, Art. 31. *“Penas comunes a las tres clases anteriores”*.

instrumento que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de cualquiera de los delitos penados en esta ley; los efectos que de ellos provengan y las utilidades que hubieren generado cualquiera que sea su naturaleza jurídica, o las transformaciones que hubieren experimentado, como, asimismo, todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos”.

Mucho se ha discutido respecto de los bienes que, utilizados en el delito, no pueden decomisarse por pertenecer a un tercero. En relación a lo anterior, se debe poner especial atención a la parte final del inciso primero del artículo 45 antes mencionado, el que expresa que además caerán en comiso “...*todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos*”, exigiéndose por tanto dolo en el actuar del tercero, esto es, saber el destino u origen de los bienes facilitados o adquiridos.

Respecto al punto anterior, la problemática del comiso de bienes pertenecientes a terceros fue latamente abordada por la Abogada Asesora de la Fiscalía Nacional Alejandra Vera Azocar en su trabajo “El comiso y los terceros”, publicado en la edición N°39 de este Boletín, en el que en términos generales se llegó, entre otras, a ciertas conclusiones, a saber:

- 1.- El comiso de bienes de un tercero se limita a los casos en que haya existido mala fe en la adquisición posterior de dicho bien, y
- 2.- Si los bienes pertenecen a un tercero al momento de producirse el ilícito y éste fue desconocido por el titular del bien, “*no puede formularse ningún reproche, no pudiendo éste verse afectado por el comiso*”⁷.

En consecuencia “...*el tercero debe sufrir la pena de comiso, cuando ha estado en conocimiento de las circunstancias que permiten la aplicación de dicha medida, requiriéndose, para que los bienes sean decomisados, que el tercero los facilite o adquiera, a sabiendas de su destino u origen ilícito*”⁸.

Podríamos decir que la etapa final la constituye la enajenación del bien, regulado en el artículo 46 de la Ley N°20.000, el que establece que los bienes decomisados “...*serán enajenados en subasta pública por la Dirección General del Crédito Prendario, la que podrá, además, ordenar su destrucción, si carecieren de valor*”.

De esta forma, una vez que la sentencia se encuentre ejecutoriada, los bienes deben ser enviados a la Dirección General de Crédito Prendario para su ena-

7 “EL COMISO Y LOS TERCEROS”, Abogada Asesora Alejandra Vera Azocar, Revista Jurídica del Ministerio Público N°39, Junio 2009, V. El comiso frente a terceros, Letra a), p. 123.

8 “EL COMISO Y LOS TERCEROS”, Abogada Asesora Alejandra Vera Azocar, Revista Jurídica del Ministerio Público N°39, Junio 2009, V. El comiso frente a terceros, Letra a), p. 123.

jenación. En la práctica, el oficio debe mencionar las especies que han sido objeto de la pena de comiso así como una copia de la sentencia ejecutoriada.

El producto de la enajenación ingresa a un fondo especial del Ministerio del Interior a objeto de ser utilizados en programas de prevención del consumo de drogas, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción, tal como lo establece el artículo 46, inciso 2° de la Ley N°20.000.

Comentario final

Como se indicó en la introducción de este artículo, la incautación de bienes, su posibilidad de destinación y su eventual comiso, es una herramienta imprescindible para la reducción en los índices de este delito, toda vez que afecta directamente el patrimonio del narcotraficante y por ende disminuye las ganancias que de él provienen, mermando significativamente su capacidad económica, impidiendo con ello que continúe su negocio.

No obstante lo anterior, y como hemos visto, este proceso cumple una segunda finalidad, cual es, destinar dichos bienes a una institución que tenga como objetivo la prevención, tratamiento, rehabilitación o control del tráfico ilícito de drogas, mientras dure la investigación, hasta que finalice el juicio, y además, si se decreta el comiso, son subastados y su producto ingresa a un fondo especial dirigido a programas de prevención, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción, todo lo que constituye un beneficio al sistema.

Mas allá entonces de la destinación de un determinado bien y de un eventual comiso punitivo⁹ que supone una sanción adicional, toma relevancia el tema de qué hacer y cómo administrar de mejor forma los bienes incautados y decomisados, toda vez que ello implica no sólo afectar el patrimonio del narcotraficante, sino que además utilizar dichos bienes en beneficio del sistema.

Desde esa premisa, la Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas ha recomendado a los fiscales especializados en la materia realizar investigaciones patrimoniales que permitan rastrear bienes utilizados en la comisión del hecho o que provengan del delito, lo que no obstante estar llevándose a cabo, necesita para una mayor eficacia y eficiencia de una modificación legal que flexibilice la legislación existente, principalmente la que dice relación por ejemplo con el secreto bancario.

Respecto de la destinación de bienes, es recomendable que dicha facultad sea utilizada en beneficio de los órganos de control del tráfico de drogas, toda vez que la utilización de dicha medida potencia la persecución penal y evita el deterioro al cual se ven expuesto los bienes al estar guardados por largo tiempo,

9 Tratado de Derecho Penal, Parte General, Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, 76. "La confiscación de los beneficios y el comiso", II. El Comiso, p. 858.

toda vez que como se analizó, la institución a la cual se destinan tiene como obligación su conservación.

Finalmente, y en directa relación con lo reflexionado anteriormente, creemos que se debe instar por una modificación legal que establezca que parte del producto de lo que se obtenga de la enajenación de los bienes decomisados sea destinado también a los órganos encargados del control de los delitos de tráfico ilícito de drogas.

EL CONSUMO DE DROGAS EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL

Ximena Marcazzolo Awad¹

I. Introducción

El tema al que nos abocaremos es la evolución de la normativa internacional en la sanción penal del consumo de drogas estupefacientes y sicotrópicas, y su influencia en Chile.

La sanción penal del consumo de drogas no ha estado exenta de discusión. Ello, en parte porque el consumidor bajo ciertas circunstancias ha sido considerado como un enfermo. En esa línea argumental se ha señalado² que el recurso a la sanción punitiva no sería lo más adecuado. Ésta y otras consideraciones son las que en definitiva han influido en la atipicidad del consumo privado³ en nuestro país.

Como se indicó, en este trabajo revisaremos la normativa internacional respecto de la sanción del consumo de drogas y cómo esta evolución influyó en la incorporación de esta figura en la Ley 19.366 del año 1995 y posteriormente en la Ley 20.000 del año 2005.

Además, nos referiremos a la discusión legislativa que en su momento se produjo respecto de esta materia y el análisis del tipo penal resultante de ello.

II. Normativa Internacional respecto del consumo de drogas

El tratamiento del consumo de las sustancias estupefacientes y sicotrópicas desde la perspectiva de las tres Convenciones de Viena, ha ido experimentado diversas modificaciones, las que como veremos, han influido directamente en el derecho interno de los países.

Lo expuesto precedentemente dice relación con que si bien siempre se ha admitido el uso médico de estupefacientes y sicotrópicos, la tolerancia de su uso para otros fines, paulatinamente ha ido desapareciendo recomendándose su punición.

1 Abogada, Subdirectora Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Fernando Tocora López, Magistrado de Sala Penal, Tribunal Superior de Buga, en “Constituciones liberales y despenalización del consumo de drogas”, señala: “*la criminalización del consumidor de drogas no es más que una victimización generada a partir de la propia ley, una “trampa de la razón”, un monstruo de la razón*”.

3 La excepción es respecto del consumo en lugares privados previo concierto, el cual está sancionado en el artículo 50 de la Ley 20.000.

En este sentido, **La Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972**, en su **preámbulo** señala que las partes que la suscriben si bien están preocupadas por mantener el uso médico de los estupefacientes, por ser éste indispensable para los tratamientos que reducen el dolor de los paciente y, por ende, es menester mantener su disponibilidad, también debe tomarse en consideración que la toxicomanía es grave para el individuo y se traduce en un peligro económico y social para el mundo.

Por su parte, **el artículo 33** de la Convención se refiere a la posesión de estupefacientes, señalando que las partes sólo lo permitirán cuando exista una autorización legal. **El artículo 36** que se refiere a las sanciones penales no contempla la punición del consumo de drogas. **El artículo 38** se refiere a las medidas que deben adoptar los países contra el uso ilícito de estupefacientes, indicando que el consumo debe ser prevenido, tratado, instando por la rehabilitación y educación de las personas. Finalmente, **el artículo 49** contempla las reservas transitorias, entre las cuales se encuentran: el uso de opio para fumar, la masticación de la hoja de coca y el uso de la cannabis.

A su turno, **el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas suscrito en Viena el 21 de febrero de 1971**, en el preámbulo destaca la “...*importancia de tomar medidas rigurosas para restringir el uso de tales sustancias a fines ilícitos. Reconociendo que el uso de sustancias sicotrópicas para fines médicos y científicos es indispensable y que no debe restringirse indebidamente su disponibilidad para tales fines*”.

Luego, en **el artículo 5** dispone que las partes entres otras restricciones, limitarán el uso y posesión de sicotrópicos. Agregando que idealmente las partes no deben admitir la tenencia de dichas sustancias sin autorización legal. Por su parte, **el artículo 20** se refiere a las medidas contra el uso indebido de sustancias sicotrópicas, explicitando que las partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para prevenir el uso indebido de sustancias sicotrópicas, su tratamiento, educación, rehabilitación, entre otras conductas tendientes a morigerar los efectos de la utilización de estas sustancias.

Por su parte, **el artículo 22** que se refiere a las sanciones penales, no contempla la punición del consumo. Ello, sin perjuicio que la letra b) de la norma en comentario dispone que las personas que hagan uso indebido de estupefacientes y cometan algún delito, podrán ser sometidas a tratamiento en vez de condenarlas o como pena accesoría a sus castigos.

Finalmente, **La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 20 de diciembre de 1988**, en el artículo 3 relativo a los delitos y las sanciones, en su punto 2 dispone textualmente:

*“2. Con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, cada una de las partes adoptará las medidas que sean **necesarias***

rias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno⁴, cuando se cometen intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971...

d) Las Partes podrán, ya sea a título sustitutivo de la declaración de culpabilidad o del castigo por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo o como complemento de dicha declaración de culpabilidad o de dicho castigo, disponer medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social del delincuente”.

De la disposición transcrita, queda en evidencia como el criterio del legislador internacional se modifica, sugiriendo a partir de este momento que las conductas de posesión, adquisición y cultivo para el consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, efectuadas en contra de lo dispuesto en las Convenciones de 1961 y 1971, sean sancionadas.

Como se planteó en la introducción de este artículo, las recomendaciones internacionales contenidas en los instrumentos mencionados, fueron recogidas en nuestra legislación interna por lo que la Ley 19.366, cuya discusión, promulgación y publicación tuvo lugar con posterioridad a la adopción por parte de Chile de la Convención de Viena de 1988, efectúa un giro fundamental en relación con su predecesora (Ley 18.403), pues sancionó penalmente la conducta de consumir estupefacientes o sicotrópicos, siempre que se realice en los lugares y bajo las condiciones establecidas en ella.

III. La sanción penal del consumo de drogas en Chile

Tal como se ha explicitado, la influencia de las convenciones internacionales en nuestro derecho interno ha sido muy trascendente. Ello queda en evidencia al revisar las tres últimas leyes que han regulado el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, desde 1985 hasta la fecha.

En este sentido, **la Ley 18403** publicada el 4 de marzo de 1985, que antecedió a la 19.366, contemplaba en su **artículo 12**⁵ un procedimiento de carácter admi-

4 La negrita es nuestra.

5 “Artículo 12.- El que sea sorprendido consumiendo alguna de las sustancias señaladas en el inciso primero del artículo 1° o en circunstancias que hagan presumir que acaba de hacerlo, deberá ser puesto a disposición de la justicia del crimen a fin de que ésta ordene un examen del afectado por un médico calificado por el Servicio de Salud correspondiente, con el fin de determinar si es o no dependiente a dichas sustancias y el grado de su farmacodependencia. La misma medida dispondrá el Juez respecto del que fuere sorprendido portando dichas sustancias cuando los antecedentes demuestren que lo hacía para su exclusivo uso personal. Si el examen señalare habitualidad en el consumo de tales drogas, el Juez ordenará su internación inmediata en algún establecimiento calificado por el Servicio de Salud correspondiente, para su recuperación o, cuando lo estimare procedente, según las circunstancias del hecho y las personales del

nistrativo respecto del que fuera sorprendido consumiendo o portando sustancias estupefacientes o sicotrópicas para el consumo. Bajo dicho estatuto, el Juez del Crimen podía disponer la práctica de exámenes médicos con el objeto de determinar la dependencia a las sustancias, pudiendo el juez inclusive disponer su internación en algún establecimiento calificado por el Servicio de Salud o en su caso el sometimiento a un tratamiento de carácter ambulatorio.

De lo mencionado, se evidencia la no punibilidad del consumo de drogas, sin perjuicio de las facultades del Juez del Crimen ya referidas. Esto, en plena coherencia con la legislación internacional vigente a la fecha, tal como se mencionó en el acápite precedente.

Posteriormente, desde el 30 de enero de 1995, **la Ley 19.366**, sancionó penalmente el consumo de drogas. Ello, en gran parte debido a la influencia que produjo la incorporación en nuestro derecho interno de la Convención de Viena de 1988, lo cual formalmente ocurrió mediante la dictación del Decreto N°543 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 20 de agosto de 1990.

Dado que la Ley 19.366 fue la primera norma que sancionó el consumo de drogas, resulta relevante referirnos a la historia legislativa que le dio origen, para luego analizar los tipos resultantes de dicho proceso.

Desde el proyecto original remitido por el Ejecutivo⁶, se consagra la punibilidad del consumo de sustancias prohibidas cuando éste se realice en lugares públicos, ya que esto afecta a la comunidad. En este sentido, en el Mensaje se explicita que dicha incorporación al sistema penal se funda en que: *“...el proyecto aborda de una forma novedosa la situación del consumo indebido de drogas, estupefacientes y sicotrópicas. Sin desconocer la calidad de enfermo del consumidor habitual, se ha estimado necesario sancionar el consumo de estas sustancias en lugares públicos o abiertos al público. La práctica de estas conductas se ha constituido en una verdadera propaganda o difusión de las mismas, significando la vez, la tolerancia que la sociedad muestra frente a este consumo en público, una verdadera aceptación de las mismas. Las mismas razones que llevaron al legislador hace ya muchos años atrás a sancionar la embriaguez en público, justifican hoy la conveniencia de reprimir estas conductas, muchas veces más graves en cuanto a su efecto social y a las alteraciones del orden público que ocasionan.*

infractor, autorizará este tratamiento sin internación, pero sujeto a los controles médicos del Servicio de Salud.

El Ministerio de Justicia, previo informe del Ministerio de Salud, entregará anualmente a la Corte de Apelaciones respectiva la lista de médicos que estén habilitados para emitir los informes o practicar los exámenes a que se refiere este artículo.

Cuando los antecedentes del proceso demuestren que la posesión de dichas sustancias o materias primas no lo son para el uso personal del hechor, se aplicará a éste la pena que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de esta ley”.

6 Mensaje de S.E. el Presidente de la República. Fecha 2 de abril, 1992.

Naturalmente, sólo en casos muy calificados, por el peligro a que lleva el consumo de estas drogas para la actividad que los infractores desarrollan, se les ha sancionado como delito. Es el caso de los Oficiales y personal de Gente de Mar de dotación de buques de la marina mercante nacional, de naves y artefactos navales; de militares en alguno de los lugares o situaciones señaladas en el artículo quinto número tres del Código de Justicia Militar, y del personal aeronáutico que desempeñe sus funciones bajo los efectos de estas drogas. Se propone ampliar la única figura que hoy sanciona este consumo, contenida en el artículo 193 del Código Aeronáutico e incorporar un nuevo artículo al Código de Justicia Militar... ”⁷.

También, desde el Mensaje se anuncia que el procedimiento que regulará el conocimiento y castigo del consumo cometido por mayores de dieciocho años, es el correspondiente a las faltas, el cual es radicado en los Jueces del Crimen.

La sanción a título de falta será la regla general, exceptuándose ciertos casos en los que la consideración al sujeto activo y la función que desempeña, genera mayor gravedad.

En el informe de la discusión de sala se consigna expresamente: “*Cabe destacar que el cultivo de especies vegetales del género cannabis, más conocido como marihuana, no se sancionaba cuando estaba destinado al uso o consumo personal y próximo. La Comisión estimó indispensable desincentivar esta conducta, al igual que la establecida en el artículo 5°, que sanciona en general, la tenencia y porte de sustancias sicotrópicas o drogas estupefacientes, razón por la cual aprobó una indicación para castigar estas acciones como faltas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 42 y siguientes del texto*”⁸.

De esta manera, también se aprueba la sanción como falta del cultivo de especies destinada al uso o consumo personal.

Durante la tramitación parlamentaria también se discutió la manera cómo debía castigarse la conducta y si ésta debía ser considerada un delito o una falta penal. Ello, ya que si bien por una parte se reconoce el carácter ilícito de la conducta y la necesidad de garantizar la salud pública, por otra se hace presente el carácter de enfermo del consumidor, lo cual lo sitúa en una posición particular en relación con otros sujetos activos de delitos. En este sentido: “*La Comisión de Constitución consideró necesario introducirle algunas modificaciones, con la finalidad de mantener el juicio de reproche de la sociedad en relación con el no es un acto positivo sino negativo de no mencionar en forma expresa el lugar en que se realiza éste, el que está establecido en la norma propuesta por la Comisión Especial, y de no establecer un delito sobre la materia, sino, sencillamente, una falta. Ello, porque entendemos que la persona que consume drogas no es un delincuente, sino un*

7 Ídem nota anterior, p. 9.

8 Discusión en Sala, Cámara de Diputados. Legislatura 325. Sesión 57. Fecha 30 de marzo de 1993. Discusión general. Se aprueba en general, p. 129.

enfermo o una persona que está sufriendo una determinada situación de desviación o de anormalidad en su medio social”.

La sanción del consumo desde la perspectiva de la salud individual e incluso de la libertad conforme a la cual los individuos pueden decidir qué acciones realizan y cuáles no, también fue objeto de debate. En este sentido se señaló: *“...Otro aspecto fundamental es el referido al consumo. En relación con ello, estimo inconveniente la penalización del hecho, por cuanto, además de entrar en la esfera interna de cada ciudadano, considero que el país no cuenta con los recursos y procedimientos adecuados para rehabilitar efectivamente a los drogadictos, por lo que su eventual detención sólo contribuirá a desviar a estos jóvenes o víctimas hacia otras formas de delincuencia más graves aún, resultando más preocupantes las consecuencias que la situación que se desea corregir. Por el contrario, me inclino por una política de mediano plazo que, sin postergar las medidas que deben adoptarse urgentemente, tienda a evitar las causas que inducen al consumo, y, a la vez, que se refuerce con eficiencia campañas preventivas y de educación, en el entendido de que, como otros problemas sociales, éste no disminuye con más represión y sanción, sino que se encubre y toma connotaciones delictivas⁹”.*

Respecto del lugar de comisión de la falta, hubo parlamentarios que se opusieron a la sanción del consumo en lugares privados, mas otros estimaron que ello podía traer consecuencias muy negativas si no se reglamentaba. En este sentido el diputado García expresó: *“...Me parece increíble que aquí se justifique el consumo de marihuana; no soy partidario de que se apruebe el uso de estas drogas. Hay algo que me llama la atención. Un señor puede arrendar una hectárea e instalarse con 200 personas a vivir allí en forma de comunidad, lo que está muy de moda y, a continuación, plantar media hectárea con marihuana. De acuerdo con esta norma, podrá decirle a la policía cuando llegue a investigar: “Aquí todos somos marihuaneros, nos gusta “volarnos” y tenemos una plantación para el consumo personal”. Por lo tanto, señor Ministro, es necesario definir en el proyecto qué cantidad de droga se estima que corresponde al consumo personal.*

Además, según los estudios médicos y lo expresado por diversas personas, éste es el primer paso para entrar a una drogadicción más profunda. De manera que si permitimos consumir legalmente este tipo de drogas en las casas, estamos amparando el segundo paso hacia el uso de las drogas más fuertes. Todos sabemos que el hogar es el núcleo fundamental de la familia, por lo cual no entiendo que la ley pueda amparar el mal ejemplo que dan a sus hijos los padres que fuman marihuana”.

También, durante la discusión en sala se generó debate respecto de la eficacia de sancionar las conductas de consumo y porte para el consumo, en atención a que no existía evidencia que acreditara que mediante su prohibición se solucionarían los problemas derivados de su utilización.

9 Ídem. Diputada Tohá, p. 151.

Por su parte, en el Senado en el Primer Informe respecto de los fundamentos para sancionar el consumo en lugares públicos se señaló: *“establecer que el consumo en lugares públicos sea considerado como delito, persigue fundamentalmente enfatizar frente a la juventud los daños que produce el consumo, en especial en los sectores de más bajos recursos, donde está enclavado el liderazgo y basta que el líder consuma para que exista imitación. No es el propósito último sancionar al transgresor, a quien debe considerárselo como un enfermo.*

La H. Cámara de Diputados, puntualizó, enmendó esta disposición en el sentido de que también se sancione el consumo privado. Al respecto, manifestó que este consumo debe ser analizado con extremo cuidado, en la medida que, si se participa del concepto que la drogadicción es una enfermedad y el adicto difícilmente podrá dejar de consumir, el consumo estrictamente privado no debiera ser sancionado. No obstante, añadió, existen dudas respecto de otros tipos de conductas, como, por ejemplo, la concertación entre dos o más personas para consumir drogas, sobre todo las “pesadas” o “pastas”, que producen grave daño. Incluso, expresó, se ha constatado el arriendo de casas como centros de consumo”¹⁰.

Finalmente, respecto de la discusión relativa a la sanción del consumo en lugares privados la Comisión de Constitución expresó: *“La Comisión intercambió opiniones también sobre la sanción, como falta, del consumo en lugares privados, cuando haya habido concierto entre los partícipes. Después de un intenso debate, se concluyó que este elemento del tipo responde a una situación de hecho que apreciará el juez de la causa, y deberá necesariamente probarse en forma específica para que éste pueda dictar sentencia condenatoria. Habrá de comprobarse los actos organizados con esa determinada finalidad, que exceden el ámbito de la individualidad, o, si así se quiere, de la privacidad de una sola persona. Por ello, la inclusión de esta falta no pone en peligro la libertad individual”¹¹.*

Una vez aprobado el proyecto, se publica la mencionada Ley 19.366, la cual en su artículo 41 sancionó como falta el consumo y porte de drogas en lugares públicos, cometido por mayores de 18 años¹². Además, se castigó el consumo de drogas efectuado en recintos privados cuando exista concierto previo.

El mismo artículo 41 dispuso que si el espacio físico de comisión de la falta fuere un lugar de detención, recinto militar, policial, establecimiento educacional por quien tenga la calidad de docente o sean funcionarios o trabajadores, la sanción pecuniaria se eleva a su grado máximo.

10 Segundo Trámite Constitucional: Senado, Primer Informe Comisión de Constitución, Senado. Fecha 23 de noviembre, 1993. Cuenta en Sesión 17, Legislatura 327, p. 400.

11 Nuevo Informe Comisión de Constitución, Senado. Fecha 12 de abril, 1994. Cuenta en Sesión 07, Legislatura 328, p. 388.

12 Respecto de los mayores de 16 y menores de 18 años se aplicaba el artículo 46 de la Ley 19.366.

Por su parte, el artículo 11 de la misma ley castigó como delito el consumo cometido por ciertos sujetos activos calificados.

Revisada la legislación anterior, nos referiremos a la actual. Ello, lo haremos en primer término repasando la historia legislativa que le dio nacimiento.

La Ley 20.000, publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2005 y vigente hasta hoy, mantuvo la sanción del consumo en términos bastantes similares a su predecesora. Una de las modificaciones fue suprimir la mención a los mayores de dieciocho años de edad del tipo base del consumo, contemplado en el artículo 50.

En el Mensaje Presidencial¹³ se consigna como una de las reformas importantes, la ampliación de los sujetos activos del delito de consumo. Ello, ya que se agrega a los funcionarios públicos, municipales y judiciales, como asimismo a quienes desempeñen un cargo público de elección y representación popular y que, en el cumplimiento de sus funciones, consuman drogas o las ejerzan bajo sus efectos. Además, se castiga a los maquinistas de embarcación o ferrocarril y a los conductores de vehículos motorizados destinados al transporte público de pasajeros y de carga, que se desempeñen bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

Respecto de la falta de consumo, el propio Mensaje reconoce que el sistema se mantiene sin mayores modificaciones.

Durante la discusión en Comisión, las principales argumentaciones se produjeron en relación con los exámenes de consumo de drogas dispuestos para los funcionarios de la administración pública y la ampliación del delito de consumo a más sujetos activos.

Durante la discusión en Sala el Sr. Orpis se refiere a la sanción del consumo privado en los siguientes términos: *“En materia de consumo no hay grandes diferencias. Pero, más que diferencias, existe debate —que deberá darse también en la Sala— respecto de si el consumo privado debe sancionarse o no.*

En definitiva, la Comisión de Drogas optó, en general, por mantener el criterio respecto de la sanción contemplada en la actual ley, que básicamente apunta a lo siguiente: hoy, en Chile, el consumo ciento por ciento privado no se sanciona, y, en la forma como viene propuesto en el informe, tampoco se va a sancionar. ¿Cuándo se sanciona? Cuando personas se conciertan para consumir; cuando el consumo es público.

13 Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Fecha 2 de diciembre, 1999. Cuenta en Sesión 19, Legislatura 341.

Ahora, la figura se amplía en cuanto a que se sanciona como falta cuando dicho consumo se realiza en recintos privados, con ocasión, por ejemplo, de una reunión social. Esa es la diferencia fundamental entre la actual ley y el presente informe”¹⁴.

Por su parte el Sr. Espina señaló: *“Además, siento que esta norma del consumo es extraordinariamente arbitraria, porque si una persona consume al interior de su casa, porque tiene recursos y un espacio grande para hacerlo, no tiene ninguna sanción, siempre y cuando no se haya reunido con el objeto de consumir; pero a la gente modesta que, a lo mejor, no tiene dónde hacerlo y debe ir a la plaza, se le aplica una sanción. Es absolutamente ridículo. O sancionamos el consumo —y sanción no significa cárcel— o establecemos como obligatoria su rehabilitación en los diferentes centros de asistencia de salud mental, que en este país son muy escasos al interior de las comunas, o simplemente no tengamos una norma discriminatoria que permite que quien tiene recursos —repito— puede consumir tranquilamente en su casa, y el que no los tiene, debe ir a la plaza. Siempre hemos evadido una decisión sobre el tema. O el consumo se sanciona como falta por sus características o implementamos los mecanismos para rehabilitar al consumidor, pero no establezcamos esta especie de solución ecléctica: sólo sancionamos algunas veces, de repente, para no parecer duros o blandos. Estamos cometiendo un gravísimo error si el que consume queda impune”¹⁵.*

Por su parte, el Sr. Letelier¹⁶, también durante la discusión en sala, expuso que a su juicio se confunde el tema del consumo con el del tráfico. Ello, ya que los énfasis del proyecto estarían puestos en el consumo de las sustancias más que en la represión del tráfico de drogas.

Otra relevante discusión que se produjo en el parlamento fue lo relativo a la incorporación de la nueva figura del microtráfico y la necesidad que ésta quedara establecida en términos que un consumidor no fuera condenado como traficante. En este sentido se señaló: *“En general, en las legislaciones modernas el consumo es una falta o se considera una especie de dependencia o enfermedad que afecta a las personas. Empero, la Comisión de Drogas asigna a este hecho una pena de 61 días a tres años. Cuando se trata del llamado microtráfico, se dice que sufre la pena de tres años y un día a diez años, pero no se dice qué se entiende por microtráfico. ¿Una cantidad determinada? ¿Quién decidirá esa situación y con qué criterio resolverá el juez? ¿Cuándo una acción es repetida? Por ejemplo, si una persona ha vendido 20, 30, 40 ó 50 veces un gramo a personas distintas, ¿está incurriendo en el microtráfico?*

14 Discusión en Sala, Cámara de Diputados. Legislatura 343, Sesión 56. Fecha 19 de abril, 2001, p. 246.

15 Discusión en Sala Cámara de Diputados. Legislatura 343, Sesión 57. Fecha 2 de mayo, 2001, p. 274.

16 Discusión en Sala Cámara de Diputados. Legislatura 343, Sesión 57. Fecha 2 de mayo, 2001, p. 282.

Por eso, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia hizo bien al suprimir el delito de consumo y al cambiar el microtráfico por una norma que expresa de mejor manera lo que se quiere afirmar...”¹⁷.

Finalmente, y luego de un gran debate, la Ley 20.000 entra en vigencia contemplando en su artículo 50 la punibilidad del consumo y del porte para el consumo de drogas estupefacientes o sicotrópicas en lugares públicos o abiertos al público y excepcionalmente la sanción del consumo privado en la medida que se realice previo concierto.

A diferencia de la Ley 19.366 no hace mención a los menores de edad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 20.084.

Respecto del tipo penal básico del consumo, sus discusiones se refieren principalmente al concepto de lugar público o privado, particularmente respecto de la falta agravada del artículo 51 de la Ley 20.000. También, la jurisprudencia da cuenta de diversas posiciones respecto de lo que se ha denominado “ostentación del porte”.

IV. Palabras finales

De lo consignado en este documento queda en evidencia la influencia de las convenciones internacionales en la incorporación de los tipos penales en las sucesivas leyes chilenas.

Ello, no obsta la profusa discusión legislativa que se produjo, y de la cual reproducimos algunos aspectos, especialmente lo relativo al bien jurídico protegido, el lugar de comisión, los sujetos activos, entre otros.

Como comentario final, resulta relevante consignar que con la sanción del consumo, Chile opta por la punibilidad del circuito completo del tráfico ilícito de las drogas, esto es, desde el desvío de las sustancias químicas controladas necesarias para la elaboración de estupefacientes y sicotrópicos, hasta el consumo o utilización de éstas.

17 El Informe Comisión de Constitución. Cámara de Diputados. Fecha 11 de septiembre, 2001. Cuenta en Sesión 04, Legislatura 345, p. 479.

RESTRICCIÓN A LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN LA LEY DE DROGAS CHILENA

Carolina Zavidich Diomedi¹

I. Introducción

La intervención telefónica es una técnica de investigación, que en materia de persecución criminal y en especial sobre los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de dinero y organizaciones dedicadas a la criminalidad, se utiliza con mucha frecuencia, pues nos permite poder identificar sujetos, redes y mecanismos de su acción².

En nuestro ordenamiento jurídico, como asimismo, en la gran mayoría de las legislaciones occidentales la intimidad y el derecho a la privacidad constituye una garantía constitucional, se hace necesario para su vulneración, que se justifique en razón o en la protección de un bien jurídico superior. En el caso que nos convoca, se trata de la salud pública.

En este sentido, describiremos someramente de qué forma es restringido el derecho a la intimidad y privacidad de las personas, por medio de intervenciones telefónicas legalmente autorizadas. Asimismo, mostraremos cuál ha sido la posición general de la doctrina en esta materia y cómo ha reflexionado la jurisprudencia chilena ante estas situaciones.

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

2 Como ya mencionamos, la interceptación telefónica es una técnica de investigación criminal que el Ministerio Público utiliza, por medio de los órganos policiales que dirige, para indagar sobre un hecho que reviste los caracteres de delito y que le sirve de base para constituir prueba sobre el hecho punible y la participación criminal. En la práctica, se traduce en que la compañía de telefonía deriva la señal o audio de la o las llamadas del o los números interceptados a uno o más números receptores, a objeto de que éstas puedan registrar, grabar y escuchar dicho audio.

La Real Academia de la Lengua Española define la *interceptación* como la acción o efecto de interceptar, que deriva del latín *interceptus, part.*, que es quitar, interrumpir u obstruir una vía de comunicación, apoderarse de algo antes de que llegue a su destino, detener algo en su camino; **teléfono**, deriva de *tele* y *fono*, que es un conjunto de aparatos e hilos conductores con los cuales se transmite a distancia la palabra y toda clase de sonidos por la acción de la electricidad; **registro**, que deriva del latín *regestrum*, que es la acción y efecto de registrar; **tráfico**, que es la acción de traficar o del movimiento o tránsito de personas, mercancías, etc., por cualquier otro medio de transporte y **llamada**, como la acción y efecto de llamar.

II. Legislación

Nuestra Carta Fundamental otorga a las personas sin distinción de edad, sexo o condición, una serie de garantías constitucionales; siendo el Estado el obligado a velar para que éstas no sean vulneradas.

En cuanto a las garantías fundamentales que se encuentran relacionadas con éste artículo, son las contenidos en el artículo 19° N°4, 5, y 26 de la Constitución Política del Estado, es decir el *respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada y la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o las que limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*. En este sentido, el legislador lo que protege es la intimidad y vida privada de las personas, cualquier tipo de comunicación privada, a través de cualquier medio.

Tales garantías, como lo menciona la propia Carta Fundamental, pueden ser vulneradas, mediante estrictos procedimientos debidamente establecidos con anterioridad a la referida restricción. Estas restricciones a los derechos fundamentales suceden cuando existen ciertas colisiones de intereses entre un derecho y otro y un mecanismo de resolución es determinar cuál de ellos se encuentra por sobre el otro, es decir, la existencia de un interés público superior comprometido por sobre un interés privado. Por lo tanto, mientras más intenso sea dicho interés, menos es la protección de lo privado.

Basados en lo anterior, cuando nos referimos a las interceptaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación, estamos en presencia del análisis que hubo que hacer para determinar que la intromisión a la vida privada de una persona, se encuentra por debajo del interés público que es la protección a la salud pública. En consecuencia, la ley pone a disposición del ente investigador –Ministerio Público– para que solicite autorización judicial al respectivo Juez de Garantía, con el objeto de entrometerse en las comunicaciones privadas del o los sujetos investigados y obtener la información necesaria que le conduzca a un exitoso resultado; siendo su fin último en el caso del tráfico de drogas la protección de la salud pública.

Las referidas garantías no sólo se encuentran protegidas en la Constitución Política, sino que también en tratados internacionales, que nuestro país ha suscrito, tales como: el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas”, que en su artículo 17 dispone que “1. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada...*”, asimismo, que “2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley en contra de esas injerencias o esos ataques*”; por otra parte, “La Convención Americana de Derechos Humanos” en su artículo 11 dispone “*Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia...*”, y

“3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley en contra de esas injerencias o ataques”.

En términos generales, en los tratados internacionales mencionados, como asimismo, aquellos que tienen relación directa con la persecución de la criminalidad organizada³, tales como, el lavado de dinero y el tráfico de drogas; se está abierto a la posibilidad de intromisión legal, sosteniendo como argumento que el o los bienes protegidos por los mismos tienen la característica de ser un bien o interés superior respecto al de las actividades individuales, eventualmente delictuales de las personas. Es decir, sus normas no delimitan ni configuran el derecho de respeto a la vida privada, siendo conceptos jurídicos indeterminados. De este modo, tendrá que ser el propio legislador, la jurisprudencia o la doctrina, los que se encarguen de su regulación o determinación.

Además, nuestra legislación establece que el Ministerio Público tiene la facultad constitucional de dirigir exclusivamente la investigación de los hechos constitutivos de delito y los demás entes del Estado y privados se encuentran al servicio de la persecución penal mencionada. En el ejercicio de la misma y ante la existencia de un bien jurídico superior, algunas garantías constitucionales pueden ser vulneradas. Sin embargo, el legislador estableció ciertos mecanismos de control, señalando que ante cualquier actuación o procedimiento que privare al imputado de alguno de los derechos fundamentales, será necesaria de autorización previa del Juez de Garantía. Esto sucede respecto de las intervenciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación, que sin perjuicio que las comunicaciones privadas se encuentran amparadas constitucionalmente, bajo ciertos supuestos, el Ministerio Público puede intervenir una comunicación privada, mediante la utilización de ésta técnica de investigación criminal; siendo las empresas de telecomunicaciones, las que facilitan los medios necesarios para que el persecutor realice sus diligencias destinadas a determinar la existencia de un delito⁴.

Esta facultad no sólo se restringe al ámbito de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y de otras formas de comunicación, sino que además podemos observar que el Ministerio Público está facultado para ordenar y realizar todas las diligencias pertinentes que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, pudiendo exigir información de cualquier persona o funcionario público, llevar a cabo actividades tendientes a esclarecer los hechos, tales como

3 “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas”, la “Convención Americana de Derechos Humanos”, el “Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, Viena 21/02/1971”, la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefácticos y Sustancias Sicotrópicas”, el “Memorando de Entendimiento entre Chile, Argentina, Bolivia y Perú y el Programa de las Naciones Unidas para la fiscalización Internacional de Drogas PNUFID”, la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, la “Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas”.

4 Artículos 9, 19, 77, 166, 180, 181, 182, 219, 222 y 236 del Código Procesal Penal.

realizar fotografías, filmaciones, grabaciones, reproducción de imágenes, voces o sonidos, por medio de la colaboración de organismos especializados⁵.

La norma en cuestión es el artículo 222° del Código Procesal Penal, que permite llevar a efecto una interceptación telefónica, cuando hay fundadas sospechas, respecto de hechos concretos, que una persona hubiere cometido o estuviere por cometer un delito que merezca pena de crimen; sólo así, el Juez de Garantía, a solicitud del Ministerio Público, ordenará la interceptación y grabación de sus comunicaciones u otras formas de comunicación. Quedando resguardadas, de la interceptación como medio de prueba, las comunicaciones entre el imputado y su abogado, salvo que respecto de éste último, fundadamente se sospechara sobre su responsabilidad penal en los hechos investigados⁶.

Por otro lado, tenemos la Ley N°18.168 de *Telecomunicaciones*, la que dispone que será el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, el encargado de establecer, conforme a la referida norma, los rangos técnicos de las telecomunicaciones, controlar su funcionamiento, súper vigilar el funcionamiento de los servicios públicos de tele-

5 Artículos 180° y 181° Código Procesal Penal.

6 Artículo 222° señala: ***Interceptación de comunicaciones telefónicas.*** *Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere la pena de crimen y la investigación lo hiciere imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.*

La orden a que se refiere el inciso precedente sólo podrá afectar al imputado o a personas respecto de las cuales existieren sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquellas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o a sus intermediarios.

No se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, a menos que el juez de garantía lo ordenare, por estimar fundadamente, sobre la base de antecedentes de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado pudiese tener responsabilidad penal en los hechos investigados.

La orden que dispusiere la interceptación y grabación deberá indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida y señalar la forma de la interceptación y al duración de la misma, que no podrá exceder de sesenta días. El juez podrá prorrogar el plazo por períodos de hasta igual duración, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos previstos en los incisos precedentes.

Las empresas telefónicas y de comunicaciones deberán dar cumplimiento a esta medida, proporcionando a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para que se lleve a cabo con la oportunidad con que se requiera. Con este objetivo los proveedores de tales servicios deberán mantener, en carácter reservado, a disposición del Ministerio Público, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a seis meses, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados. La negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato. Asimismo, los encargados de realizar la diligencia y los empleados de las empresas mencionadas en este inciso deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos en el procedimiento.

Si las sospechas tenidas en consideración para ordenar la medida se disiparen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente.

comunicaciones y dar la protección a los derechos de los usuario y de establecer las multas en los casos de infracciones a ésta. Pero no se refiere en especial respecto a las intervenciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.

Y para el caso que nos compete, la *Ley de Drogas* chilena, Ley N°20.000, posibilita al Ministerio Público realizar indagaciones y actuaciones dirigidas a recoger antecedentes que permitan perseguir el tráfico ilícito de drogas y los demás delitos derivados del mismo; manifestándose en el artículo 24° las medidas de retención, incautación de correspondencia y demás comunicaciones; así como también interceptaciones telefónicas y otros medios técnicos de investigación. Destacando que esta técnica de investigación puede ser utilizada en cualquiera de los delitos previstos en la mencionada ley, sin necesidad de aplicar el inciso 4° del artículo 222 del CPP, esto es, sólo se podrá indicar circunstanciadamente nombre y domicilio del afectado.⁷

Además, el artículo 38° de la Ley N°20.000, relacionado con el 182° del Código Procesal Penal, dispone en los casos de delitos contemplados en esta ley, que la investigación será secreta para terceros ajenos al procedimiento y terceros afectados por una investigación preliminar del Ministerio Público. En relación al imputado y demás intervinientes, a criterio del Ministerio Público, podrá ser secreta hasta por 120 días renovables sucesivamente con autorización del juez de garantía por plazos máximos de 60 días.

Por su lado, la *Ley de la Agencia Nacional de Inteligencia* N°19.974, también faculta al Estado y al Presidente de la República, con el propósito de proteger la soberanía nacional y preservar el orden institucional, ciertos procedimientos especiales de obtención de información; tales como las intervenciones telefónicas. Prevé la posibilidad que el Ministerio Público pueda requerir a su vez dicha información a la ANI.

En cuanto a la Ley N°19.628 sobre *Protección de la Vida Privada*, esta protege a las personas en su vida privada y su intimidad. Orientada al mal uso que pudieren dar las empresas, que por su actividad comercial o por la naturaleza de sus prestaciones, respecto de la información que disponen de cada uno de nosotros; ya sea nuestro credo, defectos físicos, tendencias políticas, sexuales,

7 Artículo 24 Ley N°20.000: Párrafo 2° De la restricción de las comunicaciones y otros medios técnicos de investigación “Las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, se podrán aplicar respecto de todos los delitos previstos en esta ley y cualquiera sea la pena que merecieren, de conformidad a las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de lo anterior, no regirá lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 222 de ese Código, en cuanto a indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren. Asimismo, no obstante lo prevenido en el artículo 167 de dicho Código, si las diligencias ordenadas no dieron resultado, el fiscal podrá archivar provisionalmente la investigación hasta que aparezcan mejores y nuevos antecedentes.

etc., ordena a éstas que su tratamiento corresponde cuando esta ley u otras lo autoricen o su titular consienta en ello.

Vinculado directamente con el procedimiento de interceptaciones telefónicas, tenemos el Reglamento N°142 sobre “*Interceptación y Grabación de Comunicaciones Telefónicas y de otras formas de Telecomunicación*”⁸, el que se dictó con el objeto de fijar un mecanismo eficaz, para que los prestadores de servicios –compañías de telefonía– tuvieran claridad en cuanto a los plazos, condiciones y medios en que deben dar respuestas a la autoridad judicial; y el que debía solucionar el problema presentado en los inicios de la reforma procesal penal. Sin embargo, el mismo fue modificado en su redacción, en la toma de razón ante la Contraloría de la República, no definiendo plazos concretos para la realización de las interceptaciones, como tampoco establece la disponibilidad de tales empresas al servicio de la realización de las actividades de interceptaciones.

III. Protección y restricción propiamente tal

Para comprender la tutela y vulneración a estas garantías, debemos mencionar primeramente lo que entendemos por vida privada. Que podríamos entenderla como la posibilidad real de decidir estar solos, de no ser molestado por persona alguna y que nadie se entrometa en lo más personal de nuestra vida; características integrantes de la personalidad humana. Vinculado a su vez con el *honor*, entendido como sentimiento de nuestra dignidad moral o la de nuestra familia (subjetivamente), o bien lo que los demás evalúan de nuestra persona o familiares (objetivo). Así cualquier lesión de ellos puede dar origen alguna vulneración de nuestra intimidad o vida privada⁹.

Cuando hablamos de vida privada, nos referimos también al lugar en donde el individuo vive, se desarrolla o practica sus relaciones interpersonales, generalmente familiares. Es el ámbito de la vida en el que una persona actúa como parte de una pequeña unidad y en la que va estableciendo relaciones francas, relajadas y cerradas entre dos o más personas; por lo que excluye la vida pública. Así podríamos hablar de “*intimidad*”, siendo el ámbito reservado que tiene cada individuo y que sólo éste determina si lo comparte o hace público a un tercero¹⁰.

8 Promulgado el 11 de abril de 2005 y publicado el 22 de septiembre de 2005

9 MARIO VERDUGO MARINCOVIC, EMILIO PFEFFER URQUIAGA, HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, “*Derecho Constitucional*” Tomo I, Edit. Jurídica, segunda edición, junio 1997, p. 251.

10 HUMBERTO NOGUEIRA, Monografía “*El Derecho al Respeto de la Vida Privada e Intimidad de la Persona y su Familia como Límite a la Libertad de Opinión e Información*”, Decano Fac. Ciencias Políticas y Sociales U. de Talca, Edit. Lexis Nexis.

La intimidad¹¹ estaría, según algunos autores, comprendida en el derecho a la vida privada o privacidad, abarcando aspectos básicos de concepción religiosa e ideológica, la vida sexual, el estado de salud, la intimidad corporal o pudor, entre otros. Distinguiendo a su vez, entre actos de intimidad privados, que serían los que nadie se percata, salvo que el sujeto actor cuente parte o todo de ellos; y actos de intimidad externas que trascienden al sujeto que las desarrolla, por lo que serían conocidas por terceros, pero que no afectan ni al orden público, moral, o no causan perjuicios al bien común. Y si una de esas acciones afectara al bien común, el Estado debe ser el encargado de regularlas o bien prohibirlas.

En nuestra legislación se fijan ámbitos de vida privada, pero no tiene un carácter taxativo. Sin embargo, la Ley N°19.733 sobre *Libertad de Opinión e Información* en su artículo 30° inciso final precisa que se considera de la esfera privada o íntima “*los hechos relativos a la vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito*”. Por su parte, la Ley N°19.628, Sobre *Protección a la Vida Privada*, dispone en su artículo 2° letra g) “*son datos sensibles aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a los hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual*”.

Así como vimos en nuestro país, la legislación comparada también protege la vida privada. España la ampara constitucionalmente como la intimidad de las personas y el secreto de las comunicaciones¹², siendo como bienes protegidos el secreto y la libertad de las comunicaciones privadas. Pero al igual que en nuestro país y como en casi todas las legislaciones occidentales, tales derechos pueden ser afectados o por resolución judicial o por declaración de estados de excepción o de sitio, para el esclarecimiento de hechos delictivos y para el mantenimiento del orden público; como asimismo, en otras situaciones expresamente indicadas por ley.

El Tribunal Supremo español señala que debe tenerse en cuenta el principio de la proporcionalidad, es decir, aunque el Estado tenga la facultad de afectar el derecho a la intimidad, debe entenderse que dicha afectación no debe realizarse bajo cualquier supuesto o con el argumento de la necesidad en la eficacia en la persecución penal. Por el contrario, el Estado en ocasiones debe “...ceder el interés público... ante el individual en mantener el status libertatis libre de injerencias”¹³. La jurisprudencia española señala varios requisitos para las intervenciones, entre las que están: la exclusividad jurisdiccional, finalidad

11 HUMBERTO NOGUEIRA, ob. cit.

12 Artículo 18° Constitución Española.

13 MARIO DANIEL MONTOYA, “*Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas, Análisis Constitucional y Procesal Penal*”, 2ª edición actualizada y ampliada, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, año 2001, p. 372.

probatoria, excepcionalidad de la medida, proporcionalidad, limitación temporal, especialidad del hecho, especificación de los teléfonos que pertenezcan a las personas investigadas, existencia de un procedimiento de investigación, existencia de indicios de investigación, exigencia del control jurisdiccional en el desarrollo y cese de la medida y que la resolución judicial sea debidamente motivada.

En consecuencia, lo que se protege, cuando hablamos de la vida privada, es lo concerniente a lo más íntimo de una persona, a lo que piensa o siente en su fuero más íntimo o interno, a sus creencias políticas o religiosas, a su vida sexual, psíquica y al entorno más reservado de su vida familiar. De este modo lo que hace la Constitución Política de Chile en su artículo 19° N°4 es garantizar el derecho a poseer *“El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y la de su familia.”*, siendo su opción el entregar el contenido a terceros, encontrando su límite bienes jurídicos superiores o cuando los hechos de carácter privado tengan incidencia directa en la comisión de un ilícito propiamente tal. En tal sentido, el Senado, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento ha señalado que *“...no obstante que los hechos por su naturaleza formen parte de la vida privada o familiar, no se incurre en infracción al difundirlos si está envuelto en ello un interés público superior”*¹⁴. En consecuencia, cuando legal y judicialmente se autoriza una interceptación telefónica, es una restricción autorizada a la garantía o derecho a la intimidad.

1) Quién autoriza

Es una facultad exclusiva del órgano jurisdiccional. En nuestro país, con el actual procedimiento penal, es el Juez de Garantía quien tiene la facultad de autorizar una solicitud de intervención telefónica a petición del Ministerio Público¹⁵.

Lo mismo sucede en la gran mayoría del derecho comparado, siendo una exclusividad jurisdiccional la que puede establecer restricciones a las garantías constitucionales.

2) Finalidad

Su finalidad es probatoria, para determinar la existencia de uno más delitos, como la determinación de las personas involucradas en él.

14 Diario de Sesiones del Senado, Legislatura, 320, Ordinaria, Sesión 7, 13 junio 1990, pp. 573-594. Aprobado por unanimidad.

15 Artículo 222° del Código Procesal Penal.

3) Excepcionalidad

La intervención telefónica es una medida de restricción al derecho a la privacidad y el derecho a las comunicaciones privada excepcionalísima, ya que sólo puede ser en aquellos casos que la ley autoriza y bajo resolución judicial expresa.

4) Delitos susceptibles

Son susceptibles de interceptar las comunicaciones telefónicas en nuestro país, conforme lo señala el artículo 222° del Código Procesal Penal, aquellos que tengan pena de crimen, es decir los que tengan una pena privativa o restrictiva de libertad de más de 5 años y 1 día o más a perpetua. Exceptuándose todos los delitos contenidos en la Ley de Drogas, los cuales son susceptibles de ser intervenidos aun cuando no tengan una pena superior a la señalada. Lo mismo sucede respecto de la Ley N°19.913 que *Crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos*, pues su artículo 33° se remite a la Ley de Drogas y a cualquier otra ley que la modifique –antigua Ley N°19.366–, señalando que respecto de los delitos descritos en los artículos 27 y 28, le serán aplicables sus normas relativas a las técnicas de investigación criminal, como las intervenciones telefónicas¹⁶.

16 Ley N°19.913 que Crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos:

Artículo 27.- Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimos a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:

a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N°18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N°17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N°18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N°3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367 y 367 bis del Código Penal; o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.

b) El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito. Se aplicará la misma pena a las conductas descritas en este artículo si los bienes provienen de un hecho realizado en el extranjero, que sea punible en su lugar de comisión y en Chile constituya alguno de los delitos señalados en la letra a) precedente.

Para los efectos de este artículo, se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos.

Si el autor de alguna de las conductas descritas en la letra a) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena señalada en el inciso primero será rebajada en dos grados.

La circunstancia de que el origen de los bienes aludidos sea un hecho típico y antijurídico de los señalados en la letra a) del inciso primero no requerirá sentencia condenatoria

En España, tratándose de delitos graves, investigaciones de organizaciones criminales o terroristas, delitos cometidos por funcionarios públicos, delitos contra la seguridad y libertad y respecto de ciertos delitos militares. Es necesaria la existencia de al menos indicios y no sólo de sospecha en la comisión de alguno de los ilícitos mencionados. Siendo necesaria la intervención a fin de recavar mayores antecedentes que permitan determinar la participación en la comisión del ilícito investigado. Asimismo, se requiere la existencia de una investigación en curso.

Es necesaria la proporcionalidad de la medida, es decir, “...adoptarse en el caso de delitos graves en los que las circunstancias que concurren y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma...”¹⁷.

Como en nuestro sistema, se encuentran prohibidas las intervenciones telefónicas entre imputado y su abogado, a menos que el último se encuentre involucrado en la comisión de un delito.

5) Descubrimientos casuales o fortuitos

Los descubrimientos casuales o hallazgos fortuitos, desarrollado por la doctrina alemana, se refieren a los antecedentes obtenidos por medio de una intervención telefónica legalmente autorizada, pero que no corresponden a datos propios de la investigación, ya sea que emanen de las personas autorizadas a intervenir en sus comunicaciones telefónicas o bien que correspondan a otras personas de las cuales no se ha autorizado a intervenirla directamente¹⁸.

Esta situación presenta ciertos inconvenientes, especialmente cuando se trata de aquellos sujetos de los que no se posee una autorización judicial para su interceptación telefónica, puesto que el descubrimiento de un hecho delictivo, por medio de esta técnica, sería adquirido sin el amparo judicial previo. Para

previa, y podrá establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el delito tipificado en este artículo.

Si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta.

Artículo 28.- Los que se asociaren u organizaren con el objeto de llevar a cabo algunas de las conductas descritas en el artículo anterior, serán sancionados por este solo hecho, según las normas que siguen:

- 1.- Con presidio mayor en su grado medio, al que financie, ejerza el mando o dirección, o planifique los actos que se propongan, y
- 2.- Con presidio mayor en su grado mínimo, al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamiento, escondite, lugares de reunión, o colabore de cualquier otra forma para la consecución de los fines de la organización.

Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica.

17 MARIO DANIEL MONTOYA, ob. cit., pp. 376 y 377.

18 MARIO DANIEL MONTOYA, ob. cit., p. 373.

resguardar situaciones similares, el derecho alemán permite que expresamente la orden de interceptación telefónica se dirija no sólo en contra del imputado, sino que de aquellas que se sospecha o se presume que son intermediarios del imputado para transmitir antecedentes del delito investigado y señala que tratándose de hallazgo casuales y cuando los hechos encontrados no tengan una relación directa con el delito investigado, el ente investigador debe abrir un nuevo proceso investigativo¹⁹.

Nuestra legislación se refiere a los hallazgos casuales en el inciso final del artículo 223° del Código Procesal Penal, al señalar: “...*Lo prescrito en el inciso precedente no regirá respecto de aquellas grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que merezca pena de crimen, de las cuales se podrá hacer uso conforme a las normas precedentes*”. De ello, derivarían dos hipótesis²⁰, “1) *Que de la interceptación de un número telefónico aparezcan informaciones relevantes para otros hechos que puedan ser sancionados con pena de crimen. En estos casos, el legislador ha regulado expresamente la validez de esta prueba así como la posibilidad de ser utilizada en el nuevo caso.* 2) *Que de la interceptación de un número teléfono aparezcan informaciones relevantes para otros hechos ilícitos que no ameriten pena de crimen. En estos casos, a nuestro juicio, el legislación si bien no se refiere a la utilización de las grabaciones como medio de prueba, es dable afirmar que aquellas a lo menos podrán dar origen a un nuevo caso*”. En consecuencia, como se concluyó en el citado artículo, no se requiere de una nueva autorización judicial para utilizar aquel antecedente obtenido de una intervención telefónica legalmente autorizada.

La jurisprudencia, en un Recurso de Nulidad, señaló que respecto de interceptaciones telefónicas de una tercera persona, y las que sirvieron de base para el descubrimiento del ilícito del juicio oral recurrido, porque la defensa no tuvo conocimiento, sino hasta los inicios del juicio oral y por lo tanto no pudo contar con los medios de defensa suficientes para poder contrarrestarla, que como medida intrusiva, ya existió un control de garantías por el ente jurisdiccional, por lo tanto “...*Con relación al control de legalidad propiamente tal, ninguna fiscalización podía hacer frente a una información recibida involuntariamente en otro proceso, pues no habiéndose advertido algún hecho constitutivo de alguna infracción grave como defecto esencial, dicha omisión no ha podido influir en la parte dispositiva de la sentencia, al punto que de acuerdo al artículo 375 del Código del ramo, debiera desestimarse el recurso, teniendo presente también que lo esencial radica en el control de detención de los acusados y no la interceptación telefónica, porque*

19 MARIO DANIEL MONTOYA, ob. cit., p. 374.

20 XIMENA MARCAZZOLO AWAD, “Hallazgos Casuales en relación con los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas”, Revista Jurídica del Ministerio Público, N°34, Abril de 2008, p. 152. El artículo 175 del Código Procesal Penal, obliga, entre otras, a los funcionarios policiales a denunciar los hechos que revisten los caracteres de delito, sancionando su omisión, conforme al artículo 177° del mismo cuerpo legal.

fue ésta la que permitió descubrir los hechos constitutivos del delito”²¹. Y sobre la falta de fundamentación alegada y omisión de requisitos del artículo 342° del Código Procesal Penal, “... debe considerarse que los hechos fijados en el motivo décimo quinto corresponden a las reflexión es efectuadas por los Jueces de fondo como también a la ponderación de la prueba, de manera que la interceptación telefónica constituye una diligencia que explica lógicamente cómo y por qué se produjo el control del vehículo y de la identidad de sus ocupantes, hecho que por lo demás no está discutido en cuanto a la existencia misma y, por consiguiente, ninguna infracción al artículo 297 del Código Procesal Penal se ha podido cometer, ya que no se dieron por acreditados hechos inexistentes o que no provengan de medios probatorios que respeten las máximas de las experiencias, los principios lógicos o los conocimientos científicamente afianzados. En fin, ninguna duda razonable puede surgir sobre la interceptación telefónica en el marco de una investigación referida en otra causa. Distinto es la reflexión que no corresponde en este estadio, sobre la infracción sustancial de garantías durante la investigación cuando se omite en la misma o en el auto de apertura del juicio oral la información referida a una interceptación telefónica que genera el inicio de la investigación en esta causa, porque ello le atañe exclusivamente a la Excma. Corte Suprema y a este Tribunal sólo le concierne pronunciarse si esta omisión impidió ejercer las facultades que la ley otorga al abogado defensor, o si se han omitido alguno de los requisitos de la sentencia referidos al artículo 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, mas –como ya se ha sostenido– la defensa técnica no sufre perjuicio en este caso concreto en términos de impedírsele el ejercicio de sus facultades cuando se omite tal información, pues la medida intrusiva fue controlada y no discrecional y la investigación se inició concretamente en el control de detención a propósito del cual se descubrió la droga que portaba el acusado”²².

6) Limitación temporal

En nuestra legislación, la interceptación tiene un plazo máximo de 60 días que puede ser prorrogado por el juez de garantía por periodos de igual duración, previo análisis de los argumentos esbozados por el ministerio público. Lo mismo se aplica respecto a la Ley de Drogas.

En el sistema español, las interceptaciones telefónicas pueden durar 3 meses prorrogables por igual período²³, no obstante, la intervención no puede ser de manera indefinida²⁴.

21 Recurso de Nulidad, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, RUC 0700709859-0, RIT 37-2008. Considerando cuarto.

22 Recurso de Nulidad, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, RUC 0700709859-0, RIT 37-2008. Considerando quinto.

23 MARIO DANIEL MONTOYA, ob. cit., Como lo señala el autor, en su página 370, la ley establece la factibilidad de prórrogas, sin especificar el número de las mismas, por lo que se entiende que éstas pueden ser varias.

24 MARIO DANIEL MONTOYA, ob. cit., p. 377.

7) Transcripción, conservación y destrucción

Nuestro sistema en el artículo 223° establece el registro de las interceptaciones telefónicas, la que deberá realizarse por medio de “... su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguren la fidelidad del registro. La grabación será entregada al Ministerio Público, quien la conservará bajo sello y cuidará que la misma no sea conocida por terceras personas. ... cuando lo estimare conveniente, el Ministerio Público podrá disponer la transcripción escrita de la grabación, por un funcionario que actuará, en tal caso, como ministro de fe acerca de la fidelidad de aquella”²⁵.

Por otra parte, el inciso 4° del artículo 223° del Código Procesal Penal, establece que “*Aquellas comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimiento serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda transcripción o copia de ellas por el Ministerio Público*”.

El sistema español establece la necesidad de grabar las comunicaciones telefónicas, para que éstas sirvan como medio probatorio; sin perjuicio que los funcionarios que realizaron puedan declarar en juicio, a objeto que entreguen la información adicional que se requiera. También, como en el caso chileno, se permite la destrucción del material irrelevante para la investigación.

8) Valoración. Prueba lícita e ilícita

En términos generales se pueda dar por sentado que las pruebas obtenidas mediante la violación de ciertas garantías constitucionales o por medios ilícitos, no pueden ser valoradas por el juez como medio de prueba.

Sin perjuicio de lo expuesto, como lo señala el profesor Francisco Muñoz Conde²⁶, se produce un cierto conflicto para determinar la licitud o ilicitud de la prueba, más cuando estamos en ausencia de una prohibición, ya que en estos casos existe una prohibición relativa, encaminada a respetar los derechos del individuo investigado, es decir, del cumplimiento de los requisitos establecidos por ley. Lo anterior, claramente dificulta la determinación si la prueba en sí misma ha cumplido con los requisitos establecidos por la ley, cuando éstos son valorados a priori, como sucede en el caso de las pruebas audiovisuales. En ciertos casos la doctrina ha aceptado su valoración a pesar de haber sido obtenida por medios no lícitos²⁷.

25 Artículo 23° Código Procesal Penal, inciso 1° y 2°.

26 FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “*Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*”, Claves del Derecho Penal 4, Editorial Hamurabi SRL, 1ª edición, 2004, p. 29.

27 FRANCISCO MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 31, cita 15. Distinguiendo entre prueba prohibida y prueba ilícita, la que sí puede ser objeto de valoración, bajo determinadas circunstancias, dependiendo de una ponderación de intereses con el caso concreto.

Lo anterior, entraría en contradicción con la teoría americana sostenida en los años 60, que señala que debe dejarse fuera de la valoración judicial toda prueba obtenida ilícitamente, con violación a los derechos fundamentales, como también aquellas que deriven de esa prueba ilegalmente obtenida.

Sin embargo, una manera de salvar esta prueba, es argumentar que la misma igualmente se podría haber obtenido, aun cuando no hubiese habido vulneración de garantías constitucionales. Situación que es compleja –como lo señala el Prof. Muñoz Conde– ya que este tipo de “*saneamiento perverso*”²⁸, “... obliga a ser muy cauto con una tesis muy amplia que prácticamente ignora la expresión “*indirectamente*” contenida en el art. 11.1 de la LOPJ... en el caso de O. J. Simpson, al alegar la policía que entró sin autorización judicial en el domicilio del famoso deportista Simpson, sospechoso de haber asesinado a su ex mujer y al amante de ésta, porque pensaba que su vida podía correr peligro, y no para obtener ninguna prueba en su contra. ... De este modo el guante ensangrentado que allí se encontró, fue admitido como prueba, aunque después por defectos en la práctica de la prueba pericial el análisis de la sangre no arrojó ningún dato concluyente sobre la culpabilidad de Simpson, quien, como es sabido, por éstas y otras razones (la falta de credibilidad del policía que encontró el guante), fue absuelto. ... la prueba del guante, ... derivaba indirectamente de una prueba prohibida obtenida mediante lesión de un derecho fundamental: el de la inviolabilidad de domicilio, y, por lo tanto, no debió haber sido valorada”²⁹.

En cuanto a la valoración como medio de prueba, se ha dicho por parte de la jurisprudencia chilena, que se niega todo valor probatorio, sin que se haya acreditado que ésta se hubiere obtenido con una autorización judicial previa, aún cuando no hubiese sido objetada por la defensa en la preparación del juicio oral³⁰. Sin embargo, es la propia Corte Suprema quien dice que quien se vea afectado por una vulneración de derechos o garantías constitucionales, debe reclamar oportunamente, como lo dispone el procedimiento contenido en la referida ley, esto es, “... se exige denunciar en la sede y en el momento en que se evidencia el vicio que es constitutivo de violación de la norma o disposición que regula el procedimiento por alguno de los medios establecidos por la ley al efecto, so pena de preclusión”³¹. En el caso del Recurso de Nulidad, el vicio se habría producido en la preparación del juicio oral, por lo tanto, la instancia de reclamo del mismo es en esa sede, conforme lo disponen los artículo 272° y 276° del Código Procesal Penal y si “... no se ejercieron los mecanismos adecuados para reclamar el vicio esgri-

28 FRANCISCO MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 35.

29 FRANCISCO MUÑOZ CONDE, ob. cit., pp. 35 y 36.

30 RUC 0800274026-6, TOP Arica, mencionado en considerando primero en recurso de nulidad ante la Excelentísima Corte Suprema de Santiago, Rol 4507-10, RUC 0900040845-7, redactado por el Ministro Señor Carlos Künsemüller L.

31 Considerando séptimo en recurso de nulidad ante la Excelentísima Corte Suprema de Santiago, Rol 4507-10, RUC 0900040845-7, redactado por el Ministro señor Carlos Künsemüller L.

*mido como fundamento de la nulidad... autoriza al tribunal a no dar acogida a un extemporáneo reclamo sobre la rendición de una particular prueba de cargo, conforme lo dispone el artículo 37° de la referida compilación procesal*³².

Por otra parte, –en el mismo fallo– señala, que debe rechazarse el reclamo de la defensa que indica que no se acreditó en juicio que las intervenciones telefónicas estuviesen autorizadas judicialmente, por cuanto una vez que las mismas fueron incorporadas como medios de prueba en el juicio, es evidente que contaba con la mencionada autorización del juez de garantía³³.

Establece asimismo, que: “... la autorización judicial para la verificación de una actuación policial no es una prueba independiente de aquella a que accede...”, por lo que si fue autorizada la actuación de la diligencia en sí misma, no puede pretenderse que se excluya la materialidad de la misma³⁴. En consecuencia, “...el tribunal oral no puede excluir pruebas, si ello no se hizo en sede de garantía, así como tampoco puede dejar de valorar legalmente la producida e incorporada en la audiencia de juicio oral,... pues el legislador manda hacerse cargo de toda la prueba producida, sin perjuicio, claro está, que pueda desestimar alguna indicando las razones que tuvo en cuenta para ello. (En este sentido, SCS 4600-10)”³⁵; quedando de manifiesto que no habría una afectación al racional y justo enjuiciamiento, ya que las pruebas que se tuvieron en juicio, fueron incorporadas a éste respetando el procedimiento.

A su vez, la Excelentísima Corte Suprema razona, señalando que la prueba obtenida por indicios puede ser complementada por las demás pruebas aportadas en juicio, para dar por establecida la participación en un hecho ilícito, mediante el análisis que llevan a cabo los sentenciadores, a través de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, de acuerdo lo establece el artículo 297° del Código Procesal Penal³⁶.

IV. Alcances y conclusiones

De lo expuesto se puede señalar que para la persecución de los delitos contemplados en la Ley N°20.000, es necesario la utilización de la técnica investigativa de la interceptación telefónica, por cuanto ésta sirve de base para determinar la comisión de algunos de los delitos de la referida ley, la identificación de los

32 Recurso Nulidad, Excelentísima Corte Suprema de Santiago, ob. cit.

33 Recurso Nulidad, Excelentísima Corte Suprema de Santiago, ob. cit. Considerando noveno.

34 Recurso Nulidad, Excelentísima Corte Suprema de Santiago, ob. cit. Considerando décimo.

35 Recurso Nulidad, Excelentísima Corte Suprema de Santiago, ob. cit. Considerando duodécimo.

36 Recurso Nulidad, Excelentísima Corte Suprema de Santiago, ob. cit. Considerandos décimo séptimo al vigésimo tercero.

involucrados y otros elementos que pudieran surgir de ésta. Esta necesidad surge por el mecanismo de acción y comisión que tiene el delito de tráfico de drogas, ya que muchas veces la técnica de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, es la única forma de establecer con certeza quiénes son los partícipes, cuáles son sus vinculaciones, incluso hasta poder determinar si entre ellas existe algún grado de jerarquía³⁷, la manera en que el o los sujetos operarán para lograr la comisión del hecho delictivo y demás circunstancias que permitan al fiscal, junto con los funcionarios policiales, realizar una correcta y exitosa formalización y acusación de los implicados.

Como ya mencionamos anteriormente, el derecho a la vida privada y derecho a la intimidad, aun cuando se encuentre debidamente amparado tanto por la Constitución como las leyes mencionadas, puede ser vulnerado bajo ciertos parámetros previamente establecidos. En el caso de la Ley N°20.000, la afectación del derecho a la intimidad y comunicaciones privadas se encuentra regulado en el artículo 24°, donde el legislador hizo una reflexión, en torno a determinar o sopesar los bienes jurídicos que pudieren estar en conflicto; concluyendo que un bien se encuentra por sobre el otro. Puntualmente, que en los casos de la Ley de Drogas, el bien jurídico superior –la salud pública– se encuentra por sobre el derecho a la intimidad o privacidad de las comunicaciones telefónicas.

Es por ello, que para el adecuado desarrollo de la función de investigación y para promover en plenitud la concreción del principio del debido proceso, se estima necesario, como medio de prueba, las interceptaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación, siendo así posible cumplir a cabalidad con la labor del Ministerio Público, a través de sus fiscales, de la facultad exclusiva en la persecución de la acción penal pública, que la Constitución ha encomendado expresamente a éste. Manifestando que no habría un conflicto de intereses entre lo privado y lo público. Y se debe hacer presente que los intereses privados permanecen resguardados en la esfera de lo íntimo cuando su ejercicio no afecta un interés público de igual o superior rango.

37 Situación que podría vincularse a una asociación ilícita del artículo 16° o bien, la agravante de agrupación o reunión de delincuentes del artículo 19° letra a), ambas figuras de la Ley N°20.000.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. RETARDO EN LA ENTREGA AL SERVICIO DE SALUD, DE LA DROGA INCAUTADA

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

El incumplimiento del plazo establecido en el artículo 41 de la Ley N°20.000, en orden a entregar la droga incautada dentro de las 24 horas siguientes al Servicio de Salud respectivo, no implica ninguna vulneración al debido proceso, ya que no origina la ilicitud de la prueba reunida y por ende no puede generar su exclusión, sino que solo puede dar origen a la aplicación de la sanción administrativa de multa al funcionario responsable de dicho incumplimiento.

Texto Completo:

Santiago, veintitrés de agosto de dos mil diez.

VISTOS:

Por sentencia de cinco de mayo de dos mil diez, dictada en la causa RUC N°0900569507-1, RIT N°132-2010, por el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrado por los jueces Laura Torrealba Serrano, Francisco Ramos Pazó y Jorge Cataldo Aedo, se condenó a Sergio Omar Castillo Toledo, cédula nacional de identidad N°8.737.593-5, domiciliado en Calle 16 Sur N°5573, Comuna de Lo Espejo, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y al pago de una multa de veinte unidades tributarias mensuales, más las accesorias de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de

tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3 en relación con el artículo 1, ambos de la Ley N°20.000, en grado de consumado, perpetrado el 17 de junio de 2009 en la Comuna de Lo Espejo.

En contra de este fallo, el abogado de la Defensoría Penal Pública, don Gastón Zúñiga Carrasco, en representación del imputado, dedujo el recurso de nulidad que rola de fojas 2 a 7, amparándose exclusivamente en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

Declarado admisible este arbitrio a fojas 25, se fijó el día de la audiencia a celebrarse ante esta Corte, la que tuvo lugar el tres de agosto recién pasado, ocasión en la que la parte recurrente rindió la prueba de audio y documental ofrecida en el otrosí de fojas 2 y se escucharon las alegaciones de los intervinientes, levantándose el acta que rola a fojas 34, tras lo cual quedaron los autos para fallo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el presente recurso se funda exclusivamente en la causal de nulidad que contempla la letra a) del artículo 373 Código Procesal Penal, que opera cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren conculcado sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile en vigencia.

SEGUNDO: Que, la defensa reclama que, en la especie, se ha infringido la garantía del debido proceso, consagrada en el artículo 19 N°3° inciso 5 de la Constitución Política de la República, trasgresión que, en su concepto, se produjo en tres etapas. En primer término, durante la investigación, por cuanto la droga que fue incautada al momento de la detención del imputado, ocurrida el 17 de junio de 2009, no fue remitida por la policía al Servicio de Salud dentro del plazo de 24 horas que establece el artículo 41 de la Ley 20.000, ni dentro de las 48 horas a las que dicho término puede ampliarse por decisión del Juez de Garantía cuando existan circunstancias especiales que así lo aconsejen, sino que sólo fue remitida 37 días después, el 24 de julio de 2009, lo que sólo ocurrió a solicitud de la Fiscalía, según consta en la Instrucción Particular contenida en el oficio N°4798 de 09 de julio de 2009. La irregularidad de dicho procedimiento genera duda sobre la validez de la cadena de custodia y sobre la integridad de la droga que en definitiva fue objeto de la pericia química.

En segundo lugar, en la audiencia de preparación del juicio oral, por cuanto el Juez de Garantía rechazó la exclusión de la prueba documental derivada de la droga incautada, validando la actuación irregular de la policía y sosteniendo erradamente que el atraso en la entrega de la droga sólo está sancionado en el artículo 42 con la aplicación de una multa a beneficio fiscal al funcionario infractor.

Finalmente, la última transgresión se produjo en el juicio oral, debido a la incorporación y posterior valoración de la prueba supuestamente derivada de la sustancia incautada, no obstante haber hecho presente las ilegalidades de la misma, prueba que, en definitiva, se consideró para fundar la condena impuesta al acusado.

TERCERO: Que por su parte el Ministerio Público pidió el rechazo del presente recurso, por cuanto el hecho que la policía haya remitido la droga incautada al Servicio de Salud fuera del plazo señalado en el artículo 41 de la Ley 20.000, sólo tiene como sanción la prevista en el artículo 42 de dicha ley, y no produce la invalidez de la droga decomisada ni de las pruebas documentales y periciales que surgen de la misma, pues con ello no se infringe garantía constitucional alguna, ya que se trata de una norma que regula un procedimiento meramente administrativo. Por otra parte, tampoco puede sostenerse que la infracción a dicho plazo produzca un quiebre a la cadena de custodia ni la falta de integridad de la droga, por cuanto no se discute que la droga estuvo en poder de la policía y que luego fue remitida al

Servicio de Salud, sin que la defensa haya alegado y demostrado alguna circunstancia concreta que acredite alguna manipulación o alteración de la droga incautada, de modo tal que las simples especulaciones formuladas al respecto son insuficientes para provocar una alteración sustancial a la garantía invocada.

CUARTO: Que, de acuerdo a lo expuesto, resulta un hecho no discutido por los intervinientes, que efectivamente la sustancia incautada en el procedimiento policial en que se detuvo al imputado, realizado el 17 de junio de 2009, contenidas en una bolsa de nylon y 23 papelillos, fue entregada por Carabineros al Instituto de Salud Pública el 24 de julio de 2009, según consta en el acta de recepción N°11354/2009 de esta última fecha -incorporada a fojas 63 por la defensa como prueba documental del recurso-, en la que aparecen las firmas del funcionario que entrega y del que recibe, de acuerdo con lo cual no cabe duda alguna que en la especie efectivamente se incumplió lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley N°20.000, pues la sustancia incautada en este procedimiento, correspondiente a 237, 4 gramos brutos de un polvo beige, fue entregada al señalado servicio en un plazo muy superior al allí permitido, sin que tampoco se haya acreditado la autorización de un lapso mayor por parte del Juez de Garantía, como lo faculta el inciso segundo de dicha norma.

Sentado lo anterior corresponde entonces resolver si el incumplimiento de dicha norma produce o

no una vulneración sustancial de la garantía constitucional invocada por el recurrente y si ello tiene alguna influencia sobre la validez de las pruebas incorporadas al juicio relacionadas con las sustancias incautadas y que el impugnante ha circunscrito en sus alegaciones, esencialmente, al acta de recepción de la droga y al consecuente informe pericial químico, ambos considerados para dar por acreditada la comisión del delito materia de la condena.

QUINTO: Que, para resolver lo anterior conviene tener presente que el artículo 41 de la Ley N°20.000 señala que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23, las sustancias y especies a que se refieren los artículos 1°, 2°, 5° y 8° y, en su caso, las materias primas empleadas en su elaboración, que sean incautadas en conformidad a la ley, deberán ser entregadas dentro de las veinticuatro horas siguientes al Servicio de Salud que corresponda.

Con todo, cuando circunstancias especiales así lo aconsejen, el juez de garantía, a solicitud del Ministerio Público, podrá ampliar este plazo hasta en cuarenta y ocho horas, a solicitud de los funcionarios que hubieren incautado las referidas sustancias o materias primas.

Las sustancias estupefacientes o sicotrópicas y sus materias primas y las que contengan hidrocarburos aromáticos deberán destruirse en el plazo de quince días por el Servicio de Salud respectivo, una vez separada una cantidad técnicamente suficiente para los análisis de que trata el artículo 43, siempre que respecto de dichas

sustancias no se discuta su legítima tenencia o posesión por terceros”.

Por su parte, el artículo 42 dispone que: “Los funcionarios responsables del retardo en el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el artículo anterior serán sancionados con una multa a beneficio fiscal equivalente al cinco por ciento de su remuneración imponible mensual, por cada día de atraso, sin que pueda exceder del total de dicha remuneración”.

SEXTO: Que del texto previamente transcrito, resulta palmario que el legislador sólo ha establecido en forma expresa, como sanción para el incumplimiento por parte de la policía de lo dispuesto en el citado artículo 41, la imposición de una multa a beneficio fiscal al funcionario infractor, sin que el retardo en la entrega de las sustancias estupefacientes decomisadas constituya un vicio procesal que genere por sí solo la falta de validez de dicha evidencia, ni de las pruebas que puedan derivar de la misma -como se plantea en este caso con el protocolo de análisis de la droga-, pues tal infracción no acarrea necesariamente el quebrantamiento de la cadena de custodia, entendida ésta como el procedimiento controlado que se aplica a los indicios materiales relacionados con el delito, desde su localización hasta su valoración por los encargados de administrar justicia y que tiene como fin no viciar el manejo que de ellos se haga y así evitar alteraciones, sustituciones, contaminaciones o destrucciones.

SEPTIMO: Que, en efecto, la sola circunstancia que la droga haya sido remitida por la policía al Instituto

de Salud Pública fuera del plazo que prevé el mentado artículo 41, no genera como consecuencia necesaria una falta de certeza sobre la calidad de dicha evidencia ni sobre las conclusiones arribadas a su respecto, por cuanto dicha irregularidad en el traspaso no revela indefectiblemente alguna alteración, sustitución o contaminación de la misma.

Al respecto, conviene tener presente que la cadena de custodia, considerada en los sistemas penales de corte acusatorio, como una de las garantías particulares que integran la noción del debido proceso, tiene como finalidad asegurar al juzgador que la evidencia física que se le presenta en el juicio, sea la misma que se recolectó en el sitio del suceso, es decir, que no ha sido alterada, cambiada o destruida, para con ello darle un sentido de veracidad, no sólo a la prueba, sino a la forma en que se recolectó y procesó la misma. De igual modo, si bien nuestro Código Procesal Penal no regula de manera sistemática la forma y procedimiento de la cadena de custodia del material probatorio, esta se desprende de los artículos 181 y 188 del citado cuerpo legal, que imponen al Ministerio Público la obligación de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo, como la de conservar las especies recogidas durante la investigación, de modo de evitar que se alteren de cualquier forma y garantizar su debida preservación e integridad.

De este modo, si bien la cadena de custodia de los indicios materia-

les encuentra su fundamento en el debido, para que se genere alguna duda sobre la certeza y seguridad de este procedimiento de control, no basta el mero retardo en el traspaso de la droga, que regula el artículo 41 de la Ley N°20.000, sino que se requiere generar algún cuestionamiento directo que afecte la identidad e integridad de la evidencia, asunto que no ha ocurrido en la especie, pues la alegación de la defensa en torno a la manipulación de la sustancia incautada resulta ser meramente hipotética y eventual, sin que se haya planteado alguna duda sobre el gramaje ni sobre la naturaleza de la misma, ni que haya sido alterada o sustituida, manteniéndose, entonces, indemne. Por lo demás, según consta de la declaración del acusado, consignada en el motivo cuarto del fallo impugnado, éste reconoce que vendía droga y que la portaba al momento de ser detenido, de modo que no se divisa cómo el mero retardo en el traspaso de lo decomisado pueda generar la falta de validez de las conclusiones del protocolo de análisis de la droga, correspondiente al Reservado N°11354-299 del Instituto de Salud Pública de Chile, informe que, en cuanto al peso y calidad de la sustancia, no hace más que ratificar los dichos de los funcionarios policiales Carlos Muñoz Rehbein, William Astrelli Guajardo y Jorge Fernández Flores, detallados en el motivo quinto de la sentencia recurrida.

OCTAVO: Que, de acuerdo a lo anterior, si bien en este caso se ha constatado una irregularidad en el proceso de traspaso de las sustancias incautadas, relativa al plazo, ésta no

genera como consecuencia la exclusión de esa evidencia o la ausencia de su valor probatorio ni de las pericias derivadas, pues aquella no produce forzosamente la falta de certeza sobre cualquier conclusión que pudiera derivarse de la misma.

Por lo demás y tal como lo señalan los autores Horvitz y López, “la problemática antes tratada ha de ser distinguida de aquella referida al control sobre la licitud de la prueba, esto es, sobre la falta de observancia de los derechos constitucionales del afectado en la obtención de la evidencia” (Horvitz L. y López M., *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año 2002, página 184). En efecto, en este caso no existe cuestionamiento en torno al hecho que la sustancia estupefaciente fue incautada de manera lícita por parte de la policía, en particular en el procedimiento realizado por los funcionarios de Carabineros de Chile el día 17 de junio de 2009, de modo tal que bajo ningún pretexto era ni es aplicable la norma del artículo 276 inciso tercero del Código del ramo, pues ésta disposición legal sólo permite excluir en la audiencia de preparación del juicio oral las pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, situación que, como se dijo, no ocurrió en este proceso.

NOVENO: Que, asimismo, la conclusión que el simple incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Drogas, no genera una infracción a la cadena de custodia ni la consecuente infracción al debido proceso, resulta coherente con lo sos-

tenido por el profesor Hernández, en cuanto a que: “la inobservancia de garantías fundamentales representa algo más que la mera inobservancia de la legalidad ordinaria, de suerte que para afirmarla no puede bastar la infracción de ley en la obtención de la prueba, sino que además se requiere que la infracción puede vincularse de modo tal con una garantía fundamental que puede conceptualizarse como una afectación a la misma” (Hernández B., Héctor. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, Colecciones de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2004 N°2).

DECIMO: Que, conforme a lo razonado, tanto la entrega tardía de la sustancia incautada por parte de la policía, como la incorporación de las pruebas derivadas de la misma en el auto de apertura, en particular, la pericia química y la posterior valoración de las mismas por parte de los jueces del Tribunal de Juicio Oral, no generan una infracción al derecho al debido proceso, ni menos sustancial, sino sólo el incumplimiento de una norma legal, cuya inobservancia se encuentra reprimida expresamente por el legislador con una sanción extraprocesal dirigida al funcionario infractor, en virtud de lo cual no se configura la única causal invocada en este recurso de nulidad, correspondiente a la prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, lo

que desde luego conlleva el necesario rechazo del mismo.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los artículos 5°, inciso segundo, y 19, N°3°, de la Constitución Política de la República y 359, 372, 373, letra a) y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad formalizado por el abogado de la Defensoría Penal Pública, don Gastón Zúñiga Carrasco, en lo principal del libelo de fojas 2 a 8, en representación del acusado Sergio Omar Castillo Toledo, en contra de la sentencia de cinco de mayo de dos mil diez, dictada por el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en la causa RUC N°0900569507-1, RIT 132-2010, la que, por tanto, no es nula.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del Ministro señor Ballesteros.

Rol N°3657 - 10.-

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

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENTOS

IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL POR CUASIDELITO A ÓRGANOS DIRECTIVOS DE HOSPITALES PÚBLICOS: DE LA IMPORTANCIA DEL ESTABLECIMIENTO DE CRITERIOS DE NORMALIDAD, DE LOS LÍMITES AL PRINCIPIO DE CONFIANZA Y DE LOS ANÁLISIS COMPARATIVOS

Francisco Soto Donoso¹

El presente artículo sólo pretende llamar la atención respecto de algunas cuestiones que, si bien para una parte importante de la doctrina penal se trata de asuntos superados, entendemos que ellos todavía no se han asentado completamente en la cultura jurídica chilena, correspondiendo a acontecimientos relacionados con situaciones de responsabilidad penal médica acaecidos en hospitales públicos de diversos lugares del país, los cuales otorgan el marco para el análisis de las eventuales responsabilidades penales de quienes detentan el poder de dirección en dichos establecimientos.

No obstante la diversidad en las situaciones, en las especialidades médicas involucradas y en la calidad de los sujetos posicionados como agentes de los hechos lesivos, hay un espacio de análisis que es común: precisamente el relacionado con la imputación de los resultados lesivos a quienes forman parte de los órganos directivos de los respectivos establecimientos de salud.

Así, una mirada superficial de la configuración de los delitos culposos en nuestro Código Penal llevaría a la conclusión de que no es posible el señalado nivel de imputación, quedando alojada la responsabilidad solamente en las personas ubicadas en el medio o en la base de la pirámide organizativa respectiva. Esta conclusión se vería reforzada por la presencia en el derecho comparado de tipos penales específicos que captarían en su descripción algunas situaciones fácticas similares en su estructura, figuras en todo caso ausentes en nuestro ordenamiento jurídico².

No obstante lo anterior y sin perjuicio de las razones dogmáticas que pudieran dar pie a que la imputación penal ascienda en la pirámide organizacional, existe un propósito de política criminal en orden a que la responsabilidad penal se haga efectiva en primer lugar en aquellos que, atendidas las características

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

2 En este sentido, los artículos 316 y 317 del Código Penal español señalan: “*Artículo 316. Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. Artículo 317. Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado*”.

de la estructura y funcionamiento de la organización, aparecen como los “*verdaderos*” responsables, en cuanto depositarios del poder en ella, y no sólo en empleados ubicados en los niveles más bajos de la escala jerárquica a quienes “*les toca*” ejecutar las últimas aportaciones causales o maniobras que realizan materialmente el tipo. Esto, por un lado, no supone la consagración a nivel hermenéutico de un sistema de responsabilidad objetiva, tan atentatorio del principio de culpabilidad, y por otro, obliga a leer con otros ojos nuestros tradicionales tipos penales culposos, admitiendo una interpretación comprensiva de la posibilidad de imputar los resultados lesivos a los órganos de dirección en atención a la presencia de vastos elementos normativos en su configuración, evitándose también con ello la vulneración del principio de legalidad en materia penal.

Las claves de esta interpretación comprensiva estarían en fundar dicha responsabilidad penal en la infracción de los propios deberes de vigilancia y control en relación a los resultados lesivos, no limitándose aquella a la conducta imprudente del sujeto que actuó de un modo más próximo al resultado. Por cierto, al lado de esto es menester considerar los temas relacionados con la exigencia de previsibilidad propia de los delitos culposos, elemento indispensable para determinar si en definitiva hubo o no infracción al deber de cuidado. Además, esta consideración relativa a determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad penal de las personas señaladas está lejos de consagrar, a través de la vía interpretativa de los tipos penales, un sistema de responsabilidad objetiva propio de los sistemas jurídico-penales de corte anglosajón, sino que simplemente se pretende construir una interpretación que lleve a la imputación directa por hechos propios de los resultados lesivos; por ello el reclamo se encuentra en el plano de *lege lata* y no en el de *lege ferenda*.

Así, dentro de nuestros tipos penales referidos a los delitos culposos, es el tipo previsto en el artículo 492 del Código Penal el que aparece como el plenamente aplicable en las situaciones planteadas, al señalar en su inciso 1° que “*las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere una omisión que, de mediar malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas*”.

Una lectura preliminar del tipo penal nos obliga a determinar en primer lugar si existen “*reglamentos*” susceptibles de ser infraccionados en el ámbito de la actividad médica. A propósito de este punto, es fácil identificar la presencia de muchas regulaciones vinculadas a la regulación de esta actividad, tanto en el ámbito público como en el privado, así como en el plano legal y en el reglamentario, regulaciones que suelen recibir el nombre de “*protocolos*”. Luego, para imputar el resultado a los órganos de dirección del hospital, se puede seguir un derrotero argumentativo contundente en cuanto a sus bases teóricas y prácticas, vinculado esencialmente a la generación de ciertos riesgos no permitidos atribuibles a los hechos propios de quienes tienen el poder de mando

en el hospital, lo que origina deberes de vigilancia y control insoslayables bajo ciertas condiciones³.

Sin embargo, esta argumentación jurídica necesita de ciertas conexiones empíricas relevantes a la hora de establecer probatoriamente la hipótesis planteada. El trabajo de calificación jurídica para imputar responsabilidad parte con un análisis vertical vinculado al cumplimiento de las reglamentaciones propias de la actividad, cuya finalidad es determinar a través de un proceso silogístico, si hubo incumplimiento de aquellas normativas y si existió la generación de un riesgo no permitido. Esta labor es la que explica la doctrina jurídico-penal que se ha encargado del tema de la imputación de los delitos culposos y que, en lo relativo a la imputación de resultados lesivos a órganos de dirección del hospital, suscribimos plenamente. Lo planteado acá va un poco más allá en el análisis, situándose en un plano más bien práctico, puesto que se refiere a la posibilidad de acreditar en los hechos concretos si es posible afirmar el

- 3 En relación a este punto, HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, “Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudentes) de los directivos de empresa”, Seminario Internacional “Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial”, Revista de Estudios de la Justicia, N°10, pp. 175-198, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2008. Resumidamente, los puntos más importantes de esta argumentación, aplicable plenamente al ámbito de la responsabilidad médica, son los siguientes: a) Debe tratarse de delitos que correspondan a un riesgo asociado al desarrollo del giro empresarial. b) Lo anterior supone que la empresa es destinataria del deber de cuidado específico cuya infracción redunde en el resultado lesivo. c) La incumbencia del delito a la organización empresarial resulta esencial también para delimitar el alcance de los deberes que pesan sobre el órgano directivo. d) Tienen importancia las regulaciones de la actividad empresarial, las que se fundan en la experiencia acumulada en el marco de la gestión de los riesgos involucrados. d) No puede sostenerse seriamente que sea imprevisible un resultado lesivo cuando éste es de aquellos a cuya evitación tiende precisamente la normativa infringida. e) La infracción de la normativa especial de seguridad cumple la función de ser infracción de reglamento, por lo que la previsibilidad del resultado está normativizada. f) Son responsables quienes concientemente disponen que se realice una actividad peligrosa en condiciones defectuosas, mediante instrucciones específicas impartidas directamente o a través de personas ubicadas en un rango inferior en la escala jerarquizada de la empresa. g) También son responsables quienes con poder de mando en la empresa han organizado o gestionan defectuosamente aspectos determinados de la actividad empresarial, creando de este modo el riesgo prohibido. h) A quien tiene funciones directivas en una empresa le incumben importantes deberes en relación con el funcionamiento de la misma, por lo que le puede caber responsabilidad penal por los resultados lesivos imputables a la infracción de dichos deberes. i) El órgano directivo, en cuanto tiene el control de la fuente de peligro, es entonces garante y responde penalmente si omite cumplir con su deber de evitar resultados lesivos. j) También se puede hablar de un deber general de los directivos de la empresa manifestado en el deber de organizarla y gestionarla correctamente, y de controlar y vigilar permanentemente el conjunto de su actividad. k) El límite de esta responsabilidad es el principio de confianza, el que, a su vez, admite como límite la evidencia en la defraudación de las expectativas normativas. l) La delegación de funciones es el principal límite a la responsabilidad de un órgano directivo, respecto del cual también se señalan ciertos límites para que opere como tal (necesidad de la delegación, idoneidad subjetiva y objetiva del delegado, y efectiva asunción por parte de éste de las funciones delegadas), subsistiendo siempre para el delegante el deber de mantener una vigilancia razonable del desempeño del delegado.

incumplimiento de los respectivos protocolos, junto con la imputación de ello a ciertas personas ubicadas en la cúspide de la pirámide organizacional.

Para lo señalado puede ser útil establecer el marco en que se desenvuelven las labores de los sujetos con capacidad de dirección en el hospital. Ello supone determinar concretamente si en éste hay cierta “normalidad” respecto precisamente de la observancia de los reglamentos infringidos en concreto. En este sentido, se torna difícil argumentar la falta de conexión subjetiva entre una persona y un resultado lesivo cuando éste proviene de la producción de riesgos constantes, al punto de convertirse en una situación “normal” dentro del hospital. Esto revelaría a nuestro juicio un incumplimiento de los deberes propios de control y vigilancia. En otras palabras, en el caso en que los órganos de dirección de un hospital han tomado todas las medidas de control y vigilancia necesarias para que se cumplan estrictamente las normativas de seguridad establecidas para la práctica de sus actividades propias, no obstante lo cual se producen ciertos resultados lesivos atribuibles al específico incumplimiento de aquellas, será más dificultoso imputar a dicho órgano esos resultados en función de su posible falta de previsibilidad. Pero si las infracciones al reglamento son una práctica común en el establecimiento, al punto de constituirse en una “práctica paralela”, realizada al margen de la normativa respectiva, a nuestro entender es prístina la falta de control y vigilancia que le compete al órgano de dirección, dándose pie para la imputación de los resultados lesivos por las negligencias que se produzcan en vinculación con aquellas faltas. Citando al propio HERNÁNDEZ, esto sería absolutamente posible puesto que *“basta con la previsibilidad también genérica de las consecuencias potenciales de las decisiones generales adoptadas en la dirección empresarial”*⁴.

En el sentido señalado, esa falta de control y vigilancia genéricos, vinculados a incumplimientos *normales* de las regulaciones de seguridad pertinentes, junto con los resultados lesivos derivados de ella, se enmarcarían en los márgenes de la figura del artículo 492 del Código Penal.

En esta misma línea, consideramos importante resaltar como criterio de imputación el denominado principio de confianza. Su relevancia en relación al análisis realizado, radica en que aquel opera como un limitador de la responsabilidad penal en los casos en que han existido delegaciones de responsabilidad en mandos medios o inferiores. Tema importante es establecer hasta qué punto esta limitación resulta plausible, pues desde la perspectiva de un argumento de

4 HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit., p. 182. En extenso, a propósito de este tema, el autor señala: *“Más aún, debe destacarse que cuando el incumplimiento de dicha normativa es una situación de normal ocurrencia en el seno de una empresa que ha sido organizada o es gestionada asumiendo genéricamente ese tipo de incumplimientos, la previsibilidad no requiere conocimiento de la situación específica que dará lugar al resultado ni tampoco posibilidad concreta de dicho conocimiento, sino que basta con la previsibilidad también genérica de las consecuencias potenciales de las decisiones generales adoptadas al respecto en la dirección empresarial”*.

defensa podría sostenerse que el órgano superior del hospital descansa bajo el alero de este principio cuando quienes realizan los actos negligentes son sujetos respecto de quienes operó una delegación de funciones, razón por la cual tienen a su cargo las actividades que, en definitiva, provocaron los efectos lesivos.

Vinculado con lo ya dicho, y sin perjuicio de la eficacia en concreto de los otros criterios de imputación, esta argumentación podría tener cierto asidero si estuviéramos en presencia de un hospital en que existe un cumplimiento normal de los respectivos protocolos, pero no en aquellos en que se han *institucionalizado* prácticas paralelas que significan constantes vulneraciones a dichos reglamentos, lo que, en definitiva, coloca en una situación de riesgo latente a quienes se encuentran dentro de la esfera de protección de esas normas. La propia doctrina reconoce ciertos límites al principio de confianza, el que, a su vez, es limitador de la responsabilidad penal; o sea, habría ciertos casos en que la exclusión de la imputación no operaría, casos entre los cuales se destaca la llamada *defraudación por parte del otro de las expectativas normales*, esto es, la situación en que el agente se enfrenta al incumplimiento evidente de la norma por parte del delegado.

En el plano de los incumplimientos constantes y reiterados de los protocolos establecidos, la alegación que suponga radicar en los límites derivados de la delegación de funciones se ve seriamente cuestionada en razón de las exigencias de vigilancia y control permanentes que pesan sobre el órgano de dirección; analizado el punto desde otra perspectiva, la previsibilidad en el contexto de incumplimientos constantes de la normativa es aún más latente que en casos aislados y concretos. Desaparece, en consecuencia, la protección que brindaba el principio.

Por otra parte, en el plano estrictamente probatorio, y siguiendo con el contexto argumentativo anterior, sería interesante y útil que el fiscal, en el marco de la investigación, realizara un análisis comparativo precisamente respecto de la situación de cumplimiento de los reglamentos y normas comunes aplicables a las respectivas actividades. El análisis propuesto sería entre la situación de cumplimiento del hospital en que ocurrieron los hechos investigados y la misma situación en hospitales similares sujetos a las mismas regulaciones, contraste que debería entregar luces. Esta labor, que supone allegar al proceso medios probatorios complementarios, podría entregar indicios útiles para determinar precisamente si en el establecimiento respectivo ha existido una práctica constante de incumplimiento de los reglamentos.

En resumen y a modo de conclusión, podemos decir que la responsabilidad de quienes forman parte de los órganos de dirección del hospital es por hechos propios, basada en los deberes de control y vigilancia, y en caso alguno fundándose aquella en criterios de responsabilidad objetiva. Por otro lado, es útil y relevante determinar si existen “prácticas paralelas” que estén fuera o vayan en

sentido contrario a los protocolos, al punto de convertirse en prácticas normales dentro del hospital, generándose constantemente riesgos que ocasionalmente se traducen en efectos lesivos. Estas “prácticas paralelas” generalizadas servirían también para descartar la aplicación del principio de confianza en relación con la delegación de funciones que se haya realizado. Por último, en el plano probatorio aparece como conveniente la realización de análisis comparativos entre las prácticas atinentes del hospital en cuestión y hospitales similares, lo que ayudaría en definitiva a establecer tanto el grado de incumplimiento de los reglamentos como los niveles de previsibilidad de los sujetos ubicados en una posición de privilegio en la pirámide organizacional.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA PRAXIS MÉDICA

Alejandra Vera Azócar¹

*“...en la era de la información, el deber de informar
ha adquirido mayor entidad y envergadura.
De un deber social ha pasado
a estructurarse como un deber jurídico”.²*

I. Introducción

El consentimiento en la actividad médica ha ido adquiriendo, a lo largo del tiempo, cada vez mayor importancia. Lejos están las prácticas de antaño, en que era el médico de cabecera quien resolvía la aplicación de un tratamiento, sin necesidad de solicitar la aceptación del paciente para llevarlo a cabo. Por el contrario, en la actualidad, resulta bastante improbable encontrar a un facultativo que resuelva por sí, sin previo consentimiento del paciente, la realización de alguna intervención o la aplicación de un determinado tratamiento.

Este nuevo escenario en la relación médico-paciente, se ve acentuado en la circunstancia de que hoy en día no sólo el personal médico está consciente de cuáles son sus deberes y obligaciones para con los pacientes y de las posibles responsabilidades en caso de infracción, sino que además, son los consumidores de prestaciones de salud quienes están cada vez más exigentes e informados acerca de cuáles son sus derechos frente a la actividad curativa.

Dentro de los derechos del paciente, el pilar fundamental es el consentimiento, el cual constituye un principio básico en la interacción entre el médico y el paciente, e implica que la facultad que tiene el profesional para comenzar a actuar se genera con la anuencia del paciente. Cabe destacar prontamente en este punto, que el consentimiento que otorga el paciente al facultativo jamás significará una renuncia a la exigencia de que su comportamiento debe ajustarse a la *lex artis*.

La complejidad de situaciones que se pueden dar en la actualidad y que podrían conllevar la eventual responsabilidad del galeno, nos obliga a detenernos y reflexionar acerca de la necesidad o posibilidad de prescindir del consentimiento del paciente para la aplicación de un determinado tratamiento o

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

2 Rengifo García, Ernesto. Deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. N°327, p. 89. 2004.

para la realización de una intervención quirúrgica. Para complejizar aún más esta hipótesis, podemos preguntarnos ¿qué pasa en aquellos casos de extrema urgencia, en los cuales la negativa o retardo en el procedimiento puede llevar aparejada la muerte del paciente?, ¿podrá el facultativo intervenir en estas situaciones? Por ejemplo, el paciente llega inconsciente al centro hospitalario, debiendo procederse a su inmediata operación, no siendo posible esperar a que éste se reanime para que preste su consentimiento, ¿cuál será en ese evento la actuación correcta del facultativo?, o ¿qué ocurre en aquellos casos en que es el propio paciente quien se niega a recibir el tratamiento?, ¿podrá actuar el facultativo contra la voluntad de éste, sin que con ello se configure una infracción a sus deberes y su consiguiente responsabilidad? Las respuestas a estas interrogantes son complejas, por lo que trataremos de ir dilucidándolas a lo largo de este artículo.

II. El consentimiento en la actividad curativa

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla, a diferencia de legislaciones comparadas, una disposición legal expresa que regule el consentimiento en la actividad curativa. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias han estimado que el consentimiento del paciente es un pilar básico en las intervenciones médicas y un deber de todo facultativo, el cual forma parte además, del deber de cuidado del profesional médico, quien en caso de actuar sin el consentimiento requerido afectará el derecho a la autodeterminación del paciente.

Existen dos proyectos de ley que pretenden regular los derechos y deberes de los pacientes. Ambos fueron impulsados por Michelle Bachelet, el primero el año 2001 en su calidad de Ministra de Salud, y el segundo el año 2006 como Presidenta de la República. El proyecto de ley del año 2001, “Sobre los Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud”³, regulaba en su párrafo 7°, Art. 16, lo relativo al consentimiento, señalando que “toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su consentimiento para someterse a cualquier procedimiento invasivo, de cirugía mayor o compleja, y otros que defina el Ministerio de Salud, salvo que la negativa pueda implicar su muerte y siempre que no exista otro procedimiento alternativo”. El segundo proyecto que “Regula los Derechos y Deberes que tienen las Personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”⁴, contempla en su Mensaje, como uno de los principios inspiradores de la ley, el derecho de las personas a decidir informadamente, señalándose en su numeral 3 que “el ejercicio de la autonomía de las personas respecto de su salud, apunta a que éstas tienen el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento. Este derecho,

3 Boletín N°2727-11. Cámara de Diputados de Chile. Este proyecto de ley fue archivado en Primer Trámite Constitucional el 20 de abril de 2006.

4 Boletín N°4398-11. Cámara de Diputados de Chile. Este proyecto fue ingresado con fecha 8 de agosto del año 2006 y se encuentra en Segundo Trámite Constitucional en el Senado.

en principio, no tiene más limitaciones que excepciones basadas en razones de salud pública; también, en que los procedimientos médicos obedezcan a situaciones de emergencia, que no hagan posible recabar la voluntad de la persona; además, se da en ciertas situaciones. Por ejemplo, si una persona se hospitaliza, se entiende que acepta ciertos procedimientos o tratamientos asociados a dicha circunstancia...”⁵.

Ahora bien, como aspecto preliminar es necesario tener presente que el consentimiento en el tratamiento médico, al igual que el consentimiento en materia civil, debe reunir ciertos requisitos para su validez:

Capacidad: El Art. 1445 del Código Civil, establece los requisitos para que una persona se obligue válidamente a otra por un acto o declaración de voluntad, a saber, “1.° que sea legalmente capaz; 2.° que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3.° que recaiga sobre un objeto lícito; 4.° que tenga una causa lícita”.

De esta forma, la regla general es que toda persona es capaz, salvo los que la ley declara incapaces, los que a su vez pueden ser absolutamente incapaces, como los dementes, impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender claramente; y relativamente incapaces, que son los menores adultos y los disipadores que se encuentren en interdicción.

No existe mayor inconveniente respecto al consentimiento de las personas capaces, por lo que no nos detendremos en ese punto. En el caso de los incapaces, el facultativo puede solicitar el consentimiento a los representantes legales del paciente. En este sentido, el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, da cuenta en su Art. 27 que en los casos en que el paciente no estuviere en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad, por estar incapacitado o por la urgencia de la situación, será posible obtenerlo de su familia. Esto además, aparece refrendado en diversos decretos y resoluciones de la autoridad sanitaria, entre los cuales podemos mencionar el Decreto Supremo N°42 de 1986 del Ministerio de Salud, que señala que “*los profesionales tratantes deberán informar, en lo posible y cuando proceda, a los pacientes, a sus representantes legales o a los familiares....*”.

Este tema se complejiza aún más en lo relativo a los adolescentes que no han alcanzado la mayoría de edad, pero que tienen la conciencia y madurez suficiente para entender un determinado procedimiento, pues hace surgir la duda acerca de si podrán o no prestar su consentimiento. Un ejemplo actual en este sentido –para comprender con mayor claridad esta disyuntiva–, se presenta con los adolescentes que acuden a una atención médica para solicitar métodos anticonceptivos. En la práctica, se ha dado prioridad al criterio de la llamada

5 Mensaje N°223-354, de la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que regula los Derechos y Deberes que las Personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

autonomía progresiva del adolescente, en virtud del cual, el facultativo puede atender al adolescente y respetar la confidencialidad, sin perjuicio de que posteriormente pueda ser derivado a algún centro de consejería para analizar su caso o determinar si existe una situación de riesgo.

Esta autonomía progresiva está consagrada tanto en instrumentos internacionales como en la normativa interna. Dentro de los primeros encontramos la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica, y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que establecen derechos y garantías del niño, y consagran que se tendrán debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. En lo concerniente a la legislación interna podemos mencionar la Ley N°20.418 que fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad, conocida como “Ley de la Píldora del Día Después”, que en su Art. 1 señala que “toda persona tiene derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial... El contenido y alcance de la información deberá considerar la edad y madurez psicológica de la persona a quien se entrega”. Además, se preceptúa en su Art. 2 que en los casos en que el método anticonceptivo de emergencia sea solicitado por un menor de 14 años, el facultativo procederá a entregarlo, debiendo informar posteriormente al padre o madre del menor.

Los proyectos de ley de los años 2001 y 2006, también reconocen este criterio de la autonomía progresiva. En este sentido, el primer proyecto, en su Art. 16, inciso cuarto, consideraba que “tratándose de menores de edad, igualmente se les deberá informar y consultar su opinión, cuando sea posible, sin perjuicio que la decisión definitiva deberá ser adoptada por quien tenga su representación legal”. El mensaje del proyecto del año 2006, contempla un numeral relativo al respeto de los menores de edad y les reconoce su calidad de sujetos de derecho, señalando que “recogiendo lo que convenios y declaraciones internacionales obligan en materia de respeto de los menores de edad, el proyecto reconoce en los menores su calidad de sujetos de derechos, distinguiendo entre menores de catorce años y los mayores de esa edad para efectos de la participación que les corresponda en las decisiones que involucran su propio cuerpo y su salud. Así, respecto de los menores de catorce años, aún cuando su voluntad es subrogada por sus representantes legales, se hace necesario que sean informados y consultar su opinión, respetando sus condiciones de desarrollo psíquico, competencia cognitiva y situación personal. En el caso de mayores de catorce y menores de dieciocho años, el proyecto exige que ellos sean informados directamente por el profesional tratante; también se garantiza que no se pueda intervenir su cuerpo sin su consentimiento...”. En los casos de grave riesgo para la salud o vida del menor, el profesional puede informar a los padres y requerir su opinión, y en caso de duda, consultar al comité de ética que corresponda. Asimismo, este proyecto establece en su Art. 16, que tanto a las personas que padezcan alguna

enfermedad mental, como a los menores de catorce años, se les deberá consultar su opinión, pero la decisión definitiva será adoptada por su representante legal. En el caso de los menores de dieciocho años y mayores de catorce, la expresión de voluntad será personal, sin perjuicio de lo cual el médico tratante, en caso de grave riesgo para la salud o vida del menor podrá, con consulta al comité de ética, preguntar directamente a los padres o representantes legales.

De esta forma, frente a menores de edad deberá analizarse particularmente cada caso, para determinar si éstos cuentan con la madurez suficiente para consentir, teniendo en cuenta en este sentido, el principio de la autonomía progresiva de los adolescentes. En caso contrario, se deberá solicitar el consentimiento a sus representantes legales.

Consentimiento Previo: El consentimiento debe ser requerido por el facultativo y prestado por el paciente con anterioridad al actuar del profesional. La aquiescencia posterior no constituye un consentimiento, sino una ratificación, o en palabras de Bacigalupo, un perdón⁶, que no obstará a la consideración de irregular de la intervención que se llevó a cabo sin el consentimiento del paciente.

Asimismo, el consentimiento es temporal y revocable, pudiendo ser revocado antes de que principie la actuación del profesional o después de su iniciación, caso en el cual el paciente podrá ser derivado a otro facultativo de su elección.

Libre y Espontáneo: El consentimiento debe prestarse libremente, sin coacciones y exento de vicios. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.

Informado: Para que el consentimiento sea válido, se requiere que la aquiescencia se haya prestado con la información necesaria y suficiente. Por consiguiente, la ausencia de información veraz y oportuna vicia el consentimiento.

III. El consentimiento informado

En la actividad médica no es dable hablar tan sólo de consentimiento, sino que la terminología adecuada será consentimiento informado. Tan correcta es esta afirmación que incluso el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ha acuñado el término, asentando que el consentimiento informado es “el que ha de prestar el enfermo o, de resultarle imposible, sus allegados, antes de iniciarse un tratamiento médico o quirúrgico, tras la información que debe transmitirle el médico de las razones y riesgos de dicho tratamiento”.

El consentimiento informado es el derecho que tiene el paciente a decidir voluntariamente si acepta o rechaza un determinado procedimiento o actuación médica, habiéndole sido entregada información suficiente, adecuada y oportuna.

6 BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. Madrid, p. 84, 1990.

tuna. Este derecho del paciente tiene como correlato el deber del facultativo de informar adecuadamente, antes de iniciar un procedimiento o actuación, de un modo claro, suficiente y de fácil comprensión, los alcances del tratamiento que se va a emprender, sus posibles riesgos y complicaciones, y los posibles tratamientos alternativos a su dolencia.

En Estados Unidos, cuna de importantes litigios derivados de la falta de concurrencia del consentimiento informado en la relación médico-paciente, se ha desarrollado además, el concepto de *intelligent choice*, como fundamento del *informed consent*. De esta manera, el paciente sólo podrá tomar una decisión inteligente si se le ha suministrado una información suficiente, oportuna, y en forma clara y comprensible. La ausencia del consentimiento otorgado en estos términos acarreará la responsabilidad del facultativo.

Por su parte, en el derecho español se regula el consentimiento informado en el Art. 8 de la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica⁷, prescribiéndose que “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, pudiendo negarse al tratamiento. En el Art. 2 de dicho cuerpo normativo, se establecen además como principios básicos, la dignidad de la persona, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad.

El Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, conocido como Convenio de Oviedo⁸, consagra en su capítulo II el consentimiento, señalando a este respecto que “una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

En lo concerniente a nuestro ordenamiento jurídico, lamentablemente no existe una ley expresa que regule y sistematice los derechos y deberes de los pacientes, en la cual se incluya el consentimiento informado, sus requisitos y excepciones, como sí ocurre en legislaciones comparadas. Sin embargo, podemos mencionar que ello ha sido un tema de preocupación en los gobiernos

7 Ley N°41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. España, 14 de noviembre de 2002.

8 Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Oviedo, Asturias. 4 de abril de 1997.

anteriores, lo que se evidencia con la presentación de dos proyectos de ley referidos a la materia. Sin perjuicio de ello, igualmente es posible encontrar normativa dispersa en torno al tema.

Respecto a los proyectos de ley ya referidos en apartados anteriores, es dable señalar que en ambos se regula el consentimiento informado. En el primero, presentado el año 2001, se señala que lo relativo al consentimiento informado es una de las mayores innovaciones que contempla el proyecto y lo define como “una institución en virtud de la cual las personas tienen el derecho, una vez que se les haya entregado información completa al respecto por parte de los profesionales tratantes, de aceptar o rechazar los procedimientos invasivos, de cirugía mayor o compleja u otros que determine el Ministerio de Salud, que le hayan sido propuestos o sugeridos por los profesionales tratantes”, luego lo regula en el Art. 16, instituyendo que “toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su consentimiento para someterse a cualquier procedimiento invasivo, de cirugía mayor o compleja, y otros que defina el Ministerio de Salud... Para ejercer este derecho, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar información completa al respecto, en forma oral y también por escrito, en un formulario que deberá firmar la persona o su representante legal, en caso que decida otorgar o denegar su consentimiento. Este proceso deberá llevarse a cabo en forma previa (...) en un lenguaje comprensible para el paciente”.

En los artículos 14 y siguientes del proyecto del año 2006, se regula lo relativo al consentimiento informado, estableciendo que éste constituye un derecho cuyo ejercicio es “libre, voluntario, expreso e informado; para ello será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 8°. Por regla general este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo importante para la salud del afectado. En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, deberá constar por escrito...”.

De esta forma, en ambos proyectos se incluyó una regulación del consentimiento informado. La diferencia se suscita en que en el primero sólo se requeriría en los casos de cirugía mayor o compleja, en cambio en el del año 2006 no se efectúa esta restricción, exigiéndose el consentimiento informado para cualquier tipo de tratamiento o procedimiento relativo a la salud. Además, en este último proyecto se contempla el contenido que deberá abarcar la información otorgada por el profesional médico, a saber, el estado de salud del paciente, su posible diagnóstico, las alternativas de tratamiento disponibles, los riesgos, el pronóstico, y el proceso previsible del post-operatorio cuando procediere.

En cuanto a la normativa nacional vigente relativa al consentimiento informado, podemos destacar las siguientes leyes, decretos, resoluciones y reglamentos dictados por la autoridad sanitaria que lo contemplan:

- Ley N°19.451, establece normas sobre trasplante y donación de órganos. Exige que el consentimiento sea solemne, libre, expreso e informado, prescribiendo en el Art. 6 que “el donante deberá manifestar el consentimiento requerido, señalando el o los órganos que está dispuesto a donar, de modo libre, expreso e informado. Del consentimiento se dejará constancia en un acta ante el director del establecimiento donde haya de efectuarse la extracción, quien para estos efectos tendrá el carácter de ministro de fe (...). El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento antes de la extracción...”.
- Ley N°19.779, establece normas relativas al virus de inmuno deficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas. Requiere la entrega de información previa sobre la infección y medidas preventivas, y que el consentimiento se consigne por escrito. En este sentido, el Art. 5 expresa que “el examen para detectar el virus de inmunodeficiencia humana será siempre confidencial y voluntario, debiendo constar por escrito el consentimiento del interesado o de su representante legal. El examen de detección se realizará previa información a éstos acerca de las características, naturaleza y consecuencia que para la salud implica la infección causada por dicho virus, así como las medidas preventivas científicamente comprobadas como eficaces”.
- Decreto N°140 de 24 de septiembre de 2004, aprueba el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, publicado en el Diario Oficial el 21 de abril de 2005⁹. En su Art. 34, inciso tercero, se refiere al consentimiento informado, señalando que “los profesionales tratantes deberán informar, en lo posible y cuando proceda, a los pacientes, a sus representantes legales o a los familiares de aquéllos, sobre el diagnóstico y pronóstico probable de su enfermedad, las medidas terapéuticas o médico quirúrgicas que se les aplicarán y los riesgos que éstas o su omisión conllevan, para permitir su decisión informada...”.
- Decreto N°633 de 15 de agosto de 2000, crea la Comisión Nacional de Protección de las Personas afectadas de Enfermedades Mentales, publicado en el Diario Oficial el 8 de marzo de 2001. Menciona como una de las funciones principales de la Comisión, el asesorar al Ministro de Salud en las tareas

9 Derogó el Decreto Supremo N°42 de 3 de febrero de 1986 del Ministerio de Salud, que igualmente contemplaba el consentimiento informado en su Art. 105, incisos 3 y 4, señalando que “los profesionales tratantes deberán informar, en lo posible y cuando proceda, a los pacientes, a sus representantes legales o a los familiares de aquellos, sobre el diagnóstico y pronóstico probable de su enfermedad, las medidas terapéuticas o médico-quirúrgicas que se les aplicarían y los riesgos que éstas o su omisión conllevan para permitir su decisión informada, así como las acciones preventivas que correspondan al paciente o a su grupo familiar.

En caso de negativa o rechazo a procedimientos diagnósticos o terapéuticos por parte del paciente o sus representantes, deberá dejarse debida constancia escrita en un documento oficial del Servicio”.

relativas a hacer respetar los derechos de los pacientes internados en centros de internación psiquiátrica y en la aplicación de tratamientos psiquiátricos que requieran consentimiento y/o segunda opinión. De manera complementaria a este Decreto, se dictó la Resolución Exenta N°656 que regula la aplicación de la técnica de psicocirugía o cirugía aplicada al tejido cerebral del Ministerio de Salud, publicada en el Diario Oficial el 27 de junio de 2002, la cual en el punto 3° establece como requisito para la realización de alguna técnica de psicocirugía “el consentimiento válido e informado del enfermo o en su defecto y en el caso de que el médico tratante fundamente que éste no se encuentra capacitado para ello, fundamentándolo así en la ficha clínica, de su representante legal o de la persona que actuará como su apoderado en su relación con el equipo tratante (...) consentimiento que también deberá estamparse en la ficha clínica”.

- Reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que la proporcionan, aprobado por Decreto Supremo N°570 del 28 de agosto de 1998, Ministerio de Salud¹⁰. Define en el Art. 20 lo que debe entenderse por consentimiento para el tratamiento y exige que éste sea voluntario e informado, señalando que “consentimiento para tratamiento es la autorización que una persona otorga en forma voluntaria, a la propuesta del plan de tratamiento que le indica el médico a cargo y a sus variaciones. Esta autorización deberá estar basada en el conocimiento de los fundamentos que hacen aconsejable tal tratamiento o procedimiento, los pronósticos, riesgos y efectos directos y colaterales, incluyendo la posibilidad de éxito de otras alternativas terapéuticas existentes y la factibilidad de su realización”.

Asimismo, el consentimiento informado se encuentra regulado en el Título III del Código de Ética del Colegio Médico de Chile, el cual se titula: “De las relaciones del Médico con sus Pacientes” y establece, en los artículos 24 y siguientes, que el médico tratante debe informar a su paciente de manera veraz y en lenguaje comprensible acerca de:

- a) Su identidad, el área de su competencia profesional y sus límites.
- b) El diagnóstico, alternativas de tratamiento, sus riesgos y beneficios, y el pronóstico de su enfermedad.

A continuación, el Art. 25 del mismo Código de Ética agrega que “toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente. En caso de procedimientos diagnósticos o terapéuticos que entrañen un riesgo significativo para el paciente, el médico le proporcionará información adicional de los beneficios y riesgos del mismo, con el fin de obtener su consentimiento específico,

¹⁰ Publicado en el Diario Oficial el 14 de julio del año 2000, estableciéndose su vigencia a contar del 14 de enero del año 2001.

imprescindible para practicarlos”. Además, se recomienda a los facultativos que el consentimiento del paciente sea consignado por escrito.

Esto aparece refrendado en el Decálogo de la Buena Práctica Médica del Colegio Médico de Chile, el que preceptúa que los médicos deben cumplir con dicho catálogo, contemplándose en el punto 3 el deber del facultativo de entregar a sus pacientes información oportuna, clara y precisa, de manera que ellos puedan entender y decidir.

De esta forma, es posible advertir que los propios médicos han reparado en la necesidad e importancia que reviste la obtención del consentimiento informado, previo a cualquier tratamiento o procedimiento, pues en caso contrario, están conscientes que incurrirían en un eventual tratamiento arbitrario, infringiendo con ello uno de los principales deberes de la profesión médica, cual es, otorgar información suficiente, clara y oportuna al paciente y requerir su consentimiento, lo que se traduciría, en caso de omisión, en la vulneración del derecho del paciente a su libre determinación. En este sentido, los propios facultativos, destacando la indefectible exigencia de actuar con la aquiescencia del paciente, han desarrollado los beneficios que ello conlleva, mencionándose que el consentimiento informado permite:

- Involucrar a los pacientes en la toma de decisiones.
- Aconsejar, orientar y apoyar a los pacientes.
- Mejorar la comunicación.
- Mantener informado a los pacientes.
- Obtener la retroalimentación de los pacientes.
- Escuchar sus puntos de vista.
- Actuar con apertura y transparencia.

A modo de corolario, podemos mencionar algunos de los principales fines del consentimiento informado, que lo constituyen en un deber para el facultativo y un derecho de los pacientes:

- Es un componente necesario e indispensable de la relación médico-paciente.
- Es un elemento que contribuye al éxito del tratamiento.
- Permite forjar un clima de respeto mutuo.
- Constituye un mecanismo de defensa para el facultativo o para la institución prestadora, ante eventuales acciones legales.
- Se traduce en el derecho a la autonomía del paciente.
- Corresponde a una expresión de la *lex artis*.

IV. Consentimiento negativo

Ya introducíamos en apartados anteriores, los posibles problemas que pueden presentarse en los casos en que el paciente no preste su consentimiento, negándose a recibir un determinado tratamiento o a que se le practique algún procedimiento o intervención, toda vez que ante ese escenario deberá dilucidarse en la práctica, la eventual responsabilidad que podría acarrear al facultativo el respetar la decisión del paciente y omitir el tratamiento. Particularmente, y para focalizar nuestro estudio en un caso concreto, nos centraremos en lo que ocurre con los Testigos de Jehová.

Capitulemos que los Testigos de Jehová consideran la sangre como un elemento sagrado que no puede contaminarse con el exterior. Producto de ello, se niegan a recibir transfusiones de sangre, tanto alogénicas, que son las provenientes de sangre de terceros, como a las autólogas, que son las provenientes del mismo paciente. Para garantizar el respeto a su voluntad, la mayoría de los que profesan esta religión circulan con un consentimiento negativo notarial conocido como poder para la atención médica, en el cual dejan por escrito las instrucciones específicas para el ejercicio de dicha atención, expresan su negativa a recibir sangre transfundida, y pueden designar un mandatario encargado de tomar las decisiones futuras concernientes a su tratamiento, en caso de que ellos no pueda hacerlo personalmente.

Ante este tipo de situaciones, es posible percibir que en el ámbito médico, existen dos tendencias al respecto. La primera es postulada por los profesionales que defienden la teoría del vitalismo, en virtud de la cual, se debe privilegiar la vida por sobre cualquier otra cosa, prescindiendo de la voluntad del paciente si ésta es contraria a dicha prioridad. La segunda está conformada por aquellos facultativos que respetan primeramente la decisión del paciente, concibiendo dicho respeto como un deber ético, que no puede ser menoscabado, no pudiendo adoptarse decisiones contra su voluntad. Ésta última ha sido la tendencia que ha logrado imponerse con mayor fuerza dentro de la actividad curativa, por cuanto, como señalamos precedentemente, la mayoría los médicos en la actualidad están conscientes de que uno de sus mayores deberes es respetar el derecho a la autonomía del paciente.

Respecto a la obligatoriedad legal de obtener el consentimiento del paciente antes de iniciar cualquier tipo de tratamiento, debemos señalar que no está zanjado el debate respecto a si nuestra legislación lo contempla expresamente como un imperativo. Ahora bien, como indicamos anteriormente, existen textos legales relativos a determinadas materias que lo regulan. No obstante ello, igualmente, es necesario tener presente que el derecho a la libertad y autonomía del paciente para decidir si acepta o no un determinado tratamiento constituye un derecho humano relativo a la vida, a la integridad física, y a la libertad, consagrado en tratados internacionales ratificados por Chile y garantizado en la

propia Constitución. Asimismo, nuestra jurisprudencia también lo ha reconocido como un deber del médico y un derecho del paciente.

En torno a la obligación de los profesionales de la salud de respetar la negativa del paciente al tratamiento, es posible encontrar algunas regulaciones, que destacamos a continuación:

- Art. 34 del Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, “...en caso de negativa o rechazo a procedimientos diagnósticos o terapéuticos por parte del paciente o sus representantes, deberá dejarse debida constancia escrita en un documento oficial del Servicio”.
- Art. 18 del Reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que la proporcionan, “efectuada la internación, corresponde informar al paciente (...) acerca de su diagnóstico, del plan de tratamiento propuesto y del resultado de las evaluaciones que se le vayan practicando. Además, pondrá en su conocimiento el derecho que les asiste a oponerse al tratamiento que se le indica, elevando el correspondiente recurso a la dirección del establecimiento”.
- Art. 28 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile, “el derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o un tratamiento deberá ser respetado, debiendo el médico, en todo caso, informar al paciente, de manera comprensible, las consecuencias que puedan derivarse de su negativa. En esta circunstancia, el facultativo no abandonará al enfermo, debiendo procurar que se le presenten los cuidados generales necesarios.

En casos de urgencia médica impostergable, el médico actuará en conciencia, protegiendo el derecho a la vida del paciente”.

- Punto 4 del Decálogo de la Buena Práctica Médica del Colegio Médico de Chile, “respetar el derecho de mis pacientes a participar de las decisiones que tengan relación con su salud”.
- Art. 9 del Convenio de Oviedo “Deseos expresados anteriormente. Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad”.
- Punto 2 del Código de Ética para la Donación y Transfusión de Sangre de la Sociedad Internacional de Transfusión de Sangre, el cual indica que “los pacientes deben ser informados de los riesgos y beneficios de la transfusión de sangre y/o terapias alternativas y tienen el derecho de aceptar o rechazar el procedimiento. Cualquier directriz anticipada válida debe ser respetada”.

El proyecto de ley del año 2006 contempla como uno de los principios inspiradores de la ley, la autonomía de las personas en su atención de salud, sosteniendo que el respeto a la dignidad de las personas se traduce especialmente en el respeto de su libertad, en la cual se incluye la autonomía y control sobre su propio cuerpo y sobre las decisiones que conciernan a su integridad y al ejercicio de sus derechos, lo que corresponde al ámbito de la llamada soberanía personal.

Este ejercicio de la autonomía de las personas respecto a su salud, se refiere a que éstas tienen el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a algún procedimiento o tratamiento. En este sentido, el párrafo 5° del proyecto, titulado: “De la Autonomía de las Personas en su Atención de Salud”, parte señalando en el Art. 14 que: “toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud...”, el ejercicio de este derecho es libre, voluntario, expreso e informado.

Este proyecto regula y por tanto soluciona en la práctica, los problemas que se dan en la actualidad y que centran el objetivo de este estudio, pues no sólo consagra la posibilidad efectiva de que el paciente rechace un tratamiento y que dicha voluntad sea respetada, sino que también establece el procedimiento a seguir en los casos en que el paciente insista en este consentimiento negativo, a pesar de que peligre su vida, y los profesionales médicos o su familia reclamen igualmente la aplicación del procedimiento, contra la voluntad del paciente. En este sentido, el artículo 19 del mencionado proyecto, señala que “en caso que el profesional tratante (...) estime que la decisión manifestada por ésta o sus representantes legales la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, podrá solicitar la opinión del comité de ética que corresponda”. El pronunciamiento del Comité de Ética sólo tiene el carácter de recomendación, por lo cual sus integrantes no tendrán responsabilidad penal o civil respecto a lo que ocurra en definitiva.

Atendido que el pronunciamiento del Comité de Ética constituye una mera opinión consultiva no vinculante, en los casos en que subsistan las dudas o los requerimientos para la aplicación del tratamiento a pesar del rechazo del paciente, el proyecto contempla la posibilidad de que la persona o sus representantes legales soliciten directamente a la Corte de Apelaciones respectiva la adopción de las medidas que estime necesarias para salvaguardar la vida o salud del paciente. En caso que el profesional tratante no esté de acuerdo con la decisión manifestada por la persona o su representante, podrá declarar su voluntad para no continuar como responsable del tratamiento, debiendo asegurar que esta responsabilidad será asumida por otro profesional de la salud.

A pesar de que este procedimiento está regulado en un proyecto de ley, es el que siguen actualmente la mayoría de los profesionales de la salud frente a un

caso de rechazo al tratamiento en que peligre la vida o se vea menoscaba gravemente la salud del paciente en caso de mantener la negativa al tratamiento.

Por consiguiente, y comenzando a responder las interrogantes que nos formuláramos al comienzo de este artículo, el consentimiento informado corresponde a un derecho y a un deber. Será deber para los facultativos proporcionar la información suficiente, clara y veraz al paciente respecto de su dolencia, debiendo respetarse lo que éste manifieste, y será un derecho del paciente el exigir esta información completa y en términos entendibles para él, conjuntamente con el derecho de exigir el respeto a su libertad y autodeterminación, lo que se expresará en su consentimiento. Por consiguiente, la voluntad libremente expresada de quien se niegue a un determinado tratamiento, o —aplicándolo al caso en comento—, de los Testigos de Jehová de no someterse a transfusiones de sangre, deberá y en la práctica así ocurre, ser respetada por el personal médico, pues en caso de actuar transgrediendo el consentimiento negativo del paciente, aquellos incurrirían en una eventual responsabilidad médica, la cual podrá ser perseguida por el paciente o por sus familiares, aun en caso de que dicho actuar contra la voluntad del paciente le haya salvado la vida.

En caso de duda o de riesgos para la vida del paciente, el facultativo podrá recurrir al Comité de Ética de su respectivo servicio solicitando su pronunciamiento.

Debido a que el Comité de Ética sólo es un órgano consultivo, en la práctica, son los tribunales quienes terminan conociendo de este tipo de casos mediante la interposición de un recurso de protección, ya sea por parte del facultativo tratante o por parte de los familiares del paciente que rechaza el tratamiento. En este sentido, resulta atinente citar el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 5 de julio de 2008¹¹, en que conociendo de un recurso de protección interpuesto por el cónyuge de una paciente Testigo de Jehová, cuyo rechazo al tratamiento constaba por escrito y que a pesar de encontrarse conectada a un ventilador mecánico, en graves condiciones y con el diagnóstico de leucemia múltiple, se negaba a recibir transfusiones de sangre, la Corte estimó que “no obstante haber comparecido a favor de su cónyuge el señor Cantero ha ejercido la acción de protección en cuanto titular él mismo de la acción cautelar contemplada en el artículo 20 de la Constitución, lo que a juicio de esta Corte ha hecho legítimamente... en tales condiciones y siendo el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona humana una de las garantías fundamentales que la Constitución Política asegura a todas las personas, no cabe sino acoger el recurso deducido”. En definitiva, la Corte resuelve acoger el recurso de protección y autorizar a los médicos tratantes a efectuar los métodos clínicos de transfusión de sangre que sean necesarios para la conservación, reestablecimiento y recuperación de la salud de la paciente en cuestión.

11 Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 4330-2008.

De esta forma, si bien esta materia aún no ha sido zanjada, existen nociones más bien claras respecto al procedimiento a seguir en estos casos. Así, en la práctica, el facultativo respetará el consentimiento negativo del paciente a someterse a algún procedimiento o tratamiento, pero tratándose de casos más graves, en que esté involucrada la vida o un menoscabo considerable a la salud del paciente, se recurrirá a los tribunales por la vía de la acción constitucional de protección para solicitar se adopten las medidas que se estimen necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, lo que en las situaciones de los Testigos de Jehová, se traducirá, en caso de acogerse el recurso, en la autorización para practicar los procedimientos de transfusión de sangre que sean necesarios para resguardar la vida y la salud del paciente, autorización que exime al facultativo de la responsabilidad de no respetar el consentimiento negativo del paciente.

Ahora bien, en casos de extrema gravedad, en los cuales se haga imposible esperar la resolución de un recurso de protección, sin que peligre la vida del paciente, el personal médico se verá sin duda en un complejo dilema, ya que de actuar y no obstante, salvar la vida del paciente, podrá verse expuesto a eventuales acciones legales por negligencia, derivada de la infracción a sus deberes y vulneración del derecho de autodeterminación del paciente. Por el contrario, también podrá verse expuesto a estas acciones por parte de los familiares del paciente, en el caso de que se produzca la muerte de éste, fundada en la omisión del facultativo a realizar el tratamiento, por respetar su rechazo.

Ante este complicado escenario, podemos esbozar algunas ideas. Si pensamos en la jerarquía de derechos, concluimos inmediatamente que el derecho a la vida es el que está en la cúspide, por lo cual, y sólo en los casos en que de la no aplicación del procedimiento de manera inmediata sea altamente probable que se produzca la muerte del paciente, el facultativo podrá actuar amparado en una eximente de responsabilidad¹². En los casos en que es posible esperar la interposición del respectivo recurso de protección, deberá atenderse a ello y en definitiva, a su resolución.

Concluyendo, podemos sostener que si bien nuestra legislación no contempla una norma expresa que requiera el consentimiento informado del paciente previo a la actuación médica, igualmente existen argumentos jurídicos que

12 Si bien lo relativo al análisis de la concurrencia de una eximente de responsabilidad en ese contexto excede el ámbito de este artículo, cabe hacer presente que parte de la doctrina ha estimado que en los casos en que el facultativo, para salvar la vida del paciente, efectúe algún tratamiento o intervención contra la voluntad de éste, actuará amparado por la causal de justificación establecida en el artículo 10 N°10 del Código Penal, a saber, “el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”. Sin embargo, autores como Luigi Cicchitti y Christian Henríquez, sostienen que dicha eximente procederá en los casos en que el médico estuviere legitimado para intervenir sin la voluntad de paciente, pero no contra su voluntad, concluyendo, el segundo de estos autores, que en los supuestos de consentimiento negativo el facultativo podrá quedar amparado por la eximente del estado de necesidad, establecida en el Art. 10 N°7 del Código Penal.

permiten concluir que una actuación contra la voluntad del paciente comprometerá eventualmente la responsabilidad del galeno, toda vez que implicará una infracción a su derecho de autodeterminación, derecho que viene a ser corolario de derechos humanos reconocidos por nuestra constitución tales como los relativos a la vida, ala integridad física y psíquica y a la libertad, contemplados en nuestra Carta Fundamental en los artículos 19 N°1, 6, y 7, respectivamente.

Finalmente, no debemos perder de vista que en la actualidad existe consenso respecto a que el consentimiento informado constituye una expresión de la *lex artis*, y que éste ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia como por el propio Colegio Médico, como un pilar fundamental en el correcto ejercicio de la praxis médica.

V. Referencias bibliográficas

- BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. Madrid, 1990.
- CARREÑO, Héctor. Responsabilidad Médica. Apuntes de Derecho VIII: 26-31, 2001.
- CICCHITTI, Luigi. Il broker di assicurazione e di riassicurazione. Diritti e doveri. Milán. Giuffrè, 2005.
- DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS PUNTOLEX. Jurisprudencia sobre negligencia médica. Santiago. PUNTOLEX S.A, 2010.
- HENRÍQUEZ Morales, Christian. Responsabilidad penal médica. Santiago. Editorial Jurídica Congreso, 2006.
- MONTANELLI, Norberto. Responsabilidad Criminal Médica. Buenos Aires. García Alonso, 2005.
- QUINTANA Letelier, Bárbara. y Muñoz Sepúlveda, Carlos. Responsabilidad Médica. Santiago. Editorial Jurídica La Ley Ltda., 2004.
- RENGIFO García, Ernesto. Deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación. Academia Colombiana de Jurisprudencia (327), 2004.
- SILVA, Silva Hernán. Responsabilidad penal por actos culposos de los médicos en el ejercicio de su profesión. Revista de Derecho y Ciencias Penales (11): 121-129, 2008.
- TEKE, Schlicht Alberto. Medicina Legal & Criminalística. Santiago. Ediciones Jurídicas de Santiago, 2004.
- TERRAGNI, Marco Antonio. El delito culposo en la praxis médica. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 2003.
- TRATADO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA POR LÓPEZ MARCELO "ET AL". Buenos Aires. Legis Argentina S.A., 2007.

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

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE ESTADÍSTICAS DEL MINISTERIO PÚBLICO EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN DE DELITOS ECONOMICOS

Alejandro Litman Silberman¹

1. Introducción

El presente artículo tiene por objetivo formular algunos comentarios sobre aspectos relevantes de las estadísticas generadas por el Ministerio Público respecto de un universo acotado de investigaciones en materia de delincuencia económica.

La información en base a la cual se formulan estos comentarios ha sido levantada desde el sistema informático de seguimiento de causas del Ministerio Público (SAF) por la Unidad de Informática de la Fiscalía Nacional, a partir de un requerimiento específico formulado por la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado (ULDDECO), atendiendo a variables establecidas a partir de un grupo determinado de delitos durante un período acotado, el cual se extendió desde el 01 de enero al 31 de diciembre del año 2009, comprendiendo a su vez la totalidad de las Fiscalías Regionales del país (dieciocho en total).

Los delitos económicos que se tomaron en consideración para la elaboración de estas estadísticas fueron los siguientes: Estafas y otras defraudaciones; apropiación indebida; infracción Ley 18.175 de Quiebras; obtención fraudulenta de créditos; falsificación o uso malicioso de documento privado; delitos contra la Ley de Propiedad Intelectual; delitos contra la Ley de Propiedad Industrial; y falsificación de billetes.

A su vez, las variables que se comentan a continuación corresponden exclusivamente al número de ingresos de casos (RUC) y de ingreso de delitos; tipos o motivos de término aplicados a las relaciones que terminaron durante el 2009 y que consideraban alguno de los delitos ya indicados, con independencia de la fecha de recepción o ingreso del mismo; tipo de procedimiento de término aplicado a las relaciones que terminaron durante el 2009 y que consideraban alguno de los delitos ya indicados, con independencia de la fecha de recepción o ingreso del mismo; así como el tiempo de tramitación de casos terminados durante el año 2009, independiente de la fecha de recepción o ingreso del mismos.

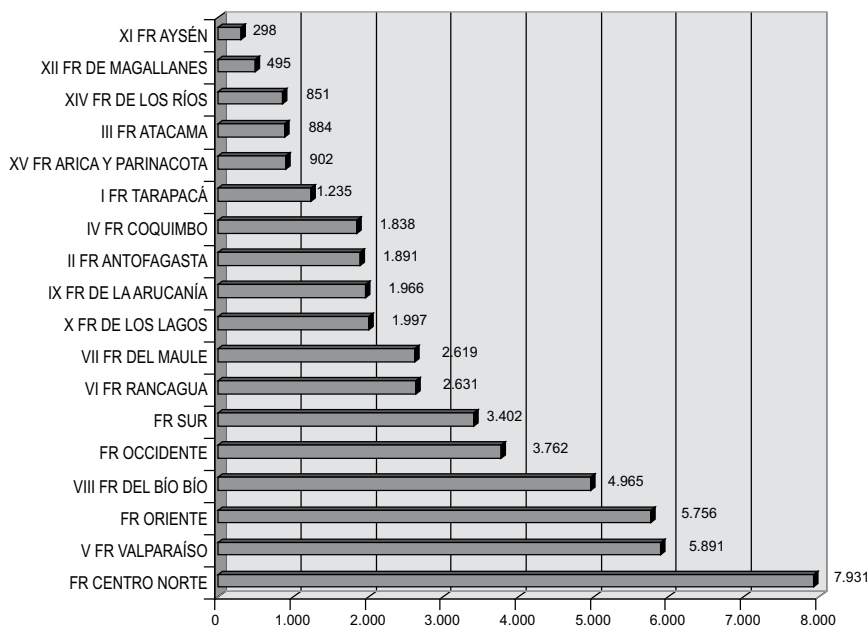
1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2. Análisis

2.1. Número de ingresos por delitos económicos durante el año 2009

REGIÓN	TOTAL	%
FR CENTRO NORTE	7.931	16,08%
V FR VALPARAÍSO	5.891	11,95%
FR ORIENTE	5.756	11,67%
VIII FR DEL BÍO BÍO	4.965	10,07%
FR OCCIDENTE	3.762	7,63%
FR SUR	3.402	6,90%
VI FR RANCAGUA	2.631	5,34%
VII FR DEL MAULE	2.619	5,31%
X FR DE LOS LAGOS	1.997	4,05%
IX FR DE LA ARUCANÍA	1.966	3,99%
II FR ANTOFAGASTA	1.891	3,83%
IV FR COQUIMBO	1.838	3,73%
I FR TARAPACÁ	1.235	2,50%
XV FR ARICA Y PARINACOTA	902	1,83%
III FR ATACAMA	884	1,79%
XIV FR DE LOS RÍOS	851	1,73%
XII FR DE MAGALLANES	495	1,00%
XI FR AYSÉN	298	0,60%
TOTAL GENERAL	49.314	100,00%

Las cifras presentadas se refieren a aquellos RUC relativos al menos a uno de los delitos económicos incluidos en este informe de acuerdo a la mención que de los mismos se efectuó precedentemente.



De la observación de los cuadros insertados se puede colegir que, en materia de delitos económicos, la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte se mantiene como aquella Fiscalía Regional que anualmente recibe mayor cantidad de ingresos por este tipo de delitos, tal como se pronosticaba al inicio de la reforma procesal penal.

Algo similar ocurre con las demás Fiscalías Regionales Metropolitanas (Sur, Occidente y Oriente), aunque también destacan en cuanto a cantidad de ingresos las Fiscalías Regionales de Valparaíso y Bío Bío, pudiendo en base a ello señalarse que en relación con los delitos económicos seleccionados, las Fiscalías Regionales Metropolitanas acumularon durante el año 2009, más del 40% del total país de los ingresos por estos delitos, completando en conjunto con las Fiscalías de la V y VIII Región, aproximadamente el 65% de los ingresos nacionales.

Por el contrario, las Fiscalías Regionales que menores ingresos registran en materia de delitos económicos, priorizados para los efectos de la formulación de estos comentarios, durante el año 2009, son aquellas que se ubican en las zonas extremas del país, en particular en la zona austral (Aysén y Magallanes).

2.2. Detalle de ingresos por hechos constitutivos de delitos económicos durante el año 2009

Paralelamente con lo anterior, de las estadísticas extraídas desde el SAF también resulta posible formular algunas conclusiones interesantes sobre el número de hechos constitutivos de los delitos económicos (priorizados) ingresados en igual período en todas las Fiscalías del país, sin considerar esta vez si tales hechos se encuentran agrupados o no en un mismo RUC.

Las diferencias que se observan entre estos resultados y los mostrados en el punto anterior, se explican por la posibilidad de que bajo este segundo filtro estadístico un mismo hecho sea constitutivo de dos o más delitos económicos (estafa y falsificación de documento privado, por ejemplo), contabilizándose así un solo RUC como 2 hechos distintos, o bien, porque un solo delito económico haya sido cometido en más de una ocasión (dos apropiaciones indebidas, por ejemplo), caso en el que también se contabilizará como 2 hechos, aun cuando hayan sido investigados bajo un mismo RUC.

REGIÓN	TOTAL	%
FR CENTRO NORTE	8.058	15,84%
FR ORIENTE	6.491	12,76%
V FR VALPARAÍSO	6.097	11,99%
VIII FR DEL BÍO BÍO	5.045	9,92%
FR OCCIDENTE	3.868	7,61%
FR SUR	3.437	6,76%
VI FR RANCAGUA	2.672	5,25%
VII FR DEL MAULE	2.671	5,25%
X FR DE LOS LAGOS	2.008	3,95%
IX FR DE LA ARUCANÍA	1.996	3,92%
II FR ANTOFAGASTA	1.904	3,74%
IV FR COQUIMBO	1.851	3,64%
I FR TARAPACÁ	1.243	2,44%
XV FR ARICA Y PARINACOTA	958	1,88%
III FR ATACAMA	902	1,77%
XIV FR DE LOS RÍOS	856	1,68%
XII FR MAGALLANES	502	0,99%
XI FR AYSÉN	299	0,59%
TOTAL GENERAL	50.858	100,00%

Los ejemplos mencionados explican el por qué en estos cuadros las cifras son superiores a aquellas que aparecen en los cuadros insertados en el apartado 2.1.

A continuación se presenta un cuadro resumen de los hechos ingresados en cada una de las Fiscalías Regionales del país durante el año 2009, desagregado en base al delito económico de que se trata.

REGIÓN	GLOSA DELITO	TOTAL	IMPORTANCIA RELATIVA EN LA REGIÓN	IMPORTANCIA RELATIVA EN EL MP
I FR TARAPACÁ	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	504	40,55%	0,99%
	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	419	33,71%	0,82%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	188	15,12%	0,37%
	DELITOS MARCARIOS	71	5,71%	0,14%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	40	3,22%	0,08%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	16	1,29%	0,03%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	4	0,32%	0,01%
	OBTENCIÓN FRAUDULENTO DE CRÉDITOS. ART. 160. DFL 252 DE 1960	1	0,08%	0,00%
TOTAL I FR TARAPACÁ		1.243	100,00%	2,44%

REGIÓN	GLOSA DELITO	TOTAL	IMPORTANCIA RELATIVA EN LA REGIÓN	IMPORTANCIA RELATIVA EN EL MP
II FR ANTOFAGASTA	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	955	50,16%	1,88%
	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	558	29,31%	1,10%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	221	11,61%	0,43%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	115	6,04%	0,23%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	34	1,79%	0,07%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	15	0,79%	0,03%
	OBTENCIÓN FRAUDULENTA DE CRÉDITOS. ART. 160. DFL 252 DE 1960	4	0,21%	0,01%
	DELITOS MARCARIOS	1	0,05%	0,00%
	INFRACCIÓN LEY 18.175 DE QUIEBRAS. ART. 219, 220	1	0,05%	0,00%
TOTAL II FR ANTOFAGASTA		1.904	100,00%	3,74%
III FR ATACAMA	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	447	49,56%	0,88%
	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	325	36,03%	0,64%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	62	6,87%	0,12%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	45	4,99%	0,09%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	12	1,33%	0,02%
	DELITOS MARCARIOS	7	0,78%	0,01%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	4	0,44%	0,01%
TOTAL III FR ATACAMA		902	100,00%	1,77%
IV FR COQUIMBO	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	738	39,87%	1,45%
	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	725	39,17%	1,43%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	185	9,99%	0,36%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	108	5,83%	0,21%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	58	3,13%	0,11%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	35	1,89%	0,07%
	DELITOS MARCARIOS	1	0,05%	0,00%
	OBTENCIÓN FRAUDULENTA DE CRÉDITOS. ART. 160. DFL 252 DE 1960	1	0,05%	0,00%
TOTAL IV FR COQUIMBO		1.851	100,00%	3,64%

REGIÓN	GLOSA DELITO	TOTAL	IMPORTANCIA RELATIVA EN LA REGIÓN	IMPORTANCIA RELATIVA EN EL MP
V FR VALPARAÍSO	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	2.424	39,76%	4,77%
	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	2.389	39,18%	4,70%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	586	9,61%	1,15%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	363	5,95%	0,71%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	282	4,63%	0,55%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	47	0,77%	0,09%
	OBTENCIÓN FRAUDULENTA DE CRÉDITOS. ART. 160. DFL 252 DE 1960	3	0,05%	0,01%
	DELITOS MARCARIOS	2	0,03%	0,00%
	INFRACCIÓN LEY 18.175 DE QUIEBRAS. ART. 219, 220	1	0,02%	0,00%
TOTAL V FR VALPARAÍSO		6.097	100,00%	11,99%
VI FR RANCAGUA	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	1.150	43,04%	2,26%
	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	1.081	40,46%	2,13%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	265	9,92%	0,52%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	133	4,98%	0,26%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	25	0,94%	0,05%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	18	0,67%	0,04%
TOTAL VI FR RANCAGUA		2.672	100,00%	5,25%
VII FR DEL MAULE	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	1.143	42,79%	2,25%
	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	1.018	38,11%	2,00%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	307	11,49%	0,60%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	153	5,73%	0,30%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	31	1,16%	0,06%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	17	0,64%	0,03%
	INFRACCIÓN LEY 18.175 DE QUIEBRAS. ART. 219, 220	2	0,07%	0,00%
TOTAL VII FR DEL MAULE		2.671	100,00%	5,25%

REGIÓN	GLOSA DELITO	TOTAL	IMPORTANCIA RELATIVA EN LA REGIÓN	IMPORTANCIA RELATIVA EN EL MP
VIII FR DEL BÍO BÍO	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	2.286	45,31%	4,49%
	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	1.831	36,29%	3,60%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	485	9,61%	0,95%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	314	6,22%	0,62%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	78	1,55%	0,15%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	44	0,87%	0,09%
	OBTENCIÓN FRAUDULENTA DE CRÉDITOS. ART. 160. DFL 252 DE 1960	4	0,08%	0,01%
	INFRACCIÓN LEY 18.175 DE QUIEBRAS. ART. 219, 220	2	0,04%	0,00%
	DELITOS MARCARIOS	1	0,02%	0,00%
	TOTAL VIII FR DEL BÍO BÍO	5.045	100,00%	9,92%
IX FR DE LA ARAUCANÍA	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	859	43,04%	1,69%
	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	761	38,13%	1,50%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	170	8,52%	0,33%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	145	7,26%	0,29%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	44	2,20%	0,09%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	17	0,85%	0,03%
	TOTAL IX FR DE LA ARAUCANÍA	1.996	100,00%	3,92%
X FR DE LOS LAGOS	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	832	41,43%	1,64%
	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	777	38,70%	1,53%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	232	11,55%	0,46%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	134	6,67%	0,26%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	19	0,95%	0,04%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	12	0,60%	0,02%
	INFRACCIÓN LEY 18.175 DE QUIEBRAS. ART. 219, 220	1	0,05%	0,00%
	OBTENCIÓN FRAUDULENTA DE CRÉDITOS. ART. 160. DFL 252 DE 1960	1	0,05%	0,00%
	TOTAL X FR DE LOS LAGOS	2.008	100,00%	3,95%

REGIÓN	GLOSA DELITO	TOTAL	IMPORTANCIA RELATIVA EN LA REGIÓN	IMPORTANCIA RELATIVA EN EL MP
XI FR AYSÉN	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	176	58,86%	0,35%
	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	90	30,10%	0,18%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	14	4,68%	0,03%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	13	4,35%	0,03%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	4	1,34%	0,01%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	1	0,33%	0,00%
	INFRACCIÓN LEY 18.175 DE QUIEBRAS. ART. 219, 220	1	0,33%	0,00%
TOTAL XI FR AYSÉN		299	100,00%	0,59%
XII FR MAGALLANES	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	224	44,62%	0,44%
	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	200	39,84%	0,39%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	35	6,97%	0,07%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	22	4,38%	0,04%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	11	2,19%	0,02%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	9	1,79%	0,02%
	INFRACCIÓN LEY 18.175 DE QUIEBRAS. ART. 219, 220	1	0,20%	0,00%
TOTAL XII FR MAGALLANES		502	100,00%	0,99%
FR CENTRO NORTE	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	3.284	40,75%	6,46%
	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	2.542	31,55%	5,00%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	1.075	13,34%	2,11%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	878	10,90%	1,73%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	176	2,18%	0,35%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	99	1,23%	0,19%
	INFRACCIÓN LEY 18.175 DE QUIEBRAS. ART. 219, 220	3	0,04%	0,01%
	OBTENCIÓN FRAUDULENTA DE CRÉDITOS. ART. 160. DFL 252 DE 1960	1	0,01%	0,00%
TOTAL FR CENTRO NORTE		8.058	100,00%	15,84%

REGIÓN	GLOSA DELITO	TOTAL	IMPORTANCIA RELATIVA EN LA REGIÓN	IMPORTANCIA RELATIVA EN EL MP
FR ORIENTE	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	3.277	50,49%	6,44%
	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	1.535	23,65%	3,02%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	1.241	19,12%	2,44%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	368	5,67%	0,72%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	35	0,54%	0,07%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	18	0,28%	0,04%
	INFRACCIÓN LEY 18.175 DE QUIEBRAS. ART. 219, 220	9	0,14%	0,02%
	DELITOS MARCARIOS	4	0,06%	0,01%
	OBTENCIÓN FRAUDULENDA DE CRÉDITOS. ART. 160. DFL 252 DE 1960	4	0,06%	0,01%
TOTAL FR ORIENTE		6.491	100,00%	12,76%
FR OCCIDENTE	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	1.587	41,03%	3,12%
	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	1.363	35,24%	2,68%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	528	13,65%	1,04%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	199	5,14%	0,39%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	165	4,27%	0,32%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	19	0,49%	0,04%
	DELITOS MARCARIOS	4	0,10%	0,01%
	OBTENCIÓN FRAUDULENDA DE CRÉDITOS. ART. 160. DFL 252 DE 1960	3	0,08%	0,01%
TOTAL FR OCCIDENTE		3.868	100,00%	7,61%
FR SUR	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	1.306	38,00%	2,57%
	APROPIACIÓN INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	1.187	34,54%	2,33%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	684	19,90%	1,34%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	203	5,91%	0,40%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	31	0,90%	0,06%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	21	0,61%	0,04%
	OBTENCIÓN FRAUDULENDA DE CRÉDITOS. ART. 160. DFL 252 DE 1960	4	0,12%	0,01%
	INFRACCIÓN LEY 18.175 DE QUIEBRAS. ART. 219, 220	1	0,03%	0,00%
TOTAL FR SUR		3.437	100,00%	6,76%

REGIÓN	GLOSA DELITO	TOTAL	IMPORTANCIA RELATIVA EN LA REGIÓN	IMPORTANCIA RELATIVA EN EL MP
XIV FR DE LOS RÍOS	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	390	45,56%	0,77%
	APROPiación INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	340	39,72%	0,67%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	65	7,59%	0,13%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	48	5,61%	0,09%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	10	1,17%	0,02%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	2	0,23%	0,00%
	OBTENCIÓN FRAUDULENTE DE CRÉDITOS. ART. 160. DFL 252 DE 1960	1	0,12%	0,00%
TOTAL XIV FR DE LOS RÍOS		856	100,00%	1,68%
XV FR ARICA Y PARINACOTA	APROPiación INDEBIDA (INCL. DEPOSITARIO ALZADO) ART. 470 N°1	325	33,92%	0,64%
	ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES CONTRA PARTICULARES	309	32,25%	0,61%
	OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	262	27,35%	0,52%
	FALSIFICACIÓN O USO MALICIOSO DE DOC. PRIVADOS ART. 197 Y 198	36	3,76%	0,07%
	DEMÁS DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	13	1,36%	0,03%
	FALSIFICACIÓN DE BILLETES ART. 64 LEY ORGÁNICA B. CENTRAL	13	1,36%	0,03%
TOTAL XV FR ARICA Y PARINACOTA		958	100,00%	1,88%
TOTAL GENERAL		50.858		100,00%

De la Tabla anterior, resulta posible concluir claramente que las apropiaciones indebidas, estafas y otras defraudaciones, se mantienen como aquellos delitos económicos que mayor cantidad de ingresos registran anualmente en todas las Fiscalías Regionales de país, confirmando la tendencia observada desde el inicio de la reforma procesal penal en materia de delincuencia económica.

En un escalón más atrás en cuanto a nivel de ingresos pero igualmente significativo, se encontrarían los ingresos de hechos constitutivos de falsificación o uso de documentos privados junto a aquellos contemplados en la Ley de Propiedad Intelectual, confirmando así que estas figuras también se encontrarían entre los delitos económicos de mayor ocurrencia. Finalmente, también con un nivel significativo de ingresos, especialmente en algunas regiones cuyas ciudades sirven de puerta de entrada al país, como las de Tarapacá y Metropolitana Occidente, destacan los ingresos de hechos constitutivos de delitos marcarios y otros previstos en la Ley de Propiedad Industrial.

En el extremo opuesto en cuanto a nivel de ingresos, y teniendo sólo presente aquellos delitos económicos priorizados para la formulación de estos comen-

tarios, los que registran menores ingresos son las figuras de obtención fraudulenta de créditos, infracción a la Ley de Quiebras y falsificación de billetes.

2.3. Motivos de término de los casos

En el presente apartado se presentan las cifras relativas a los motivos de término que registraron los casos por delitos económicos durante el año 2009. Cabe precisar que en este punto se incluyen todas las causas terminadas durante el año 2009, independientemente de la fecha de ingreso del caso, sin perjuicio de que eventualmente existan casos que fueron tanto iniciados como terminados durante el 2009.

En materia de términos, en el cuadro que se inserta a continuación puede observarse una clara supremacía del Archivo Provisional como el motivo más utilizado en los delitos económicos aquí considerados.

TÉRMINO	TOTAL	%
Archivo Provisional	21.966	37,97%
Facultad de No Iniciar Investigación	8.690	15,02%
Sentencia Definitiva Condenatoria	5.847	10,11%
Agrupado	5.187	8,97%
Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	4.684	8,10%
Principio de Oportunidad	4.042	6,99%
Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	2.901	5,01%
Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	2.560	4,42%
Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	1.082	1,87%
Sentencia Definitiva Absolutoria	218	0,38%
Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	207	0,36%
Otras causales de término	184	0,32%
Incompetencia (materias correspondientes al sistema antiguo)	163	0,28%
Acoge Requerimiento en Procedimiento Monitorio y Proposición de Multa	115	0,20%
Sobreseimiento Definitivo (casos del artículo 247)	7	0,01%
Sobreseimiento Definitivo (casos del artículo 465)	2	0,00%
Ratificación Decisión de Sobreseimiento (artículo 258)	1	0,00%
Sobreseimiento Definitivo (por no subsanar vicios formales, artículo 270)	1	0,00%
Sobreseimiento Definitivo (suspensión de imposición de multa, artículo 398)	1	0,00%
TOTAL GENERAL	57.858	100,00%

Destaca el porcentaje de sentencias condenatorias obtenidas en materia de delitos económicos, así como la baja cantidad de sentencias absolutorias, en especial tratándose de casos en que los fiscales han adquirido convicción acerca del carácter delictivo de los hechos investigados y de la participación que en ellos ha cabido al sujeto investigado, y en consecuencia, deciden cerrar la investigación con la acusación respectiva, casos en los cuales se observado un resultado bastante marginal de sentencias absolutorias (0,38%).

Finalmente, con porcentajes de aplicación bastante similares se ubican las salidas alternativas (suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios), denotando que las mismas constituyen poderosas y útiles herramientas para los fiscales como modo de solucionar el conflicto penal y dar reparación a las víctimas.

REGIÓN	TÉRMINO	TOTAL	%
I FR TARAPACÁ	Archivo Provisional	742	49,04%
	Facultad de No Iniciar Investigación	292	19,30%
	Agrupado	144	9,52%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	126	8,33%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	75	4,96%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	60	3,97%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	38	2,51%
	Principio de Oportunidad	25	1,65%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	5	0,33%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	4	0,26%
	Acoge Requerimiento en Procedimiento Monitorio y Proposición de Multa	2	0,13%
TOTAL I FR TARAPACÁ		1.513	100,00%
II FR ANTOFAGASTA	Archivo Provisional	1.048	52,51%
	Facultad de No Iniciar Investigación	216	10,82%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	183	9,17%
	Agrupado	127	6,36%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	125	6,26%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	118	5,91%
	Principio de Oportunidad	94	4,71%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	45	2,25%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	21	1,05%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	14	0,70%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	5	0,25%
TOTAL II FR ANTOFAGASTA		1.996	100,00%

REGIÓN	TÉRMINO	TOTAL	%
III FR ATACAMA	Archivo Provisional	315	32,92%
	Facultad de No Iniciar Investigación	229	23,93%
	Principio de Oportunidad	108	11,29%
	Agrupado	78	8,15%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	60	6,27%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	53	5,54%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	50	5,22%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	31	3,24%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	23	2,40%
	Acoge Requerimiento en Procedimiento Monitorio y Proposición de Multa	3	0,31%
	Otras Causales de Término	3	0,31%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	2	0,21%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	2	0,21%
TOTAL III FR ATACAMA		957	100,00%
IV FR COQUIMBO	Archivo Provisional	1.495	54,52%
	Facultad de No Iniciar Investigación	344	12,55%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	236	8,61%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	197	7,18%
	Agrupado	151	5,51%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	131	4,78%
	Principio de Oportunidad	62	2,26%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	54	1,97%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	39	1,42%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	20	0,73%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	10	0,36%
	Sobreseimiento Definitivo (casos del artículo 247)	3	0,11%
TOTAL IV FR COQUIMBO		2.742	100,00%

REGIÓN	TÉRMINO	TOTAL	%
V FR VALPARAÍSO	Archivo Provisional	2.735	39,96%
	Facultad de No Iniciar Investigación	1.069	15,62%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	636	9,29%
	Agrupado	625	9,13%
	Principio de Oportunidad	516	7,54%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	415	6,06%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	406	5,93%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	210	3,07%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	139	2,03%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	29	0,42%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	28	0,41%
	Otras Causales de Término	16	0,23%
	Acoge Requerimiento en Procedimiento Monitorio y Proposición de Multa	15	0,22%
	Incompetencia (materias correspondientes al sistema antiguo)	2	0,03%
	Sobreseimiento Definitivo (casos del artículo 465)	2	0,03%
	Sobreseimiento Definitivo (casos del artículo 247)	1	0,01%
TOTAL V FR VALPARAÍSO		6.844	100,00%
VI FR RANCAGUA	Archivo Provisional	1.138	35,50%
	Facultad de No Iniciar Investigación	578	18,03%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	329	10,26%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	290	9,05%
	Agrupado	270	8,42%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	200	6,24%
	Principio de Oportunidad	192	5,99%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	94	2,93%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	68	2,12%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	15	0,47%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	11	0,34%
	Acoge Requerimiento en Procedimiento Monitorio y Proposición de Multa	10	0,31%
	Otras Causales de Término	9	0,28%
	Incompetencia (materias correspondientes al sistema antiguo)	2	0,06%
TOTAL VI FR RANCAGUA		3.206	100,00%

REGIÓN	TÉRMINO	TOTAL	%
VII FR DEL MAULE	Archivo Provisional	931	26,68%
	Facultad de No Iniciar Investigación	547	15,68%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	514	14,73%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	397	11,38%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	286	8,20%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	232	6,65%
	Principio de Oportunidad	205	5,88%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	182	5,22%
	Agrupado	163	4,67%
	Acoge Requerimiento en Procedimiento Monitorio y Proposición de Multa	18	0,52%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	11	0,32%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	3	0,09%
TOTAL VII FR DEL MAULE		3.489	100,00%
VIII FR DEL BÍO BÍO	Archivo Provisional	2.359	41,87%
	Facultad de No Iniciar Investigación	932	16,54%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	473	8,40%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	411	7,29%
	Principio de Oportunidad	354	6,28%
	Agrupado	329	5,84%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	329	5,84%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	263	4,67%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	96	1,70%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	31	0,55%
	Acoge Requerimiento en Procedimiento Monitorio y Proposición de Multa	20	0,35%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	19	0,34%
	Incompetencia (materias correspondientes al sistema antiguo)	9	0,16%
	Otras Causales de Término	9	0,16%
TOTAL VIII FR DEL BÍO BÍO		5.634	100,00%

REGIÓN	TÉRMINO	TOTAL	%
IX FR DE LA ARAUCANÍA	Archivo Provisional	781	32,54%
	Facultad de No Iniciar Investigación	557	23,21%
	Agrupado	247	10,29%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	222	9,25%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	190	7,92%
	Principio de Oportunidad	129	5,38%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	104	4,33%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	74	3,08%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	68	2,83%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	9	0,38%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	7	0,29%
	Otras Causales de Término	7	0,29%
	Acoge Requerimiento en Procedimiento Monitorio y Proposición de Multa	5	0,21%
TOTAL IX FR DE LA ARAUCANÍA		2.400	100,00%
X FR DE LOS LAGOS	Archivo Provisional	684	28,07%
	Facultad de No Iniciar Investigación	517	21,21%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	315	12,93%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	190	7,80%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	186	7,63%
	Agrupado	182	7,47%
	Principio de Oportunidad	163	6,69%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	102	4,19%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	81	3,32%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	9	0,37%
	Otras Causales de Término	4	0,16%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	3	0,12%
	Sobreseimiento Definitivo (por no subsanar vicios formales, artículo 270)	1	0,04%
TOTAL X FR DE LOS LAGOS		2.437	100,00%

REGIÓN	TÉRMINO	TOTAL	%
XI FR AYSÉN	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	204	36,62%
	Facultad de No Iniciar Investigación	101	18,13%
	Archivo Provisional	76	13,64%
	Agrupado	43	7,72%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	38	6,82%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	28	5,03%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	23	4,13%
	Principio de Oportunidad	22	3,95%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	18	3,23%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	4	0,72%
TOTAL XI FR AYSÉN		557	100,00%
XII FR MAGALLANES	Archivo Provisional	132	19,94%
	Facultad de No Iniciar Investigación	130	19,64%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	101	15,26%
	Agrupado	96	14,50%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	69	10,42%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	67	10,12%
	Principio de Oportunidad	41	6,19%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	13	1,96%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	6	0,91%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	3	0,45%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	2	0,30%
	Acoge Requerimiento en Procedimiento Monitorio y Proposición de Multa	1	0,15%
	Incompetencia (materias correspondientes al sistema antiguo)	1	0,15%
TOTAL XII FR MAGALLANES		662	100,00%

REGIÓN	TÉRMINO	TOTAL	%
FR CENTRO NORTE	Archivo Provisional	3.344	41,20%
	Facultad de No Iniciar Investigación	1.002	12,35%
	Principio de Oportunidad	953	11,74%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	768	9,46%
	Agrupado	690	8,50%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	652	8,03%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	305	3,76%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	247	3,04%
	Incompetencia (materias correspondientes al sistema antiguo)	52	0,64%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	38	0,47%
	Otras Causales de Término	30	0,37%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	14	0,17%
	Acoge Requerimiento en Procedimiento Monitorio y Proposición de Multa	11	0,14%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	7	0,09%
	Sobreseimiento Definitivo (casos del artículo 247)	2	0,02%
	Sobreseimiento Definitivo (suspensión de imposición de multa, artículo 398)	1	0,01%
TOTAL FR CENTRO NORTE		8.116	100,00%
FR ORIENTE	Archivo Provisional	2.523	32,53%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	1.580	20,37%
	Agrupado	1.254	16,17%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	687	8,86%
	Facultad de No Iniciar Investigación	598	7,71%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	483	6,23%
	Principio de Oportunidad	262	3,38%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	128	1,65%
	Otras Causales de Término	84	1,08%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	57	0,73%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	44	0,57%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	23	0,30%
	Acoge Requerimiento en Procedimiento Monitorio y Proposición de Multa	22	0,28%
	Incompetencia (materias correspondientes al sistema antiguo)	11	0,14%
TOTAL FR ORIENTE		7.756	100,00%

REGIÓN	TÉRMINO	TOTAL	%
FR OCCIDENTE	Archivo Provisional	1.577	40,95%
	Facultad de No Iniciar Investigación	675	17,53%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	360	9,35%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	354	9,19%
	Agrupado	283	7,35%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	229	5,95%
	Principio de Oportunidad	212	5,51%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	57	1,48%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	43	1,12%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	17	0,44%
	Otras Causales de Término	17	0,44%
	Incompetencia (materias correspondientes al sistema antiguo)	15	0,39%
	Acoge Requerimiento en Procedimiento Monitorio y Proposición de Multa	6	0,16%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	5	0,13%
	Ratificación Decisión de Sobreseimiento (artículo 258)	1	0,03%
TOTAL FR OCCIDENTE		3.851	100,00%
FR SUR	Archivo Provisional	1.319	37,50%
	Facultad de No Iniciar Investigación	601	17,09%
	Principio de Oportunidad	565	16,06%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	248	7,05%
	Agrupado	241	6,85%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	206	5,86%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	188	5,35%
	Incompetencia (materias correspondientes al sistema antiguo)	67	1,91%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	42	1,19%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	12	0,34%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	12	0,34%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	10	0,28%
	Otras Causales de Término	5	0,14%
	Sobreseimiento Definitivo (casos del artículo 247)	1	0,03%
TOTAL FR SUR		3.517	100,00%

REGIÓN	TÉRMINO	TOTAL	%
XIV FR DE LOS RÍOS	Archivo Provisional	342	33,69%
	Agrupado	155	15,27%
	Facultad de No Iniciar Investigación	129	12,71%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	99	9,75%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	78	7,68%
	Principio de Oportunidad	60	5,91%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	57	5,62%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	44	4,33%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	37	3,65%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	6	0,59%
	Incompetencia (materias correspondientes al sistema antiguo)	4	0,39%
	Acoge Requerimiento en Procedimiento Monitorio y Proposición de Multa	2	0,20%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	2	0,20%
TOTAL XIV FR DE LOS RÍOS		1.015	100,00%
XV FR ARICA Y PARINACOTA	Archivo Provisional	425	36,45%
	Sobreseimiento Definitivo (vencimiento plazo suspensión del artículo 240)	177	15,18%
	Facultad de No Iniciar Investigación	173	14,84%
	Agrupado	109	9,35%
	Sentencia Definitiva Condenatoria	95	8,15%
	Decisión de No Perseverar en el Procedimiento	85	7,29%
	Principio de Oportunidad	79	6,78%
	Acuerdo Reparatorio (artículos 241 y 242)	15	1,29%
	Incompetencia (materias de conocimiento de otro tribunal)	5	0,43%
	Sentencia Definitiva Absolutoria	2	0,17%
	Sobreseimiento Definitivo (causales del artículo 250)	1	0,09%
TOTAL XV FR ARICA Y PARINACOTA		1.166	100,00%
TOTAL GENERAL		57.858	

Ahora bien, analizando la aplicación de los distintos motivos de términos de forma desagregada por cada Fiscalía Regional, puede observarse que se mantiene la tendencia a nivel nacional, en orden a la aplicación significativa del Archivo Provisional, con excepción de la situación que se presenta en la Fiscalía Regional de Aysén, en que el motivo de término de mayor aplicación lo constituye el Sobreseimiento Definitivo derivado del cumplimiento de las condiciones impuestas en las suspensiones condicionales del procedimiento previamente acordadas.

En materia de Sentencias Definitivas Condenatorias, destacan los porcentajes obtenidos en las Fiscalías Regionales de Magallanes (15,26%) y Metropoli-

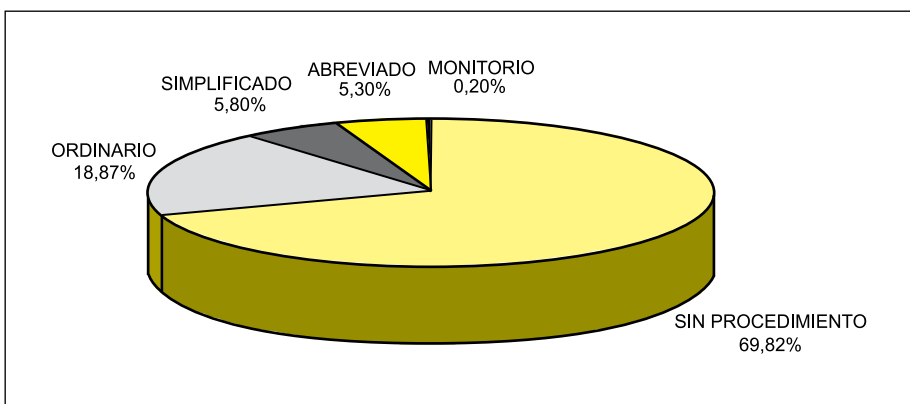
tana Oriente (20,37%), los que se elevan notoriamente por sobre el promedio nacional y a bastante distancia del porcentaje en que este motivo de término es aplicado en las demás Fiscalías Regionales del país.

En materia de Salidas Alternativas, cabe hacer presente que no se consideraron los casos que se encuentran suspendidos por aplicación de la “Suspensión Condicional del Procedimiento”, atendido que dichas investigaciones no se encuentran en estado de terminadas (5.892 casos).

Por último, señalemos que tampoco se consideraron los términos por “anulación de ingreso error de digitación” y “anulación ingreso por delito acción privada”, los que representaban un 0,24% y 0,08% respectivamente.

2.4. Procedimientos de término utilizados durante el año 2009

En cuanto a esta variable, las estadísticas que serán comentadas dicen relación únicamente con aquellos casos terminados durante el año 2009, ya sea mediante procedimiento ordinario, simplificado, abreviado, monitorio u otros procedimientos (salidas no jurisdiccionales, como archivo provisional, facultad de no iniciar investigación y principio de oportunidad), con independencia de la fecha de recepción o ingreso de los mismos.



PROCEDIMIENTO DE TÉRMINO	TOTAL	%
Sin Procedimiento	40.526	69,82%
Ordinario	10.955	18,87%
Simplificado	3.368	5,80%
Abreviado	3.076	5,30%
Monitorio	115	0,20%
TOTAL GENERAL	58.040	100,00%

A continuación se presenta el detalle de los procedimientos de término utilizados en las Fiscalías Regionales del país durante el año 2009.

REGIÓN	PROCEDIMIENTO DE TÉRMINO	TOTAL	%
I FR TARAPACÁ	SIN PROCEDIMIENTO	1.210	79,87%
	ORDINARIO	140	9,24%
	SIMPLIFICADO	89	5,87%
	ABREVIADO	74	4,88%
	MONITORIO	2	0,13%
TOTAL I FR TARAPACÁ		1.515	100,00%
II FR ANTOFAGASTA	SIN PROCEDIMIENTO	1.501	75,13%
	ORDINARIO	388	19,42%
	SIMPLIFICADO	65	3,25%
	ABREVIADO	44	2,20%
TOTAL II FR ANTOFAGASTA		1.998	100,00%
III FR ATACAMA	SIN PROCEDIMIENTO	733	76,59%
	ORDINARIO	127	13,27%
	SIMPLIFICADO	81	8,46%
	ABREVIADO	13	1,36%
	MONITORIO	3	0,31%
TOTAL III FR ATACAMA		957	100,00%
IV FR COQUIMBO	SIN PROCEDIMIENTO	2.071	75,28%
	ORDINARIO	375	13,63%
	SIMPLIFICADO	240	8,72%
	ABREVIADO	65	2,36%
TOTAL IV FR COQUIMBO		2.751	100,00%
V FR VALPARAÍSO	SIN PROCEDIMIENTO	5.006	72,90%
	ORDINARIO	1.198	17,45%
	ABREVIADO	354	5,16%
	SIMPLIFICADO	294	4,28%
	MONITORIO	15	0,22%
TOTAL V FR VALPARAÍSO		6.867	100,00%
VI FR RANCAGUA	SIN PROCEDIMIENTO	2.198	68,49%
	ORDINARIO	759	23,65%
	SIMPLIFICADO	170	5,30%
	ABREVIADO	72	2,24%
	MONITORIO	10	0,31%
TOTAL VI FR RANCAGUA		3.209	100,00%
VII FR DEL MAULE	SIN PROCEDIMIENTO	1.854	53,06%
	ORDINARIO	1.232	35,26%
	SIMPLIFICADO	202	5,78%
	ABREVIADO	188	5,38%
	MONITORIO	18	0,52%
TOTAL VII FR DEL MAULE		3.494	100,00%

REGIÓN	PROCEDIMIENTO DE TÉRMINO	TOTAL	%
VIII FR DEL BÍO BÍO	SIN PROCEDIMIENTO	4.012	71,08%
	ORDINARIO	1.190	21,08%
	SIMPLIFICADO	252	4,46%
	ABREVIADO	170	3,01%
	MONITORIO	20	0,35%
TOTAL VIII FR DEL BÍO BÍO		5.644	100,00%
IX FR DE LA ARAUCANÍA	SIN PROCEDIMIENTO	1.738	71,91%
	ORDINARIO	459	18,99%
	SIMPLIFICADO	112	4,63%
	ABREVIADO	103	4,26%
	MONITORIO	5	0,21%
TOTAL IX FR DE LA ARAUCANÍA		2.417	100,00%
X FR DE LOS LAGOS	SIN PROCEDIMIENTO	1.557	63,76%
	ORDINARIO	557	22,81%
	SIMPLIFICADO	198	8,11%
	ABREVIADO	130	5,32%
TOTAL X FR DE LOS LAGOS		2.442	100,00%
XI FR AYSÉN	ORDINARIO	296	53,14%
	SIN PROCEDIMIENTO	242	43,45%
	SIMPLIFICADO	15	2,69%
	ABREVIADO	4	0,72%
TOTAL XI FR AYSÉN		557	100,00%
XII FR MAGALLANES	SIN PROCEDIMIENTO	405	60,99%
	ORDINARIO	124	18,67%
	ABREVIADO	86	12,95%
	SIMPLIFICADO	48	7,23%
	MONITORIO	1	0,15%
TOTAL XII FR MAGALLANES		664	100,00%
FR CENTRO NORTE	SIN PROCEDIMIENTO	6.079	74,69%
	ORDINARIO	1.370	16,83%
	SIMPLIFICADO	522	6,41%
	ABREVIADO	157	1,93%
	MONITORIO	11	0,14%
TOTAL FR CENTRO NORTE		8.139	100,00%
FR ORIENTE	SIN PROCEDIMIENTO	4.790	61,50%
	ABREVIADO	1.300	16,69%
	ORDINARIO	1.262	16,20%
	SIMPLIFICADO	415	5,33%
	MONITORIO	22	0,28%
TOTAL FR ORIENTE		7.789	100,00%
FR OCCIDENTE	SIN PROCEDIMIENTO	2.802	72,53%
	ORDINARIO	584	15,12%
	SIMPLIFICADO	354	9,16%
	ABREVIADO	117	3,03%
	MONITORIO	6	0,16%
TOTAL FR OCCIDENTE		3.863	100,00%

REGIÓN	PROCEDIMIENTO DE TÉRMINO	TOTAL	%
FR SUR	SIN PROCEDIMIENTO	2.830	79,90%
	ORDINARIO	391	11,04%
	SIMPLIFICADO	190	5,36%
	ABREVIADO	131	3,70%
TOTAL FR SUR		3.542	100,00%
XIV FR DE LOS RÍOS	SIN PROCEDIMIENTO	706	68,88%
	ORDINARIO	220	21,46%
	SIMPLIFICADO	53	5,17%
	ABREVIADO	44	4,29%
	MONITORIO	2	0,20%
TOTAL FR DE LOS RÍOS		1.025	100,00%
XV FR ARICA Y PARINACOTA	SIN PROCEDIMIENTO	792	67,87%
	ORDINARIO	283	24,25%
	SIMPLIFICADO	68	5,83%
	ABREVIADO	24	2,06%
TOTAL XV FR ARICA Y PARINACOTA		1.167	100,00%
TOTAL GENERAL		58.040	

Concordantes con las cifras presentadas a propósito de los tipos de término más utilizados durante el año 2009, en lo que se refiere a los procedimientos de término, durante dicho período priman las denominadas salidas no jurisdiccionales (“Sin Procedimiento”), elevándose dicho porcentaje en varias Fiscalías Regionales por sobre el 70% y llegando incluso a una cifra cercana al 80% en el caso de la Fiscalía Regional de Tarapacá y la Fiscalía Metropolitana Sur, siendo el Archivo Provisional aquella de que mayor aplicación. La única Región que presenta una realidad distinta es Aysén, cuyo procedimiento de término más utilizado durante el 2009 fue el ordinario.

Como segundo procedimiento de término de mayor utilización en casi la totalidad de las Fiscalías Regionales, se encuentra el procedimiento ordinario, que en el caso de la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, comparte similar nivel de aplicación con el procedimiento abreviado.

Por el contrario, dentro de los procedimientos de término menos utilizados durante el año 2009, se ubican los procedimientos simplificado, monitorio y abreviado, salvo en este último caso la excepción antes mencionada referida a la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente.

2.5. Tiempo de tramitación de casos terminados durante el año 2009

En relación a los tiempos de tramitación de aquellos casos que fueron terminados durante el año 2009, si bien se contabilizan los casos ingresados a partir del año 2001, nuestro foco de atención está constituido por aquellos casos ingresados el año 2009.

Como se observará en el cuadro que se inserta a continuación, especial relevancia tiene el hecho que el mayor porcentaje de casos terminados durante el año 2009 (61,39%) corresponda justamente a casos que ingresaron durante el mismo año, lo que puede entenderse como un avance en términos de eficiencia.

AÑO DE RFECEPCIÓN	AÑO DE TÉRMINO	TIEMPO DE TRAMITACIÓN (AÑOS)	PORCENTAJE DE LOS CASOS TERMINADOS DURANTE EL 2009
2001	2009	8	0,003%
2002	2009	7	0,028%
2003	2009	6	0,057%
2004	2009	5	0,601%
2005	2009	4	0,903%
2006	2009	3	3,007%
2007	2009	2	8,291%
2008	2009	1	25,720%
2009	2009	Menos de 1 año	61,390%
			100,000%

En concordancia con lo anterior puede señalarse que, de todos los casos terminados durante el año 2009, el 61,39% de ellos fue tramitado (y terminado) en menos de 1 año, mientras que un 25,7% tuvo un tiempo de tramitación de 1 a 2 años.

3. Comentarios finales

A partir de la información proporcionada por la División de Informática de la Fiscalía Nacional, pudo determinarse que durante el año 2009 se crearon un total de 49.314 RUC asociados al menos a un delito económico, número que se vio incrementado levemente al considerar los distintos hechos identificados como delitos económicos al interior de cada RUC, alcanzando en tal sentido un total de 50.858 ingresos.

Asimismo, fue posible constatar que durante el año 2009 se puso término a un total de 57.858 casos relativos a alguno de estos delitos económicos priorizados para la formulación de estos comentarios, destacando que un 10.11% de términos, es decir 5.847 de ellos, terminaron con sentencia definitiva condenatoria.

Finalmente, podemos señalar que la cifra de ingresos durante el pasado año 2009 fue levemente inferior a los términos logrados en igual período respecto al mismo grupo de delitos, situación que denota una labor eficiente por parte del Ministerio Público, concordante con el objetivo definido en el Plan Estratégico 2010-2015 vinculado con una Persecución Penal Eficiente con Estándares de Calidad.

TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS TERRORISTAS EN CHILE, A LA LUZ DEL MARCO JURÍDICO UNIVERSAL DE LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

Tania Sironvalle Sosa¹

I. Introducción

Nuestra actual legislación referida a delitos terroristas está comprendida en la Ley N°18.314, publicada el 17 de mayo de 1984. Sin embargo, poco queda de su redacción original, por cuanto dicha normativa fue modificada por leyes posteriores, en su gran mayoría dictadas a inicios de la década del 90'. Estas modificaciones tuvieron como principal motivación adecuar sus normas a las exigencias de un sistema democrático, respetuoso de la dignidad y derechos de las personas. Se redujeron las penas y se derogaron varios tipos penales. En la última década se introdujeron modificaciones referidas a la adecuación de esta ley especial, al nuevo sistema procesal penal instaurado en nuestro país; posteriormente se incorporó un nuevo tipo penal que sanciona el financiamiento del terrorismo y, finalmente, la última modificación se introdujo con la dictación de la Ley N°20.467 (D.O. 08.10.2010), referida principalmente a la determinación de los delitos terroristas, modificación de sus penas y al desistimiento de la tentativa.

A pesar de las múltiples modificaciones a la ley original, hasta ahora ninguna ley posterior se ha hecho cargo de abordar legislativamente el terrorismo como un fenómeno criminal complejo, de difícil pesquisa y de graves consecuencias para la estabilidad de los estados y para la vida e integridad física de sus ciudadanos.

El presente documento abordará las deficiencias de nuestra normativa interna a la luz de los compromisos asumidos por Chile con la comunidad internacional, desde que el terrorismo es un desafío para los países en su conjunto y no puede ser enfrentado en forma aislada y parcial por cada uno de ellos. Si así fuera, la única consecuencia posible sería la de asegurar franjas de impunidad y vacíos legales en beneficio de los terroristas².

En virtud de lo anterior, abordaremos primero cuáles son los instrumentos jurídicos que conforman el marco internacional de lucha contra el terrorismo

- 1 Subdirectora de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Esto sucedería, por ejemplo, si desde nuestro país se dirigiera o preparara un acto terrorista que deba ejecutarse en un país distinto. En ese caso, no queda claro que pudiera perseguirse penalmente a dichas personas (al no existir figuras penales claras y precisas referidas a la sanción de los actos preparatorios) e imposibilitaría la extradición de los partícipes, debido a la exigencia del principio de doble incriminación.

y, a la luz de ellos, compararemos nuestra legislación interna desde el punto de vista de la tipificación de los delitos que tienen el carácter de terroristas.

II. Marco jurídico universal contra el terrorismo

En forma progresiva desde el año 1963 a la fecha, la comunidad internacional en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, ha acordado una serie de instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo. Este marco jurídico consta en una diversidad de convenios, protocolos y convenciones, que instan a los Estados a incorporar en su legislación interna la tipificación de determinadas conductas ilícitas de carácter terrorista, asegurar su adecuada y eficiente persecución y sanción y establecer las medidas legales que promuevan y faciliten la cooperación internacional respecto de un fenómeno criminal complejo, globalizado y de permanente transformación³.

El Marco Jurídico Internacional de lucha contra el Terrorismo comprende los siguientes instrumentos jurídicos:

1. 18 Convenciones y Protocolos Internacionales contra el Terrorismo⁴, que se pueden dividir en los siguientes grupos:

a) Convenios Internacionales relacionados con la Seguridad de la Aviación Civil:

- Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 1963);
- Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 1970);
- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 1971);
- Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional (Montreal, 1988);
- Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección (1991), este último para prevenir el sabotaje aéreo.

3 El anterior Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan describe el peligro que representa el terrorismo para la comunidad mundial de la siguiente forma: *“El terrorismo ataca los principios fundamentales que sostienen las Naciones Unidas. Constituye una amenaza mundial a la democracia, el estado de derecho, los derechos humanos y la estabilidad. La globalización nos ha hecho comprender la importancia de un empeño internacional verdaderamente concertado para combatir el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones”* (página 6 de la “Guía para la incorporación legislativa y la aplicación de los instrumentos universales contra el Terrorismo” de la UNODC, Nueva York, 2007).

4 14 instrumentos y 4 enmiendas.

- Convenio sobre la supresión de actos ilícitos contra la aviación civil internacional (Beijing, 2010). Chile aún no ha ratificado este Convenio.
- Protocolo al Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (Beijing, 2010). Chile aún no ha ratificado este Protocolo.

b) Convenios y Protocolos Marítimos:

- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 1988);
- Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (no está en vigor). Chile aún no ha ratificado este Protocolo;
- Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Roma, 1988);
- Protocolo de 2005 al Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (no está en vigor). Chile aún no ha ratificado este Protocolo.

c) Convenios sobre Material Nuclear y Radioactivo:

- Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares (Viena, 1980);
- Enmienda de 2005 a la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares;
- Convención Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (Nueva York, 2005). Chile aún no ha ratificado esta Convención.

d) Convenios y Convenciones de las Naciones Unidas:

- Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 1973);
- Convención Internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 1979);
- Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 1997);
- Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 1999).

2. Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU:

- a) Resolución 1373 (2001). Establece que todos los Estados deben impedir y castigar la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo. La resolución determina, entre otras cosas, la necesidad de reprimir el reclutamiento de terroristas, proveer la alerta temprana y el intercambio de información, impedir la circulación de terroristas y el tráfico de armas, explosivos o materiales peligrosos, realizar controles en las fronteras, adherirse a los mecanismos internacionales existentes de lucha contra el terrorismo y enjuiciar a los terroristas⁵.
- b) Resolución 1267 relativa a los talibanes y Al-Qaida (1999). Establece que los Estados deben adoptar tres tipos de sanciones en relación con cualquier persona o entidad relacionada con Al-Qaida, Osama Bin Laden o los talibanes⁶:
 - Congelación de activos, que implica congelar sin demora los fondos y otros activos financieros o recursos económicos de las personas o entidades designadas.
 - Prohibición de viajar, en el sentido de impedir la entrada en su territorio o el tránsito por él de las personas designadas.
 - Embargo de armas, esto es; impedir el suministro, la venta y la transferencia, directos o indirectos, a las personas y entidades designadas, desde su territorio o por sus nacionales fuera de su territorio o mediante buques o aeronaves de su pabellón, de armas y materiales conexos de todo tipo, piezas de repuesto y asesoramiento técnico, asistencia o adiestramiento relacionados con actividades militares.
- c) Resoluciones 1540, 1673 y 1810. Establecen controles domésticos para impedir la proliferación de armas de destrucción masiva.

3. Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Adicionales:

Aun cuando la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo, 2000) no se refiere directamente al terrorismo como fenómeno delictivo, sin lugar a dudas debe ser considerada dentro de los instrumentos que forman parte del marco jurídico de lucha contra el terrorismo,

5 Adicionalmente crea un Comité contra el Terrorismo, integrado por 15 miembros encargados de verificar la aplicación de la Resolución 1373 (2001).

6 Se establece un Comité que supervisa la puesta en práctica de las sanciones, compila, pone al día y circula las listas de personas y las entidades relacionadas y analiza los informes de los Estados miembros. La lista consolidada de personas o entidades relacionadas se encuentra en <http://www.un.org/spanish/sc/committees/1267/consolist.shtml>

desde que entre el terrorismo y la delincuencia organizada existen vínculos cada vez más estrechos.

Así lo reconoce el mismo Preámbulo de la Convención de Palermo, cuando señala que se observa “...con profunda preocupación los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo...”. En el mismo sentido, la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad señala en su párrafo 4° que “...Observa con preocupación la conexión estrecha que existe entre el terrorismo internacional y la delincuencia transnacional organizada, las drogas ilícitas, el blanqueo de dinero, el tráfico ilícito de armas y la circulación ilícita de materiales nucleares, químicos, biológicos y otros materiales potencialmente letales, y a ese respecto pone de relieve la necesidad de promover la coordinación de las iniciativas en los planos nacional, subregional, regional e internacional, para reforzar la respuesta internacional a este reto y amenaza graves a la seguridad internacional”.

Esta estrecha vinculación entre el terrorismo y la delincuencia organizada se expresa en las características comunes que se dan en la forma de organización (células), en los medios empleados (extrema violencia, uso de armas y explosivos, extorsión, secuestro, etc.), en la cantidad de recursos que emplean y en su accionar transnacional. Por lo tanto, se deben tener en cuenta para enfrentar el terrorismo las mismas herramientas que esta Convención ha considerado para enfrentar la delincuencia organizada transnacional (técnicas especiales de investigación, normas sobre protección a testigos, colaboradores e informantes, mecanismos efectivos de cooperación internacional, entre otros).

III. Tipificación y sanción de los delitos terroristas

La Ley N°18.314 tipifica como terroristas las siguientes conductas ilícitas:

Artículo 2°: “Constituirán delitos terroristas, cuando cumplieren lo dispuesto en el artículo anterior:

1.- Los de homicidio sancionados en el artículo 391; los de lesiones establecidos en los artículos 395, 396, 397 y 398; los de secuestro y de sustracción de menores castigados en los artículos 141 y 142; los de envío de cartas o encomiendas explosivas del artículo 403 bis; los de incendio y estragos, descritos en los artículos 474, 475, 476 y 480, y las infracciones contra la salud pública de los artículos 313 d), 315 y 316, todos del Código Penal. Asimismo, el de descarrilamiento contemplado en los artículos 105, 106, 107 y 108 de la Ley General de Ferrocarriles.

2.- Apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes.

3.- El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos.

4.- Colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos.

5.- La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1°.

Artículo 8°. “El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2°, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal”.

Adicionalmente, sanciona en forma expresa la tentativa, la amenaza y la conspiración⁷ respecto de los delitos terroristas contemplados en la ley.

A continuación nos referiremos a las falencias de tipificación de nuestra legislación, en comparación a las exigencias de la normativa internacional:

1. Delitos relacionados a buques y plataformas fijas:

El artículo 2° N°2 señala que: constituirá delito terrorista “apoderarse o atentar en contra de una nave en servicio” o “realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes”.

Si bien esta tipificación comprende la mayoría de las acciones que deben sancionarse según la normativa internacional, no comprende las siguientes conductas:

- Destrucción, daño o atentado grave que afecte o pueda afectar las instalaciones y servicios de navegación marítima, poniendo en peligro la navegación segura de un buque.
- Difundir a sabiendas información falsa, poniendo en peligro la navegación segura de un buque.
- Apoderarse o atentar contra una plataforma fija (petrolera o de otro tipo en una plataforma continental), o realizar actos que pongan en peligro la vida,

7 Artículo 7°. “La tentativa de cometer alguno de los delitos a que se refiere esta ley se castigará con la pena asignada al respectivo ilícito, rebajada en uno o dos grados. La conspiración para cometer alguno de esos delitos se sancionará con la pena señalada por la ley al delito rebajada en dos grados. Lo expuesto en el presente inciso es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3° bis.

La amenaza seria y verosímil de cometer alguno de los delitos mencionados en esta ley será sancionada con las penas de la tentativa del delito respectivo, sin efectuarse los aumentos de grados señalados en el artículo 3°. Lo expuesto precedentemente no tendrá lugar si el hecho mereciere mayor pena de acuerdo al artículo 296 del Código Penal”.

la integridad corporal o la salud de las personas que se hallen a bordo de ellas.

2. Delitos relativos a la aviación civil:

El artículo 2 N°2 señala que constituirá delito terrorista *“apoderarse o atentar en contra de una aeronave en servicio”* o *“realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes”*.

Sin embargo, no sanciona las siguientes conductas:

- Destruir o dañar instalaciones o servicios de navegación aérea, poniendo en peligro la seguridad de las aeronaves en vuelo.
- Difundir o sabiendo información falsa que ponga en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo.
- Ejecutar un acto de violencia contra una persona en un aeropuerto, que preste servicios a la aviación civil internacional.
- Destruir o dañar instalaciones de un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional o a una nave que no esté de servicio y se encuentra en él, si este acto pone en peligro la seguridad del aeropuerto.

3. Delitos relativos a los materiales peligrosos:

Nuestra ley de conductas terroristas no comprende ninguna norma que sancione alguna conducta ilícita referida al almacenamiento, transporte o uso de materiales peligrosos, nucleares o radiactivos. Según la normativa internacional, los Estados deberían castigar los siguientes actos:

- Recibir, poseer, usar, transferir, alterar, evacuar o dispersar materiales nucleares o radiactivos sin autorización legal, si dicho acto causa o puede causar la muerte o lesiones graves a una persona o daños considerables a los bienes o al medio ambiente.
- Utilizar o dañar una instalación nuclear, provocando la emisión o entrañe el riesgo de provocar la emisión de material radioactivo, con el propósito de causar la muerte o lesiones graves a una persona o daños considerables a los bienes o al medio ambiente.
- Hurtar o robar materiales nucleares o radiactivos.
- Obtener de manera fraudulenta materiales nucleares.

4. Delitos cometidos con explosivos u otros artefactos mortales:

El artículo 2 N°4 señala que: constituirá delito terrorista *“colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier*

tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos”.

Además no incluye todos los verbos rectores a los que alude la Convención Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (1997), pues no sanciona la conducta consistente en “*entregar*” bombas o artefactos explosivos o incendiarios.

5. Delitos relativos a la toma de rehenes y delitos contra las personas internacionalmente protegidas:

El artículo 2 N°1 señala que constituirán delitos terroristas el “*secuestro y de sustracción de menores castigados en los artículos 141 y 142 (del Código Penal)*”, mientras que el mismo artículo en su N°3 señala que constituirá delito terrorista “*el atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos*”.

Lo señalado anteriormente cumple con las exigencias de tipificación de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (1979) y de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas (1973), sin embargo respecto de este último instrumento internacional, no se incorpora expresamente la siguiente conducta:

- Atentar contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad.

6. Delitos relativos al financiamiento del terrorismo:

El artículo 8° sanciona al “*... al que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2°, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal*”.

Esta norma se incorporó el año 2003, después de que Chile ratificara la Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999). Es importante destacar que la redacción nuestra comprende un verbo rector adicional a los exigidos por dicha Convención, pues además de sancionar al que “*recaude o provea fondos...*”, sanciona también a quien los “*solicite*”, lo que permite sancionar a un mayor número de personas, pues podría suceder que quien solicita los fondos no sea necesariamente la misma persona que los recauda.

La importancia de haber sancionado expresamente esta conducta en los términos antes señalados, permite que se pueda perseguir y sancionar a los financistas de un acto terrorista, más allá de las normas generales sobre autoría y participación. Efectivamente, si no existiera este delito, de todas formas se podría sancionar al sujeto que financia un delito terrorista bajo dos supuestos: como forma de participación (a lo menos complicidad) o porque el sujeto forma parte de una asociación ilícita terrorista. Sin embargo, en el primer caso deberíamos acreditar la destinación de los fondos a un delito terrorista concreto y, en el segundo caso, deberíamos acreditar cada uno de los elementos del tipo penal de asociación ilícita (pluralidad, jerarquía, distribución de funciones, permanencia en el tiempo, plan criminal). Tal como está la norma, se puede perseguir y sancionar a quien solicite, recaude o provea los fondos, aunque no se sepa a qué delito terrorista concreto se destinarán y aunque este hecho nunca se llegue a ejecutar.

El artículo 8° no define lo que debe entenderse por “fondos”⁸, por lo que resultaría conveniente, tal como se legisló respecto al delito de lavado de dinero en el artículo 27 de la Ley N°19.913 -que define lo que deberá entenderse por “bienes” en virtud de dicha ley⁹-, que se incorpore un inciso que señale lo que deberá entenderse por fondos, según lo prescrito en el artículo 1° de la Convención:

Por fondos se entenderá los bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieren obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva, créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito.

El artículo 4° de la Convención en la letra b) señala que los Estados sancionarán este delito con penas adecuadas en la que se tenga en cuenta su carácter grave. La pena asignada por nuestra legislación es de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, pena que por su baja entidad en su grado más bajo, no permite la utilización de importantes técnicas de investigación que exigen para su autorización que el delito tenga asignada una pena de crimen¹⁰. Finalmente, en el caso de dictarse una sentencia condenato-

8 Aunque de la historia de la Ley 19.906 se colige que la interpretación que debe darse al concepto “fondos” debe ser amplia.

9 Artículo 27 inciso 3° de la Ley 19.913: “Para los efectos de este artículo, se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre los mismos”.

10 Como la interceptación de comunicaciones telefónicas, la grabación de comunicaciones entre personas presentes o la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes (artículos 222 y siguientes del CPP).

ria, el condenado podrá cumplir la pena en libertad. Según lo anteriormente expuesto, lo recomendable sería optar por alguno de los siguientes caminos:

Aumentar la pena asignada al delito.

O bien, incorporar las herramientas investigativas necesarias para asegurar el éxito de las investigaciones por financiamiento del terrorismo.

Por su parte, el artículo 5° de la Convención señala que los Estados partes deben establecer la responsabilidad (penal, civil o administrativa) de las personas jurídicas respecto de la financiación del terrorismo. Nuestro país cumplió recientemente con este mandato, en virtud de la dictación de la Ley N°20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y delitos de cohecho que indica¹¹.

Finalmente, es importante destacar que el Convenio en su artículo 8° señala la necesidad de que los Estados establezcan mecanismos para la identificación, detección, aseguramiento, incautación y decomiso de bienes destinados a la financiación del terrorismo. Nuestra ley de conductas terroristas nada dice sobre esta materia en particular, por lo que deben ser aplicadas las normas del estatuto general y aquellas comprendidas en leyes especiales relacionadas, como la Ley N°19.913, sobre lavado de dinero¹².

A las exigencias señaladas en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo debemos agregar aquellas establecidas por el Grupo de Acción Financiera (GAFI), plasmadas en las denominadas 9 Recomendaciones Especiales contra el Financiamiento del Terrorismo, que se suman a las 40 recomendaciones que dicho organismo estableció previamente para la prevención, persecución y sanción del lavado de dinero. En resumen, estas nueve recomendaciones especiales se refieren a las siguientes materias:

- RE I: Ratificación y ejecución de los Instrumentos de las Naciones Unidas (Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la materia, en particular, la Resolución 1373). Nuestro país ha ratificado tanto la Convención como la mayoría de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU.
- RE II: Tipificación del Financiamiento del Terrorismo y el lavado de dinero asociado. Nuestra legislación no sólo tipifica este delito, sino que además lo reconoce como delito base de lavado de activos.

11 Publicada el 2 de diciembre de 2009.

12 En virtud de lo dispuesto por el artículo 27 de dicho cuerpo legal, entre los delitos precedentes de lavado de dinero se encuentran aquellos previstos y sancionados en la Ley N°18.314 sobre conductas terroristas, entre ellos, obviamente, el de financiamiento del terrorismo.

- RE III: Congelamiento y decomiso de activos terroristas, de acuerdo a las resoluciones de las Naciones Unidas.
- RE IV: Reporte de transacciones sospechosas relacionadas al terrorismo.

En relación a estas últimas dos recomendaciones especiales, podemos señalar que nuestro país no ha establecido medidas especiales que aseguren una oportuno y eficaz congelamiento y posterior decomiso de bienes destinados a actividades u organizaciones terroristas, del mismo modo que no ha previsto en forma expresa la obligación de los sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas relacionadas al terrorismo a la Unidad de Análisis Financiero. Sin embargo, se encuentra en 2° trámite constitucional el proyecto de ley que modifica varias normas de la Ley N°19.913 sobre lavado de dinero, que se hace cargo de estas falencias (Boletín 4426-07)¹³.

13 Artículo 38.- *“Las personas naturales y jurídicas señaladas en el artículo 3° de esta ley, estarán obligadas a informar a la Unidad de Análisis Financiero todos los actos, transacciones u operaciones realizadas o que se intenten realizar, por alguna de las personas naturales o jurídicas individualizadas en las listas confeccionadas por el Comité establecido en las Resoluciones números 1267, de 1999, 1333, de 2000, y 1390, de 2002 del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas y sus subsecuentes resoluciones o cualquiera otra que las adicione o reemplace.*

Igualmente, estarán obligadas a informar de todos los actos, transacciones u operaciones realizadas o que se intenten realizar, por alguna persona natural o jurídica que efectúe alguna de las actividades descritas en el párrafo 1, letra c) de la Resolución 1373, del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.

La Unidad de Análisis Financiero una vez recibidos los antecedentes y según las circunstancias en que el acto, transacción u operación hubiera sido realizada podrá ordenar, por resolución fundada, a quien haya realizado el reporte o a cualquiera otra de las personas naturales o jurídicas señaladas en el artículo 3° de esta ley, la adopción de medidas que permitan evitar el uso, aprovechamiento, beneficio o destino de cualquier clase de bienes, valores o dinero materia del acto, transacción u operación, sin previo aviso al afectado y por un período determinado, que, en todo caso, no podrá exceder de 30 días.

Entre las medidas que se podrán ordenar, se entenderán incluidas, la prohibición de transferencia, conversión, disposición o movimiento de fondos u otros bienes durante el plazo de vigencia de la medida.

La Unidad de Análisis Financiero deberá solicitar la ratificación de la o las medidas adoptadas, de acuerdo a lo descrito en los incisos anteriores, ante un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, que el Presidente de dicha Corte designará por sorteo en el acto de hacerse el requerimiento. La Unidad de Análisis Financiero dispondrá de un plazo de 24 horas para hacer llegar el requerimiento a dicho tribunal, siempre y cuando el día siguiente sea hábil; de no ser así tendrá plazo hasta el día hábil siguiente, contado desde la fecha en que decretó la o las medidas descritas en los incisos anteriores. Para la tramitación de la solicitud de ratificación, se estará a lo dispuesto en el artículo 2° letra b) de esta ley.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, la Unidad de Análisis Financiero estará también obligada, en los términos expresados en el inciso anterior, a informar al Ministerio Público del hecho de haberse decretado alguna de las medidas descritas en los incisos tercero y cuarto de este artículo, acompañando todos los antecedentes que hicieron procedente la medida y una copia de la solicitud efectuada a la Corte de Apelaciones de Santiago.

En las incidencias que se presenten, en especial la relativa al reclamo que pudiera formular el afectado por errores manifiestos en la adopción de estas medidas, se estará a lo dispuesto en los artículos 22 y siguientes de esta ley.

- RE V: Cooperación Internacional. Nuestra legislación no ha establecido mecanismos especiales de ayuda legal mutua e intercambio de información sobre el financiamiento del terrorismo con otros Estados.
- RE VI: Sistemas alternativos de envíos de fondos. No existe en Chile una autoridad que supervise a las personas naturales o jurídicas, distintas a los bancos e instituciones financieras, que se dedican a este tipo de envíos. Sólo existe la supervisión de la Unidad de Análisis Financiero, que debe velar porque tales entidades establezcan sistemas de prevención del lavado de dinero y de financiamiento del terrorismo, reportando operaciones sospechosas, para lo cual ha dictado una serie de circulares que señalan cómo deben registrarse estas personas en dicho organismos para dar cumplimiento a sus obligaciones.
- RE VII: Transferencias electrónicas. En nuestro país están reguladas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.
- RE VIII: Organizaciones sin fines de lucro. En Chile no existen mecanismos especiales que impidan que estas organizaciones sean utilizadas para financiar el terrorismo.
- RE IX: Correos de efectivos (cash courriers). La autoridad a cargo de efectuar el control de transporte transfronterizo de efectivo o de instrumentos al portador –Servicio Nacional de Aduanas– no cuenta con facultades de incautación de lo no declarado. Sin embargo, este vacío pretende ser sub-

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22, el procedimiento de reclamo de una de las medidas decretadas por la Unidad, estará sujeto a las siguientes normas especiales:

- 1. La notificación de la medida decretada se efectuará por carta certificada, al domicilio que el afectado tenga registrado en la entidad que haya realizado la operación.*
- 2. El afectado por una de las medidas contenidas en este artículo, una vez que ésta sea ratificada, tendrá el plazo de tres días para interponer sus descargos ante la Unidad.*
- 3. Recibidos los descargos, o transcurrido el plazo para presentarlos, el Director, salvo que se abra un término probatorio especial a petición del afectado, deberá resolver sin más trámite el continuar aplicando la o las medidas adoptadas.*
- 4. El término probatorio mencionado en el número anterior no podrá exceder de cinco días.*
- 5. De la resolución que ratifique la adopción de las medidas descritas en este artículo, se podrá apelar de acuerdo a los términos y plazos descritos en el artículo 24.*

Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, la Unidad de Análisis Financiero periódicamente pondrá a disposición de todas las personas indicadas en el artículo 3° de esta ley, los listados confeccionados por el Comité establecido por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, en virtud de lo dispuesto en las resoluciones 1267, de 1999; 1333, de 2000, y 1390, de 2002. Asimismo, la Unidad de Análisis Financiero deberá informar al Ministerio de Relaciones Exteriores de todas aquellas personas naturales o jurídicas que figuran en dichos listados y respecto de las cuales no se hubiera encontrado antecedentes concretos, para efectos que éste lo informe a la Organización de las Naciones Unidas, a fin de que ésta considere su exclusión de las listas”.

sanado en el proyecto de ley que modifica la Ley N°19.913 sobre lavado de dinero, antes aludido (Boletín 4426-07)¹⁴.

7. Tipos penales especiales. Adelantamiento de la barrera penal:

La totalidad de los instrumentos internacionales referidos al terrorismo establecen una obligación subyacente para los Estados, cual es, la de abstenerse de tolerar las actividades terroristas. No debe bastar con reaccionar frente a delitos ya cometidos, sino que deben incorporarse herramientas jurídicas que permitan que el sistema penal pueda intervenir antes de que los hechos violentos se ejecuten.

Lo anterior implica que los Estados, junto con establecer medidas represivas, se preocupen de dictar medidas que tengan un efecto preventivo, destinadas a frustrar o prohibir los preparativos de un acto terrorista. Es decir, herramientas que permitan al Estado intervenir antes de que el delito tenga mortales e irreversibles consecuencias.

En tal sentido, la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, exhorta a los Estados a que: *“...velen por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, y porque, además de cualesquiera otras medidas de represión que se adopten contra esas personas, dichos actos queden tipificados como delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos, y porque el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos”*¹⁵.

14 Artículo 39.- *“Los funcionarios del Servicio Nacional de Aduanas que en el ejercicio de sus funciones detecten una contravención a lo dispuesto en el artículo 4° de esta ley, aplicarán a la persona que porte moneda en efectivo o instrumentos negociables al portador y que no los hubiere declarado, una multa a beneficio fiscal de un 30% de la moneda en efectivo o del valor de dichas monedas o instrumentos no declarados, la que, en todo caso, no podrá ser superior a las tres mil unidades de fomento, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 20 N°2 de esta ley. Para efectos de lo señalado en el inciso anterior, el Servicio Nacional de Aduanas podrá retener el 30% de la moneda en efectivo o el 100% de los instrumentos negociables al portador no declarados. En caso de oposición a la retención, los funcionarios del Servicio podrán requerir directamente el auxilio de la fuerza pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 y en el Título VI de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas. La retención establecida en este artículo, deberá ser notificada a la persona en el mismo acto, haciendo mención expresa y por escrito de los hechos que la constituyen, de las normas infringidas, la identificación de la persona a la que se ha efectuado la retención, la sanción que podría ser impuesta y los demás hechos fundantes que dieron lugar a la retención. Para todos estos efectos los funcionarios del Servicio Nacional de Aduanas tendrán la calidad de ministros de fe. La imposición de la multa definitiva o la reclamación de la misma, se sujetará al procedimiento establecido en el Título II del Libro Tercero de la Ordenanza de Aduanas, salvo lo que dispone el inciso cuarto del artículo 185 del mencionado cuerpo legal”.*

15 N°2 letra e) de la resolución 1373.

Nuestra legislación ya contempla alguna de estas medidas preventivas, respecto a las siguientes materias:

- Sanción especial a la tentativa de delitos terroristas (artículo 7 inciso 1° Ley 18.314).
- Amenaza terrorista (artículo 7 inciso 2° Ley 18.314).
- Conspiración (artículo 7 inciso 1° Ley 18.314).
- Financiamiento del terrorismo (artículo 8° Ley 18.314, desarrollado en el número anterior).
- Asociación Ilícita Terrorista (artículo 2 N°5 en relación al artículo 1 de la Ley 18.314).

Sin embargo, no contempla otras que en derecho comparado han resultado ser de mucha utilidad. En España se han incorporado varias figuras delictivas que adelantan la respuesta del sistema penal y que han tenido efectos positivos en el combate al terrorismo. Así se ha planteado, por ejemplo, por la propia Fiscalía General de dicho país, que en su Memoria del año 2009 señala: *“Resulta obvio que la lucha contra el terrorismo desde la perspectiva judicial tiene como objetivo prioritario la prevención de atentados criminales, de modo que esa política penal de prevención dirigida singularmente a evitar graves actos terroristas responde a una estrategia que necesariamente debe desarrollarse –con las exigencias y límites que el Estado de Derecho impone– a través de varias líneas fundamentales de actuación”,* entre ellas *“...el adelantamiento de la respuesta penal para asegurar una actuación anticipada o temprana contra las células terroristas, la cual descansa esencialmente en dos instrumentos penales que han adquirido una extraordinaria importancia en los últimos años en las investigaciones contra las actividades terroristas: el delito de integración en organización terrorista (una variante agravada de la asociación criminal) y el delito de colaboración con organización terrorista”*¹⁶.

Los actos preparatorios, reconocidos en otras legislaciones y que no se encuentran especialmente penados en Chile son:

- **Colaboración con actividades terroristas o con organizaciones, bandas o grupos terroristas.** Si bien ya se encuentra especialmente penada la conducta de solicitar, recaudar y proveer fondos con fines terroristas, no tenemos una figura equivalente para otro tipo de apoyo material (refugio, armas, explosivos, medios de transporte o comunicación, entre otros). Es decir, con la ley vigente, sólo podríamos sancionar penalmente a aquel sujeto que provea o facilite medios materiales para la perpetración de actos terroristas, sólo por la vía de la aplicación de las normas generales de autoría y participación o de asociación ilícita terrorista, con las mismas limitaciones que ya mencionamos a propósito del financiamiento del terrorismo (es decir,

16 Página 226 de la Memoria de la Fiscalía General de España, 2009.

vinculando la conducta a un delito terrorista concreto o acreditando cada uno de los elementos del tipo penal de asociación ilícita).

Como ejemplos de tipificación especial de estas conductas podemos citar las siguientes:

- a) Artículo 2339 A del título 18 del Código de Estados Unidos: “a) *Delito*: será reprimido con multa conforme a este título o con prisión de hasta 10 años, o ambas, todo aquel que, dentro del territorio de los Estados Unidos de América, proporcione apoyo material o recursos o que encubra o disimule la naturaleza, ubicación, origen o propiedad del apoyo material o los recursos, con la intención de utilizarlos, o a sabiendas de que se utilizarán en la preparación o comisión de...(enumeración de delitos terroristas). b) *Definiciones*: en la presente sección, la expresión “apoyo material o recursos” significa instrumentos monetarios o valores financieros, servicios financieros, alojamiento, capacitación, facilidades, armas, sustancias letales, explosivos, personal, transporte y otros bienes físicos, excepto medicinas o material religioso”.
- b) Artículo 576 del Código Penal de España: “1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista. 2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1, en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos”.
- **Reclutamiento y adiestramiento con fines terroristas.** Nuestra legislación de conductas terroristas no considera esta conducta específica como delito. Existen dos tipos penales contenidos en leyes especiales que describen conductas similares a las de reclutamiento y adiestramiento, pero sin reconocerles el carácter de delito terrorista:
 - a) Ley N°12.927 sobre Seguridad del Estado, artículo 4 letra d)¹⁷, sin embargo los delitos de esta ley especial no pueden ser investigados de oficio por el

17 Artículo 4: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título II del Libro II del Código Penal y en otras leyes, cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquier forma o por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente:

Ministerio Público, pues requieren siempre de denuncia o querrela previa (ya sea del Ministerio del interior, o de la autoridad o persona afectada).

- b) Ley N°17.798 sobre Control de Armas, artículo 8¹⁸, delito que no puede ser investigado por el Ministerio Público, pues es de competencia de la Justicia Militar¹⁹.

La Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, exige a los Estados que repriman el reclutamiento de miembros de grupos terroristas, en el párrafo 2 letra a): *“Decide también que todos los Estados se abstengan de proporcionar todo tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo, inclusive reprimiendo el reclutamiento de miembros de grupos terroristas y eliminando el abastecimiento de armas a los terroristas...”*

Por su parte, en derecho comparado tenemos el ejemplo del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (2005), que tipifica el reclutamiento como delito en los siguientes términos: *“Solicitar a otra persona que cometa un delito de terrorismo o participe en su comisión, o se sume a una asocia-*

d) Los que inciten, induzcan, financien o ayuden a la organización de milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes y a los que formen parte de ellas, con el fin de sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su desempeño, o con el objeto de alzarse contra los poderes del Estado o atentar contra las autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 6°”.

- 18 Artículo 8: *“Los que organizaren, pertenecieren, financiaren, dotaren, instruyeren, incitaran o indujeran a la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, armadas con algunos de los elementos indicados en el artículo 3°, serán sancionados con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.*

Incurrirán en la misma pena, disminuida en un grado, los que a sabiendas ayudaren a la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, armados con algunos de los elementos indicados en el artículo 3°.

Los que cometieren alguno de los actos a que se refiere el inciso primero con algunos de los elementos indicados en el artículo 2°, y no mencionados en el artículo 3°, serán sancionados con la pena de presidio o relegación menores en su grado máximo a presidio o relegación mayores en su grado mínimo, cuando amenacen la seguridad de las personas. Si los delitos establecidos en los incisos anteriores fueren cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad Pública, en servicio activo o en retiro, la pena será aumentada en un grado.

En los casos en que se descubra un almacenamiento de armas, se presumirá que forman parte de las organizaciones a que se refieren los dos primeros incisos de este artículo, los moradores de los sitios en que estén situados los almacenamientos y los que hayan tomado en arrendamiento o facilitado dichos sitios. En estos casos se presumirá que hay concierto entre todos los culpables.

En tiempo de guerra externa, las penas establecidas en los incisos primero y tercero de este artículo serán, respectivamente, presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo y presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo”.

- 19 Se encuentra en actual tramitación el proyecto de ley que modifica la justicia militar, en el sentido de que ningún civil o menor de edad estará sujeto a la competencia de los tribunales militares (Boletín 7203-02). El 16 de noviembre el Tribunal Constitucional dictó la sentencia que declara que dicho proyecto es constitucional. Dándose cumplimiento al control de constitucionalidad establecido en el artículo 93, N°1, de la Constitución Política de la República, corresponde que el Presidente de la República lo promulgue.

ción o grupo con el fin de contribuir a la comisión de uno o más delitos de terrorismo perpetrados por dicha asociación o grupo”.

El artículo 270 quáter del Código Penal Italiano, bajo el título de Asociaciones con fines de terrorismo y subversión del orden democrático, sanciona esta conducta de la siguiente forma: *“Reclutamiento con fines terroristas: quienquiera que reclute una o más personas con el fin de perpetrar actos terroristas será castigado con 7 a 15 años de prisión”.*

IV. Otros desafíos pendientes

El presente artículo pretendió abordar las deficiencias de tipificación de la legislación vigente en materia de terrorismo, en el contexto de los instrumentos internacionales que en la materia ha suscrito nuestro país. Sin embargo, existen otros temas que aún deben ser abordados, para asegurar que este fenómeno criminal complejo y muchas veces transnacional pueda ser enfrentado de manera efectiva y contundente por los órganos de investigación, persecución y sanción del delito.

Efectivamente, aún está la deuda de actualizar nuestra legislación en los aspectos procesales, incorporando el uso de técnicas especiales de investigación como son la interceptación de comunicaciones sin límites mínimos de pena, el uso de agentes encubiertos, de entregas controladas, entre otras²⁰; incorporación de medidas que aseguren el éxito de la investigación y mecanismos que aseguren una expedita y oportuna cooperación internacional.

²⁰ Las que ya se encuentran consagradas en la Ley N°20.000 sobre tráfico ilícito de drogas y en la Ley N°19.913 sobre lavado de dinero.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE Y VIOLENCIA
INTRAFAMILIAR

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y EL DELITO DE DESACATO

Rodrigo Fernández Moraga¹

Resumen

Comentario al fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 117-2010, de fecha 8 de junio del 2010, que rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública, en contra de la sentencia de fecha 20 de marzo de 2010, en la que se condenó al acusado como autor del delito de desacato por infracción a la medida cautelar prevista en literal b del artículo 9 Ley N°20.066.

I. Antecedentes

Con fecha 17 de mayo del 2009 en causa RUC: 0900056025-9, seguida en contra del acusado D.A.G por el delito de amenazas cometido entre sujetos regulados por el artículo 5 de la Ley N°20.066, en adelante LVIF, se quebrantó la medida cautelar establecida en la letra b) del artículo 9 de dicho texto legal. Esta medida fue notificada personalmente, en su oportunidad, al imputado y se encontraba vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos.

Ante el incumplimiento de la medida cautelar decretada se dio inicio a la investigación por delito de desacato, causa RUC: 0900459041-1 en la que se condenó al acusado a la pena de 100 días de reclusión menor en su grado mínimo, como autor de este delito².

En contra de esta sentencia, la Defensoría Penal Pública recurre de nulidad, al estimar que ha habido una “*errónea aplicación de la norma del inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, que tipifica el delito de desacato*” y que ello ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

La defensa del condenado, señala entre otros argumentos, que en el caso falta el elemento culpabilidad del delito, toda vez que su representado se encontraba afectado, a su juicio, por un “*error de prohibición*”³. El Tribunal desestimó este argumento en atención a que la medida cautelar fue notificada en forma per-

1 Abogado de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Sentencia TPO de Antofagasta de 20 de marzo de 2010.

3 “Aquel que recae sobre la antijuricidad de la conducta de manera tal que el sujeto ejecuta el hecho asistido por la convicción de estar obrando lícitamente” (según doctrina citada en el fallo).

sonal en la audiencia de formalización, efectuada el 8 de mayo del 2009. Por lo tanto, no podía haber desconocimiento de la medida decretada⁴.

Por otra parte, recurrente considera que el incumplimiento de una medida cautelar decretada por LVIF no es subsumible en el artículo 240 del CPC, por cuanto no constituye un quebrantamiento de lo ordenado cumplir por el órgano jurisdiccional. En consecuencia, se trataría de un incumplimiento atípico, y a mayor abundamiento, el delito de desacato tendría un carácter subsidiario debiéndose recurrir a otros mecanismos para hacer cumplir lo ordenado, o en términos del recurrente: *“no todo incumplimiento de una medida cautelar da lugar al delito de desacato, en la medida que dicho incumplimiento habilitaría en caso de transgresión a imponer medidas cautelares más gravosas, llegando incluso a la prisión preventiva.” sic.*

El Ministerio Público solicitó el rechazo de los argumentos de la defensa haciéndose cargo de las dos líneas de argumentación. En primer término, con respecto al supuesto error de prohibición que advertiría la defensa, la Fiscalía hace presente que de la forma en que quedaron establecidos los hechos, es evidente que el día 17 de mayo de 2009, en horas de la noche, el acusado, pese que sobre él pesaba la prohibición de acercarse a su cónyuge –la víctima–, concurrió a su domicilio y lugar de trabajo, manifestándole: *“que el magistrado le prohibió que se acercara a su esposa y a su domicilio, recordando que el día de los hechos había bebido unas copas, siendo detenido por carabineros como a las 03:00 horas, frente a la casa de su hija en XXX, cuando iba a conversar con su señora” (sic.)*

A través del propio relato del imputado, el Ministerio Público hace presente que el argumento de la defensa es infundado. En efecto, el tipo penal –desacato–, para su configuración, requiere una orden del órgano jurisdiccional; en este caso, decretada por el tribunal, en la causa de amenazas, medida que fuera notificada personalmente y que estaba vigente, y el incumplimiento de la misma, elementos que fueron probados y valorados en la sentencia definitiva que condenó al acusado, basta conocer la existencia de la prohibición y quebrantarla.

Con relación al argumento que no es posible que el incumplimiento de una medida cautelar, regida por la LVIF, se subsuma en el artículo 240 del CPC la Fiscalía señaló que este cuerpo normativo lo hace aplicable de manera expresa. En efecto, el artículo 18 de la Ley N°20.066, establece como sanción tanto para el incumplimiento de las *medidas Cautelares*, –como para *Medidas Accesorias*– y alguna de las *Condiciones de la suspensión condicional del procedimiento*– lo dispuesto en el artículo 10 del estatuto especial. En atención a la norma de reenvío en éste establecido, es aplicable el inciso segundo del artículo 240 del CPC.

4 Sentencia TPO de Antofagasta, ob. cit., considerando undécimo.

II. Comentario

Sobre la sentencia en análisis es oportuno abordar algunos puntos de interés. El origen de la problemática que se ha puesto en estudio en este recurso parte de la decisión de un Tribunal Oral en lo Penal por el cual el acusado es condenado como autor del delito de desacato, al infringir lo ordenado cumplir en razón de una medida cautelar, conforme al artículo 15 de la Ley N°20.066. Por lo tanto, el objeto de análisis de la decisión jurisprudencial se centrará en:

1. Normas legales que entran en juego en la materia; Tipo penal del desacato y sus elementos y Análisis de la concurrencia de “*error de prohibición*”.
2. Regulación que establecen las normas del tipo penal de desacato, para el caso de incumplimiento de una medida cautelar.

La Ley N°20.066 en los artículos 1°, 2° y 3°, establece que su propósito es prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, del mismo modo otorgar protección a las víctimas. Asimismo, mandata al Estado —y dentro de el, los encargados de la función jurisdiccional—, a adoptar medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia, debiendo adoptar políticas orientadas a prevenir ese tipo de violencia.

En esa lógica e independientemente de la función constitucional del Ministerio Público de dirigir la investigación penal y del deber proteccional para con las víctimas y testigos, es deber del Poder Judicial, a través de sus tribunales de justicia, dar cumplimiento al mandato legal. En ese orden de ideas, sus resoluciones deben verse amparadas de cierta seguridad jurídica⁵, en especial en orden que serán cumplidas. De lo contrario, vale decir, si no se cumplen, habrá consecuencias para el infractor claramente establecidas. En este sentido, el legislador, ha provisto de una importante herramienta a los tribunales para proteger el imperio de sus resoluciones, prevista en el artículo 240 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil. El delito de desacato cumple esa función.

Por otra parte, la Ley de Violencia Intrafamiliar tiene un carácter de estatuto especial. Siendo así, su regulación prevalece a la establecida en la legislación general (CPC y otros cuerpos normativos), y en tal sentido cobra especial relevancia las disposiciones de reenvío que la propia ley establece. Las normas en cuestión señalan que dará lugar al delito de desacato el incumplimiento de las medidas cautelares, medidas accesorias y condiciones de la suspensión condicional del procedimiento (artículo 9° de la ya citada ley, con la sola excepción del la letra d) de este artículo⁶).

5 Sobre la seguridad jurídica, ver artículo del profesor Artigo de José Calvo González. *Certeza jurídica e ignorancia del derecho* [en línea] [http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201143\(2\).doc](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201143(2).doc)

6 “d) La asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. Las instituciones que desarrollen dichos programas darán cuenta al respectivo tribunal del tratamiento que deba seguir el agresor, de su inicio y término”.

El artículo 18 de la LVIF señala que para el caso de incumplimiento de lo establecido en los artículos 15, 16 y 17 de este cuerpo normativo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 de la misma ley, que a su vez prescribe: *“En caso de incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias decretadas, con excepción de aquella prevista en la letra d) del artículo 9°, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil...”*.

III. Análisis del delito de desacato

Sin duda, el punto que es oportuno comentar, se refiere tipo penal del desacato, previsto en el artículo 240 del CPC. El inciso 2°, sanciona *con reclusión menor en su grado medio a máximo, al que quebrante lo ordenado cumplir*, en el marco de las resoluciones judiciales, confirmando lo ya señalado en orden a la importancia que tiene para el legislador, el respeto a las resoluciones judiciales. En este sentido es indispensable destacar que el bien jurídico protegido con este tipo penal es imperio de las resoluciones judiciales.

Característica de este tipo penal es que corresponde a aquellos delitos formales o de mera actividad, cuya comisión depende de la sola realización de una conducta, con prescindencia de cualquier resultado. En consecuencia, la sola verificación de la acción consuma el delito⁷.

La contravención a la obligación impuesta por el tribunal se perfecciona con el *“quebrantar lo ordenado cumplir”* en la medida da que se conozca la existencia de la prohibición.

IV. Análisis del “Error de prohibición”

En relación al argumento presentado por la defensa en el recurso, en cuanto a que el condenado habría incurrido en *error de prohibición*, cabe hacer presente que la *“conciencia de la ilicitud”* está dada por la *posibilidad en el caso concreto de comprender el injusto*⁸, no un conocimiento cabal o preciso. Basta con que se sepa que la conducta está prohibida, lo que no es sinónimo de conocer que la naturaleza de la sanción sea penal.

En el caso objeto de este comentario, el condenado no puede valerse de un *“desconocimiento del tipo penal”*, pues de modo especial el sujeto fue puesto en alerta de las consecuencias de su incumplimiento en la audiencia que se decretó la medida.

Al concluir el comentario de la sentencia que más adelante será reproducida, cabe destacar que además de un reciente fallo de la Excelentísima Corte

7 BULLEMORE y MACKINNON, *ob. cit.*, p. 14.

8 BULLEMORE y MACKINNON, *ob. cit.*, p. 92.

Suprema, existen otros fallos de Tribunales superiores que han resuelto y razonado en sentido similar a la presente sentencia⁹.

Sentencia

Antofagasta, ocho de junio de dos mil diez.

VISTOS:

En causa RUC 0900459041-1, RIT O-286-2009, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, caratulada "Ministerio Público de Antofagasta con D.A.G." por el delito de amenazas de atentados contra personas y propiedades, artículo 296 y 298 A del Código Penal, con fecha 3 de mayo pasado, se verificó la audiencia para conocer el recurso de nulidad deducido por don Roberto Vega Taucare, Defensor Penal Público de esta ciudad, en contra de la sentencia dictada con fecha 20 de marzo de 2010, que condenó a su representado a la pena de 100 días de reclusión menor en su grado mínimo, accesorias legales pertinentes, como autor del delito de desacato cometido el 17 de mayo de 2009. Se le impone además la medida accesoria contemplada en el artículo 9 letra b) de la Ley N°20.066, esto es, la prohibición del sentenciado de acercarse a la víctima doña S.S.S., a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente por el lapso de un

año, a contar de la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada. Se le concede el beneficio de la remisión condicional de la pena.

En estrados compareció el Defensor Penal Público don José Mario Fuentelba Riquelme, quien reiteró en forma general los planteamientos del recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues alega que se ha aplicado erróneamente la norma del artículo 240 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, lo que ha llevado a que su representado sea condenado por delito de desacato debiendo haber sido absuelto. Pide se anule la sentencia y se dicte sin nueva vista, pero separadamente otra de reemplazo, absolviendo a su representado.

El Abogado Asesor del Ministerio Público, don Hugo León Saavedra, pidió el rechazo del recurso de nulidad, porque el Tribunal no ha incurrido en la causal de nulidad esgrimida por la defensa.

Producido el debate respectivo, la causa quedó en acuerdo y lo expuesto por los intervinientes registrado en el sistema de audio.

9 Rol Corte 799-2006, de 23 de mayo del 2006, pronunciada por la 2ª Sala de la ICA de Santiago; el desacato es una tipificación penal que NO distingue entre resoluciones permanente y definitiva ni transitorias y temporales, en Rol N°1282-2006, de 12 de diciembre del 2006, pronunciada por la 2ª Sala de la ICA de Temuco; el tipo penal del inciso 2° del artículo 240 del CPC, no distingue en su aplicación las órdenes transitorias o temporales, en s. Rol Corte 492-2009, de 9 de noviembre de 2009, pronunciada por la ICA de Concepción; el desacato procede aun sobre las condiciones de una SCP en contexto VIF, en s. CS 26 de enero 2010, Rol N°8467-09.

Oídos y considerando:

PRIMERO: *Que la Defensa Penal Pública, invoca como causal del recurso de nulidad, la señalada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por estimar que en el pronunciamiento de la sentencia, se ha efectuado una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, consistente en:*

a) Al no existir el elemento de culpabilidad, atendido que afectaba al imputado un error de prohibición. En efecto, la sentencia en el considerando Undécimo, desestima las alegaciones de la defensa en orden a no dar por configurado el error de prohibición, que la doctrina entiende por tal, “aquel que recae sobre la antijuricidad de la conducta de manera tal que el sujeto ejecuta el hecho asistido por la convicción de estar obrando lícitamente”. Señala que resultó acreditado que el acusado estaba en conocimiento de la prohibición de acercarse a la ofendida y a su domicilio, a la sazón de calle XXX al que correspondía al de su hija B.A.S., y a cualquier lugar en que aquella se encontrare, medida que le fue notificada en forma personal en la audiencia de formalización, según acta de la audiencia referida celebrada el 8 de mayo de 2009, en causa RIT 3172-2009 del Juzgado de Garantía de esa ciudad, a la cual evidentemente compareció, unido a la certificación expedida por la Ministro de Fe de dicho Juzgado.

Arguye el recurrente que, si bien el encartado pretendió justificar su obrar en la circunstancia de haber sido su cónyuge quien lo habría requerido en el lugar para conversar, habiendo recibido tres llamadas, por lo que decidió concurrir,

no se rindió prueba alguna para sustentar tal alegación, por lo demás, no sólo la víctima sino sus hijas fueron certeras al expresar que su madre no mantenía contacto alguno con su padre.

A su vez, el condenado señaló en el juicio oral que luego de 46 años de casados, entendió que era su deber hacer algo para recuperar a su señora y luego de unos tragos concurrió al domicilio de ésta para pedirle que volviera con él.

Agrega el recurrente, que atendido que el acusado es una persona de 73 años de edad, que éste pensaba que era su deber luego de 46 años de matrimonio hacer algo para recuperarlo y, además, veía pasar a su señora todos los días, es que la defensa sin desconocer que el imputado se aproximó al domicilio, con conocimiento de pesar en su contra una medida cautelar de prohibición de aproximarse a su señora, aquel se encontraba afecto a un error de prohibición.

En resumen sostiene, todo lo expuesto sumado a la edad del ofendido, a la fuerza de la realidad y al interés de hacer algo para recuperar su matrimonio, el sentido de la prohibición no estaba del todo claro, por lo que habría un error de prohibición.

b) Al aplicar erróneamente la norma del artículo 240 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, que tipifica el delito de desacato. En efecto el Tribunal dio por acreditados todos los elementos típicos del referido ilícito al expresar en el considerando noveno “Que los hechos antes descritos son constitutivos del delito de desacato, previsto y sancionado en el artículo 240 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, en grado de consumado, toda vez que el hechor que-

brantó la medida cautelar decretada por el Juzgado de Garantía de Antofagasta en causa RIT 3172-2009, contemplada en el artículo 9 letra b) de la Ley N°20.066, que le imponía la prohibición de acercarse a su cónyuge S.S., a su domicilio, lugar de trabajo y en general a cualquier lugar en que la ofendida se encontrara, resolución que le fue notificada personalmente en la audiencia de formalización de cargos, y que se encontraba vigente a la fecha de los hechos, cuyo incumplimiento configura el delito en cuestión, por disposición expresa de los artículos 10 y 18 de la citada ley”.

El recurrente alega que no todo incumplimiento de una medida cautelar da lugar al delito de desacato, en la medida que dicho incumplimiento habilitaría en caso de transgresión a imponer medidas cautelares más gravosas, llegando incluso a la prisión preventiva. Recuerda que la norma especialísima del desacato, que establece una pena, debe interpretarse de manera restrictiva, porque si no, todo incumplimiento de una resolución judicial conllevaría necesariamente a constituir un delito.

Agrega que en este sentido también refuerza dicha interpretación la opinión que sobre el tema tiene el Consejo Nacional del Colegio de Abogados, el cual en su resolución de fecha 21 de enero pasado, sostiene que “la norma que tipifica y sanciona el quebrantamiento del delito de resolución judicial, en el inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, no tiene el carácter de una prohibición jurídico penal de incumplimiento de resoluciones judiciales de carácter general, sino que su ámbito de aplicación es específico, encontrándose restringido a situaciones

en las cuales se han ejercido previamente los medios coercitivos de ejecución de las resoluciones judiciales. La norma dispensa protección penal especialmente a las resoluciones indicadas en el inciso 1° del mismo artículo, esto es, aquellas que constituyen “medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado”. Por tanto, considera que al entender el sentenciador que se daban los supuesto típicos del desacato se aplicó erróneamente el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil”.

SEGUNDO: *Que por su parte, el representante del Ministerio Público solicitó el rechazo del recurso de nulidad. En primer término señala que en el considerando Octavo quedó claramente establecido que “el día 17 de mayo de 2009 en horas de la noche, en circunstancias que la víctima S.S.S. se encontraba pernoctando junto a sus nietas en el domicilio de su hija B.A.S. ubicado en XXX de esta ciudad, llegó su cónyuge el acusado D.A.G., pese que sobre él pesaba la prohibición de acercarse a la misma, a su domicilio y lugar de trabajo -dictada en causa RUC 0900056025-9, RIT N°3172-2009, emitido por el Juzgado de Garantía de Antofagasta, con fecha 8 de mayo de 2009, la que le fuera notificada personalmente- insultándola desde la vía pública, en el exterior de la ventana de la habitación que ocupaban, además de patear la puerta de acceso al inmueble, ante lo cual la cónyuge, procedió a llamar a Carabineros logrando huir del lugar, siendo detenido esa misma noche alrededor de las 03:00 horas en una segunda oportunidad en que la ofendida requirió la presencia policial por haberse nuevamente aproximado al inmueble a insultarla”.*

Señala que el error de prohibición que alega la defensa, cae al ser este delito de tendencia que requiere como requisito el conocimiento y al encausado le fue notificada la prohibición personalmente.

En segundo lugar, arguye que la Defensa plantea que fue la víctima la que llamó al imputado para que acudiera al domicilio de aquella (hecho no probado por la defensa), la que no quería nada con él.

Señala también para descartar el error de prohibición, que la supuesta llamada telefónica a que hizo referencia la defensa, no resulta lógico que alguien concurre a conversar al domicilio a las 03.00 de la madrugada. Pero la respuesta la da el mismo imputado, tal como quedó asentado en el considerando Cuarto, quien expuso: “que el magistrado le prohibió que se acercara a su esposa y a su domicilio, recordando que el día de los hechos había bebido unas copas, siendo detenido por carabineros como a las 03:00 horas, frente a la casa de su hija en XXX, cuando iba a conversar con su señora”. Por tal razón el Tribunal le reconoció la atenuante N°9 del artículo 11 del Código Penal.

Por lo tanto, sostiene que no ha habido error de derecho, el Tribunal está juzgando un hecho concreto. Agrega que parece contradictorio que la defensa alegue por una parte que desconocía que era una prohibición porque la víctima lo llamó y, por otra, colabora y le da un matiz distinto.

Agrega que el Ministerio Público solicitó las medidas cautelares previstas en el artículo 9 letras a) y b) de la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar.

Ejerciendo su derecho a réplica, explicitó que el artículo 18 de la referida Ley, establece las sanciones que señala que en caso de incumplimiento de las medidas a que se refieren los artículos 15, 16 y 17 se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 y este precepto señala las sanciones en caso de incumplimiento de las medidas cautelares con excepción de la prevista en la letra d) del artículo 9°, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público, los antecedentes para los efectos previstos en el inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, es decir, es el tribunal el que administra justicia.

Agrega que también la defensa señaló, que no todo incumplimiento de medida cautelar daba lugar al delito de desacato, en la medida que dicho incumplimiento habilitaría, en casos de transgresión, a imponer medidas cautelares más gravosas (prisión preventiva por ejemplo). Es la misma situación en este caso, si se incumple la medida cautelar por qué no le va a imponer la sanción del desacato, señala lo mismo para el caso en que se quebranta una pena, porque nada obsta a que se inicie un proceso distinto. Reitera que la medida cautelar tuvo su origen en el delito de amenazas en la causa RIT 3172-2009.

TERCERO: *Que en cuanto a la errónea aplicación del derecho, al no existir el elemento culpabilidad atendido a que afectaba al imputado un error de prohibición, en el considerando undécimo de la sentencia impugnada, luego de señalar lo que la doctrina ha entendido por tal, precisa que la medida cautelar contemplada en el artículo 9° letra b) de la Ley N°20.066, que le impone la prohibición de acercarse a su cónyuge S.S. a su domicilio, lugar de trabajo y en gene-*

ral cualquier lugar en que la ofendida se encontrare, tal medida le fue notificada en forma personal en la audiencia de formalización, según consta del acta de la audiencia referida, celebrada el 8 de mayo de 2009, en causa RIT 3172-2009 del Juzgado de Garantía de esta ciudad. Hecho este último que fue reconocido por el acusado y también se dejó suficientemente establecido que la víctima en caso alguno su pretensión era reanudar la convivencia con el acusado y éste admitió haber ido al domicilio de la ofendida siendo detenido en ese lugar. De tal suerte que no se divisa el error de derecho que alega la defensa del encausado.

CUARTO: Que respecto a la errónea aplicación de la norma del inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, que tipifica el delito de desacato, no es tal, toda vez que en el considerando noveno de la sentencia impugnada, se establece el referido delito, porque el hechor quebrantó la medida cautelar decretada por el Juzgado de Garantía de esta ciudad en causa RIT 3172-2009, contemplada en el artículo 9° letra b) de la Ley N°20.066, y de la cual estaba en conocimiento el acusado, hecho que reconoce tanto éste como su defensa.

En la especie, como lo sostuvo el Ministerio Público, en el caso de incumplimiento de las medidas a que se refieren los artículos 15, 16 y 17 de la Ley N°20.066, se aplica lo dispuesto en el artículo 10 de la misma ley, por lo que resulta procedente la remisión que hace este precepto al artículo 240 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, el cual contempla de manera excepcional una sanción para el incumplimiento

de una resolución judicial concurriendo todos los elementos del tipo penal de desacato. Si bien la medida cautelar está conectada con la causa principal en que el acusado fue absuelto, no altera el incumplimiento de la referida medida, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley citada.

QUINTO: Que, en consecuencia, fluye que la sentencia ha sido dictada conforme a derecho sin que se adviertan los vicios que invoca el recurrente que pueda servir de base para su anulación, por lo que el presente recurso de nulidad no puede prosperar.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 372 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad interpuesto por don Roberto Vega Taucare, Defensor Penal Público de esta ciudad, en contra de la sentencia de fecha veinte de marzo de dos mil diez, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, en causa RUC 0900459041-1, RIT O-286-2009.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol 117-2010

Redacción de la Ministro Titular Srta. Marta Carrasco Arellano.

Pronunciada por la Primera Sala, constituida por la Ministro doña Marta Carrasco Arellano, doña Virginia Soublotte Miranda y Fiscal Judicial doña Myriam Urbina Perán. Autoriza doña Claudia Campusano Reinike, Secretaria.

En Antofagasta a ocho de junio de dos mil diez, notifiqué por el Estado Diario la resolución que antecede.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N°1432-09-INA (5 DE AGOSTO DE 2010). ARTÍCULO 390 DEL CÓDIGO PENAL: CONVIVENCIA

María Cecilia Ramírez Guzmán¹

1. Antecedentes generales

Ante el Tribunal Constitucional se presentó, en causa RUC N°080077921-1, Rit 22-2009, seguido en el Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 364 y 372 a 387 del Código Procesal y –en un segundo capítulo– del artículo 390 del Código Penal.

Las disposiciones constitucionales que se estimaban infringidas, por el peticionario, corresponden al artículo 5 inciso 2°, artículos 19 N°3 incisos 3° y 5°, 19 N°26, en el caso de la regulación sobre el recurso de nulidad; y el artículo 19 N°3 inciso 8°, tratándose del delito de parricidio.

Con fecha 5 de agosto de 2010, Rol N°1432-09-INA, el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento.

El presente comentario se centrará en el segundo capítulo de inaplicabilidad², esto es, la conformidad de la expresión convivencia, incorporada en el artículo

1 Directora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Con respecto al primer capítulo de inaplicabilidad, se señala por el requirente que la regulación del recurso de nulidad no respetaría ni garantizaría a los intervinientes que sea un recurso accesible, puesto que no tiene un carácter ordinario y no permite la revisión integral de la materia sometida a consideración por el tribunal *ad quem*. De esta manera, se vulneraría el derecho a recurrir del fallo ante un tribunal superior consagrado por el artículo 8.2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en consecuencia, el artículo 5 inciso 2 de la Constitución. De acogerse la presentación, para los efectos del derecho a recurrir subsistiría el recurso de apelación establecido en el artículo 370 del CPP.

Las previsiones de causales precisas y determinadas, a juicio de los actores, transgrediría, además, el derecho a defensa y el debido proceso.

La Fiscalía sostuvo que este capítulo del requerimiento debía ser rechazado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el objeto de la acción de inconstitucionalidad. En efecto, de acuerdo a lo sostenido en por este tribunal en STC Roles N°495 de 30 de mayo de 2006; N°523 de 19 junio de 2007 y N°1036 de 7 de febrero de 2008, N°1360-09 INA, no cabe impetrar esta acción constitucional con un carácter genérico y abstracto. En este caso, tal carácter estaría dado por el cuestionamiento de diversos artículos del Código Procesal Penal que, en su conjunto, regulan todo el sistema del recurso de nulidad. Por otra parte, agregó la Fiscalía, de acogerse la presentación, se produciría el efecto de dar origen a un nuevo precepto legal por la vía judicial –en la especie el recurso de apelación– efecto descartado como objeto de la acción de inaplicabilidad por

390 del Código Penal por la Ley N°20.066, con el mandato constitucional de determinación legal.

1.1 Antecedentes de la Causa RUC N°080077921-1

La Fiscalía, según el auto de apertura de 26 de junio de 2009, acusó por los siguientes hechos que fueron calificados como delito de parricidio frustrado:

“El día 23 de enero del año 2008 a las 14:40 horas aproximadamente el acusado Leonardo del Tránsito Mazuela Montenegro concurrió hasta el domicilio ubicado en XXX, perteneciente a XXX, con quien mantiene dos hijos en común y convivió durante catorce años aproximadamente. Lo anterior efectos de retirar algunas especies debido a que hace aproximadamente diez días atrás habían dejado de vivir juntos. Instantes en los cuales se produce una discusión entre ambos, procediendo el acusado a agredir con golpes de pies y puño a XXX, dejándola en el suelo y una vez ocurrido esto tomar un cuchillo cocinero, de diez centímetros de hoja con empuñadura de madera, e inferirle a la víctima dos estocadas en la espalda. A consecuencia de lo anterior XXX resultó herida penetrante torácico, neumotórax izquierdo y policontusa, lesiones que de no mediar tratamiento oportuno y eficaz le hubieran ocasionado la muerte”.

Se le atribuyó al acusado participación en calidad de autor, solicitándose la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio, además, las sanciones accesorias del artículo 28 del Código Penal y de las letras a), b) y c) del artículo 9 de la Ley N°20.066.

La defensa del imputado solicitó al Tribunal Constitucional la suspensión del procedimiento penal, lo que le fue concedido.

2. Fundamento del Requerimiento de Inaplicabilidad para impugnar el artículo 390 del Código Penal

El requeriente sostuvo que el artículo 390 del Código Penal, tras haber incorporado como sujeto pasivo al conviviente, contravenía lo dispuesto en el artículo 19 N°3 inciso 8, el que señala:

“Ninguna ley puede establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

A juicio de la defensa del acusado, el delito de parricidio en aquella parte que contiene la expresión conviviente, constituiría una ley penal en blanco y un

este máximo tribunal (STC N°1484-2009, considerando octavo), puesto que esa es una opción de política legislativa (STC Rol N°985-2009, considerando vigésimo sexto). Sobre lo resuelto por el Tribunal Constitucional, Vid. considerandos décimo a vigésimo cuarto STC Rol N°1432-09-INA.

precepto abierto, puesto que dejaría entregada su determinación a los jueces de fondo.

3. Sentencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional para resolver comienza señalando que la garantía constitucional en jaque es el denominado principio de legalidad penal, el que se compone de un aspecto formal y otro material. Con relación al primero de ellos, se señala que sólo la ley puede establecer delito, mientras que el segundo, requiere que la conducta prohibida y sancionada esté expresamente descrita en ella³.

Esta última expresión del principio, agrega el tribunal, es la que debe ser analizada, para determinar si el artículo 390 del Código Penal se ajusta a la carta fundamental.

De acuerdo a lo que ha sido la doctrina del mismo, la legalidad material, concretada en la tipicidad penal, exige “que la conducta se encuentre pormenorizada, que la descripción de núcleo esencial de la conducta punible junto a la sanción prevista se encuentre establecida. Distinto es que el juez pueda tener respecto de algunos de sus elementos un margen de interpretación razonable”⁴ (el subrayado es nuestro).

En el caso del artículo 390 del Código Penal, el Tribunal Constitucional considera que tiene ese núcleo esencial, puesto que cuenta con un verbo rector, un nivel de conocimiento de las relaciones que vinculan al sujeto activo y pasivo, y un elemento normativo integrado en el tipo penal, representado por el término conviviente⁵.

En atención a esta naturaleza, le corresponderá, a juicio del máximo Tribunal, al juez de fondo precisar, en el caso concreto, su alcance específico⁶. Para este ejercicio la presencia de “elementos lingüísticos, una precedente interpretación doctrinaria y judicial entrega suficiente contenido al concepto para ser aplicado por el juez...”⁷.

Otros elementos adicionales que analiza el Tribunal Constitucional, para afirmar la constitucionalidad del artículo 390 del Código Penal, corresponden a la génesis de la Ley N°20.066, y a los antecedentes históricos del reconocimiento de la convivencia en la legislación y jurisprudencia nacional⁸.

3 Vid. STC Rol N°1432-09-INA, considerando vigésimo sexto.

4 Vid. STC, ob. cit., considerando trigésimo.

5 Vid. STC, ob. cit., considerando trigésimo segundo.

6 Vid. STC, ob. cit., considerando trigésimo cuarto.

7 Vid. STC, ob. cit., considerando trigésimo noveno.

8 Vid. STC, ob. cit., considerando trigésimo séptimo.

4. Consideraciones sobre el requerimiento y sentencia del Tribunal Constitucional

En cuanto a los fundamentos del requerimiento, es descartable que el artículo 390 del Código Penal, constituya una ley penal en blanco⁹. En efecto, esta disposición no comparte dicha naturaleza, puesto que no se consagra técnica de reenvío alguna a un cuerpo normativo de igual o inferior jerarquía.

Al afirmar el Tribunal Constitucional que la indeterminación relativa del concepto conviviente, debe precisarse por el juez de fondo, a través del proceso de interpretación de la ley, fija el problema en los límites de la interpretación judicial.

Varios tipos penales no limitan su descripción típica a una denominación objetiva de un mal comprobable empíricamente. Por el contrario, se suelen emplear términos cuyo sentido sólo es aprehensible por medio de valoraciones culturales o jurídicas (buenas costumbres, funcionario público, cosa ajena). Aquellos son los llamados elementos normativos del tipo.

En estricto rigor, todos los elementos del tipo penal, no sólo los normativos, requieren en menor o mayor grado una valoración del intérprete¹⁰, puesto que el lenguaje común no puede abarcar la realidad íntegramente, por lo tanto, siempre tiene que apreciarse, valorarse “qué conjunto de referidos abarca efectivamente los referentes empleados”¹¹. Así por ejemplo, para determinar si la casa de veraneo desocupada en la temporada invernal es o no lugar habitado, o si la desconexión de un paciente terminal del ventilador mecánico o la suspensión de un tratamiento terapéutico constituye matar a otro. Hay una serie de elementos no precisados en la última descripción típica, como el tiempo que debe transcurrir entre la estocada mortal y el deceso de la persona; por ejemplo, si la víctima ha quedado en coma durante 10 años y transcurrido este lapso fallece, ¿se puede considerar esa muerte dentro del concepto de homicidio?

Para responder a estas interrogantes debe hacerse un ajuste intelectual, y de ello no deviene que los tipos penales sean indeterminados, a tal punto, que resulten incompatibles con el mandato constitucional de *lex certa*.

Tratándose de elementos normativos del tipo penal este ajuste intelectual es más evidente, puesto que el intérprete debe indagar de manera ineludible en el contenido valorativo de los términos usados por el legislador.

El proceso de valoración implícito en todo el tipo penal, y esencial en elementos normativos típicos, se ajusta al mandato del art. 19 N°3 inciso 8 de la Cons-

9 En todo acaso la constitucionalidad de las leyes penales en blanco, cumpliéndose algunos requisitos, ha sido sostenida por el TC en diversas oportunidades. Entre otras, STC Rol N°24 de 4 de diciembre de 1984.

10 Roxin: Starfrecht. Allgemeiner Teil. 2. Auflage. Verlag CH Beck, 1994, p. 101.

11 Politoff/Matus/Ramírez: Lecciones de Derecho Penal Chileno. 2da. edición. Editorial Jurídica, 2004, p. 185.

titución Política, puesto que el principio subyacente contiene una exigencia de precisión relativa de la ley penal, no absoluta. Exigir la determinación exacta es imposible, porque la propia limitación del lenguaje no lo permite.

Eser lo ha expresado de la siguiente manera: “el principio de determinación no puede entenderse como una exclusión total de ambigüedad, ni como exclusión total de valoraciones”¹². En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que no es necesario que la conducta esté descrita de manera perfecta, acabada, de tal manera que se baste a sí misma¹³.

Ahora bien, la función de determinar el sentido y alcance preciso de la norma legal corresponde al juez del fondo, no al Tribunal Constitucional¹⁴.

Siendo así, cuáles son los márgenes de interpretación que dispone el juez, en orden a que la operación intelectual no transgreda el principio de determinación legal. El Tribunal Constitucional se refiere a ello en el considerando trigésimo de la sentencia al señalar que: “...el juez pueda tener respecto de algunos de sus elementos un margen de interpretación razonable”. Por lo tanto, establece un criterio de razonabilidad, que fundamenta en función del elemento gramatical, histórico, la comprensión cultural del término y la tradición histórica del mismo en la jurisprudencia y legislación nacional.

Roxin, refiriéndose a los límites del juez en este proceso, señala como tales al significado de la palabra, el propósito del legislador plasmado en la historia de la tramitación legal, la sistemática de la ley y el fin de la norma¹⁵. Si la interpretación se encuentra dentro de estos márgenes se ajusta al principio de determinación legal. Precisamente, la mayor parte de estos elementos fueron considerados por la sentencia del Tribunal Constitucional para concluir que la disposición es consistente con el mandato constitucional¹⁶.

12 ESER, Albin. Derecho Penal. Trad. Bacigalupo Sagesse y Cancio Meliá. Madrid: Colex. 1995, 2/17; p. 55.

13 STC Rol N°24, de 4 de diciembre de 1984, Rol N°549 de 30 de marzo de 2007.

14 STC Rol N°824 de 14 de agosto de 2007, considerando duodécimo, STC Rol N°549, considerando noveno.

15 Roxin, ob cit., p. 101.

16 Como punto de partida, se encuentra el sentido natural y obvio de la palabra, además, la comprensión socio-cultural de la misma y la determinación de sus elementos que ha sido hecho de manera consistente, por parte de los tribunales superiores de justicia desde la perspectiva del bien jurídico protegido. Éstos han sostenido que la determinación de la convivencia es una cuestión de hecho, en la que se debe ponderar ciertos elementos tales como vida en común, que se estima concurrente si hay hijos en común, unión afectiva, proyecto de vida en conjunto, relación permanente y estable en el tiempo, sociabilidad del vínculo.

De esta manera la jurisprudencia nacional viene a dar cumplimiento a lo señalado durante la tramitación del proyecto de ley que modificó el artículo 390 del CP, en relación a la convivencia, que por tratarse de una situación de hecho –señalaron los miembros de la comisión– sus circunstancias deberían ser definidas por la jurisprudencia” (Boletín N°2318-18 Informe de la Comisión Mixta, p. 470). Vid. S. C. de A. Temuco, de 28 de marzo de 2008, Rol N°235-2008; S. C. de A. Iquique, de 9 de agosto de 2007, Rol N°71-2007.

Sentencia

Santiago, cinco de agosto de dos mil diez.

VISTOS:

Con fecha 9 de julio de 2009, los abogados Matías Mundaca Campos y Miguel Alfaro Cortés, en representación de Leonardo del Tránsito Mazuela Montenegro, presentaron un requerimiento de inaplicabilidad, por una parte, de los artículos 364 y 372 a 387 del Código Procesal Penal y, por la otra, del artículo 390 del Código Penal, en relación con la causa RIT 22-2009, RUC 0800077921-1, seguida ante el Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes.

Según consta del auto de apertura del juicio oral, el día 23 de enero del año 2008, a las 14:40 horas aproximadamente, el acusado Leonardo del Tránsito Mazuela Montenegro concurrió hasta el domicilio ubicado en XXX, perteneciente a X.X.X.X., con quien mantiene dos hijos en común y convivió durante catorce años aproximadamente. Lo anterior a efectos de retirar algunas especies, debido a que hacía aproximadamente diez días atrás habían dejado de vivir juntos. En esa ocasión se produce una discusión entre ambos, procediendo el acusado a agredir con golpes de pie y puño a X.X., dejándola en el suelo y una vez ocurrido esto toma un cuchillo, de diez centímetros de hoja, con empuñadura de madera, y le infiere a la víctima dos estocadas en la espalda. A consecuencia de lo anterior, X.X.X.X. resultó con herida penetrante torácica, neumo-

tórax izquierdo y policontusa, lesiones que de no mediar tratamiento oportuno y eficaz le hubieran ocasionado la muerte.

Estos hechos fueron calificados por el Ministerio Público como paricidio frustrado, previsto y sancionado en el artículo 390 del Código Penal.

Respecto del artículo 364, que dispone que las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal son inapelables, y de los artículos 372 a 387, que conforman el Título IV del Libro III del Código Procesal Penal y regulan el recurso de nulidad, señalan los requirentes que violan, en primer término, el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política.

En dicho precepto se impone a los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, derechos fundamentales que se encuentran garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Uno de esos tratados es la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Dicho tratado establece en su artículo 8.2.h) que toda persona tiene derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior.

Indican los actores que la Corte Interamericana ha señalado al respecto lo siguiente:

1. Que “el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que

se debe respetar en el marco del debido proceso legal...”.

2. Que la posibilidad de recurrir del fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.

3. Que debe tratarse de “un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho”.

4. Que el recurso debe garantizar un examen integral de la decisión recurrida, esto es, ha de ser “un recurso amplio que permita que el tribunal superior realice un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior.”

Plantean los requirentes que los artículos 372 a 383 y 387 del Código Procesal Penal establecen causales precisas y determinadas para la procedencia del recurso, requisitos de preparación del medio de impugnación en algunos casos así como de admisibilidad, que en muchas ocasiones provocan que el recurso ni siquiera sea conocido por el tribunal superior jerárquico; asimismo prohíben la interposición de otro tipo de recursos en contra de la resolución que falla el de nulidad, todo lo cual debe considerarse contrario a la Carta Fundamental, toda vez que no se respeta ni garantiza a las partes que el recurso sea accesible, sea ordinario y, además, que tenga el carácter de eficaz.

A su vez, los artículos 364 y 384 a 386 del Código, al ser aplicados en el asunto pendiente, producirán efectos contrarios al derecho fundamental al

recurso, toda vez que no garantizan que a través de éste el tribunal ad quem realice un examen integral de la cuestión controvertida.

Hacen presente que, en ningún caso, el hecho de solicitar la inaplicabilidad implica una negación del propio derecho invocado a recurrir del fallo, en atención a que éste se garantiza a través del recurso de apelación, con la subsistencia de las normas que lo hacen procedente en los términos del artículo 370 del mismo cuerpo legal.

Exponen los actores que los preceptos antes mencionados infringen, en segundo lugar, el artículo 19, N°3°, incisos segundo y quinto, de la Carta Fundamental.

Al respecto, señalan que las normas que objetan producen una infracción al derecho fundamental a la defensa jurídica, atendido el carácter restrictivo de las disposiciones que regulan el recurso de nulidad, toda vez que procede sólo respecto de causas precisas y determinadas en la ley, coartando así el derecho a impugnar la decisión judicial sin mayores restricciones; además de impedir ejercer una plena defensa consistente en la posibilidad de exponer ante el tribunal ad quem íntegramente el caso, incluyendo la cuestión fáctica.

Agregan que tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen, como uno de los presupuestos del debido proceso, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores.

En el caso sub lite, también se produce una infracción a este derecho, dado que la aplicación de los precep-

tos legales impugnados no garantiza un examen integral de la cuestión debatida.

Exponen que las normas en análisis violan, en tercer término, el artículo 19, N°26°, de la Carta Política. Indican, en tal sentido, que ellas no satisfacen las exigencias de respetar el contenido esencial del derecho al recurso.

En relación con el artículo 390 del Código Penal, plantean los requirentes que dicha disposición, al pretender aplicarse en el proceso penal en que incide la acción de inaplicabilidad, resulta ser contraria al artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Carta Fundamental.

Ello, porque al introducirse como sujeto pasivo del delito al “conviviente”, determina que no se satisfaga la exigencia constitucional de que la ley debe describir, al menos, el núcleo esencial de la conducta típica o sus elementos más determinantes.

Señalan, en este sentido, que el legislador al incorporar al tipo penal dicha figura no fijó algún límite temporal ni usó alguna expresión que deslinde el concepto. De este modo, han debido ser los jueces los que determinen el contenido del mismo. Así, por una parte, se ha estimado que basta la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia, que entiende como convivencia la acción de convivir, vivir en compañía de otro. Por la otra, este concepto debe asimilarse al menos en parte al de matrimonio, es decir, ha de existir un vínculo de afecto, vida en común y vinculación sexual frecuente, un

estado de convivencia, similar al que produce el matrimonio, el que implica una estabilidad del vínculo y una unión afectiva.

La amplitud del mismo dependerá, entonces, de la postura valórica de los jueces, quienes en única instancia y soberanamente determinarán su alcance. Si el tribunal considera que la convivencia es lo mismo que el matrimonio, entonces el hecho será parricidio, aun cuando ella no exista actualmente. Si no lo estima así, el hecho será un simple homicidio. Ello, expresan, atenta contra la seguridad jurídica y viola el principio de reserva legal.

Concluyen los actores afirmando que la norma del artículo 390 del Código Penal, en aquella parte que incluye como sujeto pasivo del delito de parricidio al conviviente, no sólo es una ley penal en blanco sino que es una ley penal abierta ya que deja entregada a los jueces del fondo la determinación, con entera discrecionalidad, de lo que es convivencia o no y, por lo tanto, de lo que es parricidio o no lo es.

Por resolución de 21 de julio de 2009, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento.

Con fecha 13 de agosto de 2009, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, en su representación, formuló sus observaciones al requerimiento deducido.

En relación con la petición de la parte requirente de que se declaren inaplicables los artículos 364 y 372 al 387 del Código Procesal Penal,

indica que ello constituye un reclamo abstracto sobre un medio de impugnación en particular establecido en dicho cuerpo legal.

Dicho carácter abstracto resulta evidente si se considera el momento en que se deduce la acción constitucional, esto es, pendiente la celebración de la audiencia del juicio oral, o sea, cuando aún no se puede saber si existirá sentencia condenatoria en contra del requirente que obligue a la defensa a hacer uso del recurso de nulidad.

Señala que un requerimiento que se sustenta en una situación como ésta, no puede ser planteado por la vía dispuesta en el artículo 93, inciso primero, N°6°, de la Constitución Política.

La Carta Fundamental ha establecido en el inciso decimoprimer del artículo 93, como exigencias que debe cumplir toda acción de inaplicabilidad, que exista una gestión pendiente en que las normas que se objetan puedan ser aplicadas, resultar decisivas en la resolución de un asunto y que el reclamo sea razonablemente fundado.

Con estos requisitos se previene por el constituyente la posibilidad de que la acción sea tan genérica y desatienda tan notoriamente el estado de la causa, que devenga, en definitiva, en una pretensión de control abstracto de normas a través del expediente de deducirse en relación con un proceso en el que ni siquiera existe certeza que éstas vayan a tener aplicación.

Respecto a la impugnación del artículo 390 del Código Penal, plantea el Fiscal Nacional que, tal como lo ha señalado este Tribunal, a través de la acción de inaplicabilidad no se puede pretender impugnar determinada interpretación que puedan hacer los jueces en relación a una norma en particular, toda vez que ello, más que un problema de constitucionalidad, en realidad implica un cuestionamiento del ejercicio de una facultad que es inherente a la judicatura.

Por otra parte, agrega, no se está en presencia de una norma penal en blanco, sino que de un tipo penal que contiene un elemento normativo, lo cual es algo muy distinto y dice relación con una técnica de redacción de normas penales de uso común en nuestra legislación y especialmente en el Código Penal.

En la especie, el legislador introdujo esta modificación al artículo 390 de dicho cuerpo normativo contemplando en el tipo penal del parricidio la convivencia, con la finalidad de asimilar la gravedad de la figura punible que sanciona al cónyuge que da muerte al otro, a la extendida situación de la convivencia, en tanto implica un grado de reproche similar ante el ataque a la vida de quien ha mantenido con el agente una relación de carácter tan estrecho.

Concluye afirmando que, como todo elemento normativo, éste adquiere un significado que siempre requiere de valoraciones, las cuales quedan de cargo de quienes son los llamados a interpretar la ley, esto es los jueces, no siendo procedente, entonces, con-

fundir una cuestión de hermenéutica legal con una de constitucionalidad.

Habiéndose traído los autos en relación con fecha 7 de junio de 2010, se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos de los abogados Humberto Romero Fuentes, por la parte requirente, y María Cecilia Ramírez Guzmán, por el Ministerio Público, el día 17 de junio del presente año.

Y CONSIDERANDO:

I. LOS VICIOS DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADOS

PRIMERO: Que el artículo 93, inciso primero, N°6, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. La misma norma constitucional expresa en su inciso decimoprimer que, en este caso, “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto” y agrega que “corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razo-

nablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;

SEGUNDO: Que, de este modo, para que prospere la acción de inaplicabilidad es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) que se acredite la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la solicitud sea formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto y sea contraria a la Constitución Política de la República; d) que la impugnación esté fundada razonablemente, y e) que se cumplan los demás requisitos legales;

TERCERO: Que, en relación al primer requisito, en el caso de autos se solicita la inaplicabilidad de diversos preceptos legales en la gestión judicial consistente en el proceso penal por delito de parricidio frustrado, RUC N°0800077921-1, RIT N°22-2009, sustanciado ante el Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes, por lo que existe gestión pendiente que se sigue ante un tribunal ordinario;

CUARTO: Que, en lo que se refiere al segundo requisito, la inaplicabilidad es formulada por el querellado en el proceso penal ya individualizado, por lo que tiene la calidad de parte en la gestión pendiente en la que incidirá el presente pronunciamiento de inaplicabilidad;

QUINTO: Que, en el caso de autos, se impugnan los artículos 364, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386 y

387 del Código Procesal Penal y el artículo 390 del Código Penal, que pueden resultar decisivos para la resolución del asunto y cuyo texto reza de la manera que sigue:

CÓDIGO PROCESAL PENAL

“Artículo 364.- Resoluciones inapelables. Serán inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal.”

“Artículo 372.- Del recurso de nulidad. El recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley.

Deberá interponerse, por escrito, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia definitiva, ante el tribunal que hubiere conocido del juicio oral.”

“Artículo 373.- Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

a) 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, y

b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.”

“Artículo 374.- Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados:

a) Cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, o no integrado por los jueces designados por la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez de garantía o con la concurrencia de un juez de tribunal de juicio oral en lo penal legalmente implicado, o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente; y cuando hubiere sido acordada por un menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley, o con concurrencia de jueces que no hubieren asistido al juicio;

b) Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286;

c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga;

d) Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio;

e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e);

f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341, y

g) Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada.”

“Artículo 375.- Defectos no esenciales. No causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyen en su parte dispositiva, sin perjuicio de lo cual la Corte podrá corregir los que advirtiere durante el conocimiento del recurso.”

“Artículo 376.- Tribunal competente para conocer del recurso. El conocimiento del recurso que se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra a), corresponderá a la Corte Suprema.

La respectiva Corte de Apelaciones conocerá de los recursos que se fundaren en las causales señaladas en el artículo 373, letra b), y en el artículo 374.

No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, cuando el recurso se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra b), y respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, corresponderá pronunciarse a la Corte Suprema.

Del mismo modo, si un recurso se fundare en distintas causales y por aplicación de las reglas contempladas en los incisos precedentes correspondiere el conocimiento de al menos una de ellas a la Corte Suprema, ésta se pronunciará sobre todas. Lo mismo sucederá si se dedujeren distintos recursos de nulidad contra la

sentencia y entre las causales que los fundaren hubiere una respecto de la cual correspondiere pronunciarse a la Corte Suprema.”

“Artículo 377.- Preparación del recurso. Si la infracción invocada como motivo del recurso se refiriere a una ley que regular el procedimiento, el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto.

No será necesaria la reclamación del inciso anterior cuando se tratare de alguna de las causales del artículo 374; cuando la ley no admitiere recurso alguno contra la resolución que contuviere el vicio o defecto, cuando éste hubiere tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se tratare de anular, ni cuando dicho vicio o defecto hubiere llegado al conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia.”

“Artículo 378.- Requisitos del escrito de interposición. En el escrito en que se interpusiere el recurso de nulidad se consignarán los fundamentos del mismo y las peticiones concretas que se sometieren al fallo del tribunal.

El recurso podrá fundarse en varias causales, caso en el cual se indicará si se invocan conjunta o subsidiariamente. Cada motivo de nulidad deberá ser fundado separadamente.

Cuando el recurso se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra b), y el recurrente sostuviere que, por aplicación del inciso tercero del artículo 376, su conocimiento correspondiere a la Corte Suprema, deberá,

además, indicar en forma precisa los fallos en que se hubiere sostenido las distintas interpretaciones que invocare y acompañar copia de las sentencias o de las publicaciones que se hubieren efectuado del texto íntegro de las mismas.”

“Artículo 379.- Efectos de la interposición del recurso. La interposición del recurso de nulidad suspende los efectos de la sentencia condenatoria recurrida. En lo demás, se aplicará lo dispuesto en el artículo 355.

Interpuesto el recurso, no podrán invocarse nuevas causales. Con todo, la Corte, de oficio, podrá acoger el recurso que se hubiere deducido en favor del imputado por un motivo distinto del invocado por el recurrente, siempre que aquél fuere alguno de los señalados en el artículo 374.”

“Artículo 380.- Admisibilidad del recurso en el tribunal a quo. Interpuesto el recurso, el tribunal a quo se pronunciará sobre su admisibilidad.

La inadmisibilidad sólo podrá fundarse en haberse deducido el recurso en contra de resolución que no fuere impugnabile por este medio o en haberse deducido fuera de plazo.

La resolución que declare la inadmisibilidad será susceptible de reposición dentro de tercero día.”

“Artículo 381.- Antecedentes a remitir concedido el recurso. Concedido el recurso, el tribunal remitirá a la Corte copia de la sentencia definitiva, del registro de la audiencia del juicio oral o de las actuaciones determinadas de ella que se impugnaren,

y del escrito en que se hubiere interpuesto el recurso.”

“Artículo 382.- Actuaciones previas al conocimiento del recurso. Ingresado el recurso a la Corte, se abrirá un plazo de cinco días para que las demás partes solicitaren que se le declare inadmisibile, se adhirieren a él o le formularen observaciones por escrito.

La adhesión al recurso deberá cumplir con todos los requisitos necesarios para interponerlo y su admisibilidad se resolverá de plano por la Corte.

Hasta antes de la audiencia en que se conociere el recurso, el acusado podrá solicitar la designación de un defensor penal público con domicilio en la ciudad asiento de la Corte, para que asuma su representación, cuando el juicio oral se hubiere desarrollado en una ciudad distinta.”

“Artículo 383.- Admisibilidad del recurso en el tribunal ad quem. Transcurrido el plazo previsto en el artículo anterior, el tribunal ad quem se pronunciará en cuenta acerca de la admisibilidad del recurso.

Lo declarará inadmisibile si concurrieren las razones contempladas en el artículo 380, el escrito de interposición careciere de fundamentos de hecho y de derecho o de peticiones concretas, o el recurso no se hubiere preparado oportunamente.

Sin embargo, si el recurso se hubiere deducido para ante la Corte Suprema, ella no se pronunciará sobre su admisibilidad, sino que ordenará que sea remitido junto con sus antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva

para que, si lo estima admisible, entre a conocerlo y fallarlo, en los siguientes casos:

a) Si el recurso se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra a), y la Corte Suprema estimare que, de ser efectivos los hechos invocados como fundamento, serían constitutivos de alguna de las causales señaladas en el artículo 374;

b) Si, respecto del recurso fundado en la causal del artículo 373, letra b), la Corte Suprema estimare que no existen distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del mismo o, aun existiendo, no fueren determinantes para la decisión de la causa, y

c) Si en alguno de los casos previstos en el inciso final del artículo 376, la Corte Suprema estimare que concurre respecto de los motivos de nulidad invocados alguna de las situaciones previstas en las letras a) y b) de este artículo.”

“Artículo 384.- Fallo del recurso. La Corte deberá fallar el recurso dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que hubiere terminado de conocer de él.

En la sentencia, el tribunal deberá exponer los fundamentos que sirvieran de base a su decisión; pronunciarse sobre las cuestiones controvertidas, salvo que acogiere el recurso, en cuyo caso podrá limitarse a la causal o causales que le hubieren sido suficientes, y declarar si es nulo o no el juicio oral y la sentencia definitiva reclamados, o si solamente es nula dicha sentencia, en los casos que se indican en el artículo siguiente.

El fallo del recurso se dará a conocer en la audiencia indicada al efecto, con la lectura de su parte resolutive o de una breve síntesis de la misma.”

“Artículo 385.- Nulidad de la sentencia. La Corte podrá invalidar sólo la sentencia y dictar, sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, si la causal de nulidad no se refriere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente correspondiere.

La sentencia de reemplazo reproducirá las consideraciones de hecho, los fundamentos de derecho y las decisiones de la resolución anulada, que no se refieran a los puntos que hubieren sido objeto del recurso o que fueren incompatibles con la resolución recaída en él, tal como se hubieren dado por establecidos en el fallo recurrido.”

“Artículo 386.- Nulidad del juicio oral y de la sentencia. Salvo los casos mencionados en el artículo 385, si la Corte acogiere el recurso anulará la sentencia y el juicio oral, determinará el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenará la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

No será obstáculo para que se ordene efectuar un nuevo juicio oral la cir-

cunstancia de haberse dado lugar al recurso por un vicio o defecto cometido en el pronunciamiento mismo de la sentencia.”

“Artículo 387.- Improcedencia de recursos. La resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme de que se trata en este Código.

Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales.”

CÓDIGO PENAL

“Artículo. 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”.

SEXTO: Que, según se ha señalado en la parte expositiva de esta sentencia, el requirente pretende la inaplicabilidad de los preceptos legales del Código Procesal Penal reprochados en estos autos, aduciendo, en síntesis, que dichas disposiciones infringen el debido proceso al no permitir impugnar lo resuelto ante un tribunal superior, mediante un recurso de apelación, afectando así el derecho a la

defensa. A su vez, el artículo 390 del Código Penal infringiría la exigencia de que la conducta se encuentre suficientemente descrita en la ley;

SÉPTIMO: Que de lo dicho se desprende que en la especie han concurrido todas las exigencias y requisitos constitucionales y legales para que este Tribunal se pronuncie sobre el problema de fondo planteado por el requirente. Así, corresponde analizar, en esta fase, los razonamientos jurídicos de las partes y la veracidad de las infracciones constitucionales denunciadas respecto de los preceptos legales aplicables a la referida gestión judicial;

II. DERECHO AL RECURSO

OCTAVO: Que, como se ha señalado, los requirentes sostienen que los artículos 364 y 372 a 387 del Código Procesal Penal infringen el derecho al debido proceso que la Constitución consagra. Precisan que el artículo 19, N°3°, de la Constitución consagra el derecho a un proceso legal, racional y justo, y que el artículo 5°, inciso segundo, de la misma Constitución, que obliga a respetar y promover los derechos humanos, debe complementarse con lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos. Indican que en dicha disposición se señala como una garantía mínima del proceso penal el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.” Agregan, apoyándose en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dicho recurso debe ser accesible, ordinario, eficaz y amplio (Caso

Herrera Ulloa con Costa Rica, 2 de julio de 2004). Aducen que dicha garantía no se cumple por el recurso de nulidad que regulan las disposiciones impugnadas. En primer lugar, porque dicho recurso establece causas específicas de procedencia para la impugnación, así como diversas formalidades, lo que reduce su accesibilidad. En segundo lugar, la naturaleza del recurso no garantiza un examen “integral”, esto es, de las cuestiones de hecho y de derecho, por el tribunal que conoce del recurso (ad quem). La situación descrita generaría un agravio al derecho a la defensa penal, porque impide exponer los elementos del caso, incluyendo las cuestiones de hecho y la prueba en que se sustentan, ante un tribunal superior. Añaden que ello establecería una limitación al derecho que lo afecta en su esencia (artículo 19, N°3°, incisos tercero y quinto, en relación al artículo 19, N°26°);

NOVENO: Que, en relación a este alegato, el Ministerio Público adujo que el requerimiento no se encontraba razonablemente fundado, pues lo genérico del reclamo del requirente hace que éste devenga, en realidad, en una pretensión de control abstracto de normas;

DÉCIMO: Que de la lectura del requerimiento se desprende que los fundamentos del mismo están más bien dirigidos no a una determinada aplicación concreta de normas legales que pueda resultar inconstitucional, sino que contra todo el diseño legislativo del sistema de recursos del Código Procesal Penal. En tal sentido, como ha sostenido este Tribu-

nal, no le corresponde pronunciarse sobre cuestionamientos genéricos u opciones de política legislativa (sentencias roles N°664, C. 17°, N°966, C. 6°, y N°1003, C. 4°);

DECIMOPRIMERO: Que, por otra parte, la impugnación formulada, en cuanto plantea la pregunta sobre si procede el recurso de nulidad por una errada apreciación de la prueba, implica una cuestión de interpretación legal de las causales del recurso, esto es, el alcance de sus motivos de procedencia, cuestión que pertenece al ámbito de competencias del juez del fondo;

DECIMOSEGUNDO: Que, no obstante lo anterior y entrando al fondo del asunto, cabe sostener, en primer lugar, que el derecho al recurso forma parte integrante del derecho al debido proceso. Así se ha señalado, entre otras sentencias, en los roles N°376, 389, 478, 481, 821, 934 y 986. De este modo, se ha dicho expresamente que “el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores...”;

DECIMOTERCERO: Que, a mayor abundamiento, tratándose del

imputado criminal, dicho derecho es expresamente reconocido en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14.5 que: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. La Convención Americana de Derechos Humanos dispone que: “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante todo el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) Derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior”. Ambas normas están vigentes en nuestro país conforme al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución;

DECIMOCUARTO: Que, sin embargo, aunque nuestra Constitución exige un debido proceso que consagre la revisión de las sentencias, ello no significa que consagre el derecho a la doble instancia. En otras palabras, el derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación. Como se ha sostenido por esta Magistratura, “dentro de los principios informadores del proceso penal se encuentra la configuración del mismo en base a la única o a la doble instancia, opción de política legislativa que corresponde al legislador decidir, en el marco de las reservas legales específicas de las garantías de legalidad del proceso y del racional y

justo procedimiento, contenidas en el artículo 19 número 3 de la Carta Fundamental, que deben ser entendidas, además, limitadas por la garantía genérica de respeto a los derechos fundamentales como límite al poder estatal, establecida en la primera parte del inciso segundo del artículo 5° de la misma;” (Sentencia rol N°986, de 30.01.2008, C. 26°);

DECIMOQUINTO: Que, en efecto, como lo ha indicado esta Magistratura en diversas sentencias, la decisión de sustituir o modificar el sistema de acciones y recursos respecto de las decisiones judiciales constituye una problemática que -en principio- deberá decidir el legislador dentro del marco de sus competencias, debiendo sostenerse que, en todo caso, una discrepancia de criterio sobre este capítulo no resulta eficaz y pertinente por sí misma para configurar la causal de inaplicabilidad, que en tal carácter establece el artículo 93, número 6°, de la Carta Fundamental (entre otros, Rol 1065-2008);

DECIMOSEXTO: Que, en este sentido, es necesario reiterar que el Tribunal Constitucional sólo ejerce un control de constitucionalidad, sin que le corresponda analizar el mérito de una regulación legal. En efecto, esta Magistratura ha afirmado que “el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley (...) no vulnere los

límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional". (Sentencia Rol N°591/2006, considerando 9°). Ha agregado, adicionalmente, que: "En el caso del legislador, tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa. Sólo cuando el Parlamento exceda su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido" (Idem. En el mismo sentido, vid., entre otros, roles N°s 231, consid. 7°; 242, consid. 3°; 465, consid. 23°; 473, consid. 11°; 541, consid. 15°, y, recientemente, 786). En suma, "la Carta Fundamental establece órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, y cuando estos últimos controlan la constitucionalidad de los actos de los primeros no pueden invadir su campo propio, por lo tanto, les está vedado entrar a calificar el mérito, oportunidad o conveniencia de las normas impugnadas" (Rol N°535/2006, consid. 11°, y en el mismo sentido Rol N°517/2006, consid. 12°);

DECIMOSÉPTIMO: Que, continuando con los razonamientos referidos al derecho al recurso, en segundo lugar, la nulidad no puede juzgarse usando como parámetro el recurso de apelación. El recurso de apelación se caracteriza por su mayor

alcance. La doctrina ha dicho que "la apelación es un recurso amplio que conduce al examen fáctico y jurídico" (Roxin, Claus, "Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pág. 456). En virtud de la apelación se enjuicia lo realizado por el tribunal inferior tanto en sus dimensiones jurídicas como fácticas. Particularmente, la apelación permite al juez superior formarse una nueva convicción sobre la prueba aportada en el primer juicio. Es un medio de impugnación apto, por lo tanto, para examinar todos los elementos del juicio hecho por el juez inferior. Pero de lo anterior no se sigue que exista una exigencia constitucional de equiparar todos los recursos a éste, ni mucho menos el recurso de nulidad. De hecho, existen razones constitucionales importantes para distinguir el recurso de nulidad de la apelación. Como lo ha dicho uno de los redactores de nuestro Código: "Recurriendo a algunas ideas básicas, en primer lugar, a lo que podremos denominar la 'centralidad del juicio oral', expresión encaminada a reforzar su rol no sólo de núcleo principal del enjuiciamiento sino su condición de suprema garantía ofrecida por el sistema a los justiciables; en segundo término, a la fecundidad de la inmediación en la labor de formar la convicción de los jueces y, en tercer término, a la obvia comprobación, proclamada por Binding ya más de cien años atrás, en orden a que autorizar la apelación importa privilegiar la opinión del tribunal menos informado por sobre la del que mejor conoce el negocio, los redactores del Código chileno optamos por seguir a Vélez Mariconde y eliminamos —como irónicamente

declara él a los cuestionamientos referidos a la supresión de la segunda instancia, por falta de apelación— no esta instancia, sino la primera... al entregar, desde luego, el juzgamiento a un tribunal colegiado de tres jueces. De esta forma, la principal modalidad impugnadora de lo resuelto por el tribunal de juicio oral en lo penal, la constituye un recurso de nulidad y no uno de apelación”. En síntesis, “las normas de los Tratados Internacionales que aseguran el derecho al recurso en contra de la sentencia condenatoria, no exigen uno que importe revisión de los hechos; en otras palabras, que lo asegurado es el derecho al recurso, pero no el derecho a un recurso determinado, como puede ser la apelación o la casación”. (Tavolari Oliveros, Raúl, “De los recursos en el nuevo Código Procesal Penal Chileno”, en *Revista de Derecho Procesal*, N°20, Universidad de Chile, pág. 395);

DECIMOCTAVO: Que, en tercer lugar, el recurso de apelación es de configuración legal pues el artículo 19 N°3°, inciso quinto, en materia de debido proceso, convoca precisamente al legislador para la determinación de las “garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Además, el artículo 63, N°3, señala como una de las materias reservadas a la ley “las que son objeto de codificación...procesal...”. Fuera de ello, la sujeción a la ley es un principio de la actuación de los órganos jurisdiccionales, como todo órgano público, que tiene manifestaciones específicas para el poder judicial (artículo 7°, inciso primero, en relación al artículo 76). Toda vez que el recurso de ape-

lación es configurado por el legislador, cabe tener presente que, como cuestión de política legislativa, se conciben dos modelos de recurso de apelación. Por una parte, “puede concebirse la apelación como una renovación del proceso primitivo anterior, una repetición sustancial de sus trámites, una reiteración de lo tramitado hasta llegar a la resolución de la que se recurre”. Por otra parte, “se puede concebir a la apelación no como una repetición del proceso anterior, sino como una revisión del mismo, es decir, como una depuración de sus resultados que lleva, por lo tanto, no a un juicio nuevo, sino a una revisión *prioris instantiae*” (Guasp, Jaime, y Aragonese, Pedro, “Derecho Procesal Civil”, Tomo II, Civitas, Madrid, 7ª ed., 2006, pág. 459). Dichas concepciones son opciones legítimas del legislador. Cuando la apelación tiene naturaleza revisora se la acerca al régimen de la nulidad. En otras palabras, incluso en el recurso “ordinario por antonomasia”, puede limitarse su alcance, dentro de los márgenes de la Constitución. “La concepción de la apelación como una renovación del juicio se funda en el supuesto principio del doble grado de la jurisdicción, a tenor del cual todos los asuntos tienen que pasar por dos grados de la jerarquía judicial antes de que pueda obtenerse un resultado formalmente terminado de los mismos. En cambio, para la concepción revisora ese principio del doble grado no tiene carácter absoluto, sino que es meramente una concesión que se hace a las partes de que tengan la posibilidad de que una sentencia, normalmente terminada en primera instancia, pueda, sin embargo, ser atacada ante el superior

inmediato jerárquico, mediante un proceso distinto que lleve a su depuración” (Guasp, Jaime, y Aragonese, Pedro, ob. cit., pág. 460);

DECIMONOVENO: Que, de este modo, el derecho al recurso no debe entenderse como sinónimo del derecho al recurso de apelación, sin perjuicio de lo cual esta Magistratura ha señalado que se ve afectada la igual protección de los derechos “cuando un derecho procesal básico es otorgado por la ley a sólo uno de los agravados por una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar” (Rol 1535-2009);

VIGÉSIMO: Que, en cuarto lugar, no se produce la indefensión que el recurrente reclama pues existe un recurso que, además, tiene como causal la violación a los derechos fundamentales. En efecto, las partes, particularmente el imputado, tienen abierta la posibilidad de impugnar la eventual sentencia no sólo mediante la nulidad, sino que también mediante todos los medios que la ley granjea, atendido el primario estado procesal de la causa. Ahora bien, justamente el recurso de nulidad establece como una de sus causales que “se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes” (artículo 373, letra b). Luego, se establece como uno de los requisitos de la sentencia definitiva, cuyo incumplimiento da lugar a la nulidad, “la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueron ellos

favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 297 (artículo 342, letra c)”. Esta última disposición citada señala: “Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegue la sentencia”. Por tanto, y, a la vista de las disposiciones legales expuestas, la cautela de los derechos fundamentales del imputado está absolutamente garantizada por la posibilidad de impugnar la sentencia. Además, queda claro a esta Magistratura que, a diferencia de lo sostenido por el requirente, el tribunal que conoce del recurso de nulidad no tiene negado el análisis de los medios probatorios ni de la convicción alcanzada sobre ellos. La ley dice precisamente que la sentencia, para ser válida, debe permitir, en materia de prueba, “la reproducción del razonamiento utilizado”;

VIGESIMOPRIMERO: Que, en quinto lugar, de acuerdo con la historia legislativa, se justificó la excepcio-

nalidad del recurso de apelación, en tres argumentos. Primero, que se ha separado la actividad de investigar y juzgar. En el nuevo sistema procesal la investigación está entregada sólo al Ministerio Público, mientras que el juzgamiento pertenece exclusivamente a los tribunales con competencia penal. En el sistema procesal antiguo, la apelación se justificaba en el hecho de que el tribunal de alzada era verdaderamente independiente del acusador, es decir, del juez de primera instancia. Tal fundamento desaparece hoy en día, pues la independencia de ambas funciones está asegurada desde la primera etapa del proceso. En este sentido, el Senador Diez anotó que “no tiene sentido tener un tribunal colegiado en primera instancia para luego duplicar el juicio en la Corte o fallar en base a actas, perdiendo la inmediación necesaria que debe tener el tribunal. Agregó que el juicio penal oral y público con un tribunal colegiado es la esencia del debido proceso y es la justificación del ministerio público como órgano acusador independiente; permitir luego que todo sea revisado en base a actas sería borrar de una plumada todo el esfuerzo que ha significado la reforma. Coincidió con esta apreciación los otros señores miembros de la Comisión, quienes señalaron que no se concilian ambos sistemas, especialmente porque se suprime la prueba tasada, y que estableciendo una casación amplia se suple la ausencia de apelación. Agregaron que es importante cambiar el actual sistema de recursos, porque en la práctica se traduce en tres instancias.” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución,

Legislación, Justicia y Reglamento del Senado);

VIGESIMOSEGUNDO: Que, además, se privilegió el control horizontal por sobre el jerárquico. Se confió en que el establecimiento de un tribunal colegiado otorga las garantías de independencia y control que, bajo el sistema antiguo, entregaba el conocimiento de la apelación por el Tribunal de Alzada. La Cámara sostuvo que “siendo el tribunal de juicio oral colegiado, no se justificaba, en principio, un recurso de apelación como el que ahora existe, que pretende la revisión de la resolución adoptada, tanto en los aspectos de hecho como en los de derecho” (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados). Por su parte, en el Senado, se tuvo en cuenta para aprobar el sistema vigente la opinión de los profesores Tavolari y Bofill, quienes afirmaron que “no tiene sentido tener un tribunal colegiado en primera instancia, si todo el mundo sabe que el que verdaderamente va a resolver es alguien que va a leer, porque en ese caso cobra relevancia no lo que ocurre en la audiencia, sino cómo eso se va a registrar en las actas.” Asimismo, “el profesor José Bernales dijo que el debido proceso está, entre otras cosas, suponiendo la existencia de los recursos al tribunal superior; sin embargo, agregó que la existencia de tribunales colegiados de primera instancia elimina los recursos, de modo que si bien es cierto en su informe a la Comisión que redactó la Constitución incorporó el derecho a recurso, dejó en claro que, en su concepto, ese tribunal es un tribunal

colegiado, lo que llamó en primera instancia, lo que quiso decir es el que emite el primer pronunciamiento, eso excluye los recursos.” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado);

VIGESIMOTERCERO: Que, por último, los principios de intermediación y oralidad impiden que se pueda “hacer de nuevo” el juicio. La Cámara de Diputados consideró que “la oralidad del procedimiento requiere que el tribunal que conoce el juicio tenga el máximo poder de decisión. Si, en vez de darle el poder de decisión final, salvo excepciones, al tribunal que asiste al juicio oral, se le otorga a otro tribunal, que conocerá de la causa por la vía de la lectura del expediente, se estaría poniendo el centro del debate en la lectura del expediente y no en el juicio oral. No sólo se pondría el énfasis en la lectura del expediente, sino que se terminaría privilegiando la opinión del tribunal menos informado por sobre la opinión del tribunal más informado”. A lo que agregó que “el recurso de apelación, en el sentido de un tribunal de segunda instancia que conoce con la misma amplitud de competencia y con la misma capacidad de modificación de la sentencia de los tribunales de primera instancia, es un recurso propio del sistema inquisitivo y es completamente incompatible con el juicio oral” (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados). Por su parte, en el Senado “la Comisión coincidió con el mérito de la propuesta, en orden a que no sea apelable la sentencia pronunciada

por el tribunal de juicio oral. Pesó en su ánimo no sólo la composición del tribunal oral, sino el hecho de que éste habrá desarrollado su trabajo con sujeción a los principios de oralidad y de intermediación, y que aceptar la apelación importaría destruirlos, porque la Corte de Apelaciones, al conocer de ella, lo haría sobre la base de la escrituración, puesto que deberá estudiar los registros y actas de lo obrado, y de la mediación, toda vez que no tomará conocimiento directo y personal de la prueba. De esta manera, la reforma procesal penal sería sólo aparente, puesto que, por la vía de recurrir de apelación, la última decisión correspondería a un tribunal que seguiría resolviendo del mismo modo en que lo hace hoy día” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado);

VIGESIMOCUARTO: Que, finalmente, cabe hacerse cargo de una idea subyacente en el alegato del requirente. Toda vez que solicita la inaplicabilidad de las normas que regulan el recurso de nulidad y aquella que enumera las resoluciones apelables, naturalmente lo que espera es que, acogándose el recurso, proceda en contra de la sentencia dictada por el tribunal oral en lo penal respectivo el recurso de apelación. Sin embargo, no por declarar inaplicables los preceptos legales en cuestión se hará precedente el recurso de apelación. El requirente parte, implícitamente, de una premisa equivocada, esto es, que el sistema de recursos del Código de Procedimiento Civil es aplicable al sistema procesal penal. Sin embargo, lo que ocurre es que

el artículo 361, cuya inaplicabilidad no solicita el requirente y que, por lo tanto, incluso acogiendo el presente recurso, es de aplicación obligatoria en la gestión pendiente, establece que “los recursos se regirán por las normas de este Libro. Supletoriamente serán aplicables las reglas del Título III del Libro Segundo de este Código”. Ahora, si bien es cierto que el artículo 52 dispone que “serán aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en este Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, existen varios argumentos que permiten interpretar que no procederá el recurso de apelación. En primer lugar, pues toda vez que no se ha solicitado la inaplicación del artículo 361 del Código y constituyendo éste una regla especial en relación al artículo 52, siempre recibirá aplicación por sobre la regla general. En segundo lugar, porque aun considerando que se aplicara el artículo 52, el caso del recurso de apelación y de nulidad es uno donde las normas comunes a todo procedimiento del Código de Procedimiento Civil se oponen a lo estatuido en el Código Procesal Penal. El sistema de recursos del Código Procesal Penal es absolutamente incompatible con las normas del procedimiento civil vigente, pues obedecen a distintos principios inspiradores. Desde ya la oralidad, publicidad e inmediación son incompatibles con la admisión amplia del recurso de apelación. En tercer lugar, el legislador tuvo la intención explícita de apartarse del sistema de recursos del Código de Procedimiento Civil. En

efecto, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara se dijo que la apelación (y la consulta) “no resultan en general compatibles con el nuevo sistema. La primera razón para ello dice relación a la contradicción entre la forma de tramitación de esos recursos y la centralidad del juicio oral en el procedimiento propuesto. La vigencia de un sistema oral requiere que el fundamento fáctico de la sentencia provenga de la apreciación directa de las pruebas que los jueces obtienen en el juicio. En consecuencia, su revisión por parte de jueces que no han asistido al juicio y que toman conocimiento de él por medio de actas, lo priva de su centralidad, confiriéndosela, en cambio, a la tramitación del recurso de apelación” (Maturana Miquel, Cristián (coord.), “Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias”. Tomo III, Universidad de Chile, 2003, pág. 13). Por su parte, el Senado “estimó que una remisión a las normas comunes de la apelación civil podría entorpecer el recurso, porque son sistemas incompatibles” (Maturana Miquel, Cristián (coord.), ob. cit., pág. 50);

III. TIPICIDAD PENAL.

VIGESIMOQUINTO: Que, en cuanto al segundo capítulo de la acción de inaplicabilidad, el requirente sostiene que el artículo 390 del Código Penal infringe el artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución, toda vez que no satisface la exigencia constitucional atinente a que la ley debe describir, al menos, el núcleo esencial de la conducta típica o sus elementos más determinantes;

VIGESIMOSEXTO: Que la Constitución Política de la República establece en el artículo 19, N°3°, ciertos límites para el ejercicio de la potestad punitiva estatal. Entre otros, dispone que “la Constitución asegura a todas las personas: N°3°... Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.... Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. En rigor, en estas disposiciones se contienen distintas garantías, pero el régimen que ellas crean es denominado por la doctrina especializada, en general, como “principio de legalidad” en materia penal. Sin perjuicio de las varias interpretaciones que se le han dado, y de las que se da cuenta más adelante, el mencionado principio establece, por una parte, un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y, por otra parte, un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, como se ha señalado en otras oportunidades por esta Magistratura, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política aprobó como artículo 19, N°3°, inciso final, en el anteproyecto entregado a la Junta de Gobierno el 18 de octubre de 1978: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se pretende sancionar esté expresa y completamente descrita en ella”. Esta formulación la propuso el profesor Raúl Bertelsen, argumentando que con

ella “no quepan reglamentos ni disposiciones emanadas del Gobierno para desarrollar la ley penal, ya que ella debe bastarse a sí misma y si no se basta a sí misma, no hay delito ni pena.” (Opinión que consta en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 399, del 12 de julio de 1978). Después de la opinión coincidente del Consejo de Estado, en cuyas actas quedó constancia del sentido prohibitivo que el precepto así redactado tenía para la existencia de las leyes penales en blanco, la Junta de Gobierno eliminó la palabra “completamente”, dejando sólo la expresión “expresamente”. En todo caso, no existen evidencias inequívocas acerca de la historia fidedigna de esta modificación, que permitan aclarar su significado (Ignacio Covarrubias C., Historia fidedigna de la Constitución de 1980. La Junta de Gobierno, p. 25);

VIGESIMOCTAVO: Que el texto definitivo del artículo 19, N°3°, inciso final, de la Constitución Política, subsistente hasta la actualidad, ha producido variadas interpretaciones sobre su alcance, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, prevaleciendo aquella que sostiene la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro orden jurídico. Este criterio está basado en el sentido que se atribuye a la supresión de la expresión “completamente”, ya mencionada en el acápite anterior, y en el carácter atenuador asignado a la solitaria subsistencia de la expresión “expresamente” frente a los requisitos que predominantemente la doctrina atribuye a la legalidad de la ley penal.

En el lenguaje de la sistemática penal, se ha sostenido que el señalado precepto constitucional consagró el principio de la tipicidad de la ley penal, estableciendo la obligación de que ésta, junto con la determinación de la sanción prevista, contenga la descripción del núcleo central de la conducta punible merecedora de aquélla. Esta misma Magistratura señaló, en sentencia Rol N°24, de fecha 4 de diciembre de 1985, lo siguiente: “Es evidente que la modificación introducida por la H. Junta de Gobierno tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo sentido a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa.”;

VIGESIMONOVENO: Que la interpretación sobre el alcance del inciso final del número 3° del artículo 19, descrita, no es unánime en la doctrina ni en la jurisprudencia chilena, en las que se presentan matices y diferencias. El profesor Alfredo Etcheberry estima que la exclusión de la expresión “completamente” no altera sustancialmente el espíritu vigente al incluir el precepto, consistente en consagrar la legalidad de la norma penal en su amplitud, esto es reserva y tipicidad. Al recordar que la formulación del anteproyecto señalaba que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, el tratadista señala: “Las palabras claves, por cierto, son las dos últimas, ya

que aparentemente se establece una prohibición absoluta de disociar la descripción de la conducta” (tipificación) por un lado, y la “imposición de la pena” por otro: ambas deberían brotar directamente de la ley penal. Al parecer tal fue el propósito que inspiró el precepto, según las actas de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Constitución. Y es de hacer notar que eso no varió por la circunstancia de que la exigencia primitiva de una descripción “completa y expresa” de la conducta se haya reducido a requerir una descripción expresa. En efecto, la prohibición de disociar “conducta descrita” y “pena establecida” proviene, según se ha dicho, de los dos últimos vocablos: “en ella”, que no fueron alterados.”. Concluye el autor admitiendo que con el texto constitucional comentado “podría aceptarse la validez de leyes en blanco propias, siempre que fueran parcialmente en blanco, y no totalmente.” (Alfredo Etcheberry: Derecho Penal. Parte general, T.I, Ed. Jurídica de Chile, 2005, pág. 84). Por su parte, el profesor Enrique Cury, al referirse a las exigencias relativas a las leyes penales en blanco e indicar las determinantes de la descripción de la conducta sancionada, sostiene que “incluso si se hubiese conservado la redacción primitiva del precepto constitucional, las leyes penales en blanco no hubieran quedado proscritas del ordenamiento jurídico, no obstante el propósito manifestado de sus redactores en tal sentido. Esto porque, como se ha visto, el tipo penal no sólo contiene la descripción de una conducta, sino otras referencias (las circunstancias) que, aunque exógenas a ella, concurren a determi-

nar su punibilidad; más aún, en algunos casos la imposición de la pena puede encontrarse condicionada por factores que ni siquiera integran el tipo (condiciones objetivas de punibilidad, excusas legales absolutorias, obstáculos procesales)". (Enrique Cury: La ley penal en blanco, Ed. Temis, Bogotá, 1988, pág.74);

TRIGÉSIMO: Que es necesario analizar, desde el punto de vista material, si la descripción que contiene la norma impugnada constituye la caracterización suficiente del núcleo central de la conducta punible. Es decir, si cumple con las exigencias del principio de legalidad desde el punto de vista material o sustantivo. La tipicidad exige que la conducta sancionada se encuentre pormenorizada; que la descripción del núcleo esencial de la conducta punible, junto con la sanción prevista, se encuentre establecida. Distinto es que el juez pueda tener respecto de alguno de sus elementos un margen de interpretación razonable. Esto es concordante con los estándares que este Tribunal ha establecido en la materia en otras ocasiones. (Sentencia, Rol N°468, de 9 de noviembre de 2006, Rol N°781 de 27 de septiembre de 2007; roles N°549, 537 y 538, acumulados, de 31 de marzo de 2007; Rol N°559, de 7 junio de 2007; y Rol N°1281, de 13 de agosto de 2009);

TRIGESIMOPRIMERO: Que, de acuerdo con lo consignado en la sentencia Rol N°549, la aplicación del principio de tipicidad "requiere que el legislador formule las normas penales de manera precisa y determinada, excluyendo la analogía.

Un hecho sólo puede ser castigado cuando reviste todas las características contenidas en la descripción del delito; el tipo es la descripción abstracta de una conducta humana punible. La descripción típica acabada y plena constituye un ideal, limitado en la práctica por la imprecisión del lenguaje y la generalidad de la norma. La función garantista de la ley cierta y expresa se entiende cumplida –como lo ha declarado esta Magistratura (sentencia Rol N°24, de 4 de diciembre de 1984)- cuando "la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales". El carácter expreso -claro, patente, especificado- que, conforme a la Constitución, debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus elementos esenciales." (C. 4°);

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, en el presente caso, dicha descripción del "núcleo de la conducta" está presente, toda vez que, primero, sanciona a aquél que "mate a otro", cuyo significado se complementa con la histórica jurisprudencia y doctrina en materia de homicidio. Segundo, se exige un dolo específico que consiste en "conocer las relaciones que lo ligan". No es un mero conocimiento genérico, sino que se requiere que se tenga noticia de un hecho concreto y específico. Tercero, en lo que es relevante para este caso, dicha relación está calificada por la voz "con-

viviente”. Precisamente, sobre el rol que cumple la voz “conviviente”, en el tipo penal que estudiamos no es transformarlo en un tipo penal “abierto”, como aduce el requirente, sino que se trata de un elemento normativo integrado en el tipo penal;

TRIGESIMOTERCERO: Que, como ha sostenido esta Magistratura en relación a los elementos normativos del tipo: “La doctrina distingue entre elementos normativos y elementos descriptivos del tipo. Estos últimos son aquellos “que requieren una percepción sensorial”, “que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo por el juez”. Los elementos normativos, por su parte, son “los que requieren una comprensión espiritual”; “su ocurrencia presupone una valoración jurídica o cultural”; “sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma” (Roxin, Claus; Derecho Penal. Parte General; T.I; Edit. Civitas; Madrid, 2008; págs. 305 y siguientes). En el mismo sentido se expresa Juan Bustos: “los elementos descriptivos son aquellos que pueden ser aprehendidos o comprendidos sólo con su percepción sensorial”. Los elementos normativos, a su vez, “son aquellos que sólo pueden ser aprehendidos o comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo. Para su comprensión se necesita un complemento de carácter sociocultural general...o de carácter jurídico valorativo” (Obras Completas. Derecho Penal. Parte General; T. I; Ediciones Jurídicas de Santiago; Santiago, 2007; págs. 516 y 517).” (Sentencia Rol N°1281, C. 13°).

Agregándose que “como se observa, existen distintos criterios para entender los elementos normativos. Uno es recurriendo al criterio valorativo. En este sentido, son elementos de esta naturaleza todos aquellos cuya ocurrencia presupone una valoración. El juicio de valor que se requiere para completar el sentido del término puede ser de diversas clases: jurídico, social, cultural o con arreglo a valoraciones de la ciencia, la técnica o la experiencia. La otra manera de entender el elemento normativo es recurriendo al criterio intelectual. Como este tipo de elementos excede lo puramente sensitivo, se requiere no una percepción sensorial sino una comprensión del mismo (Ossandón Widow, María; La formulación de los tipos penales; Edit. Jurídica; Santiago, 2009; págs. 87 y ss)”. Así las cosas,”la existencia de elementos normativos en un tipo penal nada tiene que ver con las leyes penales en blanco. En éstas no hay una descripción completa del injusto típico; en cambio, en los tipos con elementos normativos se contiene “una formulación completa, aunque precisada de concreción valorativa”. En los elementos normativos no hay remisión, como en las leyes penales en blanco, a otra norma que completa la regulación, sino “la necesidad de invocar otras normas para la valoración de las características típicas” (Ossandón, M.; ob. cit.; pág. 196). Mientras el elemento normativo deber ser interpretado por el juez, en la ley penal en blanco la conducta prohibida debe ser completada por una norma infralegal o la conducta es tan abierta que no se sabe con certeza qué es lo que debe hacerse o no hacerse para no incurrir

en castigo”. Concluyéndose que “los elementos normativos, dependiendo del ámbito normativo o referencial al que se remiten, pueden ser, por una parte, elementos normativos jurídicos o, por otra, elementos extrajurídicos. Los primeros se refieren a elementos jurídico-penales (ejemplo: “robo”) o a elementos jurídicos extrapenales (ejemplo: “matrimonio”, “tributos”); los segundos se refieren a elementos normativos extrajurídicos, que remiten a realidades reguladas por normas sociales o culturales (ejemplo: “trato degradante”) (Ossandón, M; ob. cit.; pág. 107).” (STC Rol N°1281, de 13 de agosto de 2009);

TRIGESIMOCUARTO: Que, a la luz de lo razonado en las anteriores motivaciones, puede señalarse que justamente el concepto de “conviviente” tiene la naturaleza de un elemento normativo del tipo. Dicho concepto deberá ser dilucidado por la interpretación que haga el juez en el juicio concreto;

TRIGESIMOQUINTO: Que, en este mismo sentido, de acuerdo con la historia fidedigna del precepto impugnado, el significado de la “convivencia” debe ser definido por el juez del fondo, de acuerdo con la prueba aportada en el proceso. En efecto, en el seno de la Comisión Mixta, “el Honorable Senador Chadwick indicó que con ello, entonces, matar al conviviente será lo mismo que matar al cónyuge, con lo cual esta norma del parricidio queda acorde con las disposiciones de este proyecto. Agregó que, en todo caso, como la convivencia es una situación de hecho que no está definida legalmente, su existencia

y las circunstancias que la califiquen como tal, deberán ser acreditadas ante los tribunales de justicia.” (Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que deroga la ley N°19.325 y establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar, Boletín N°2.318-18, pág. 49);

TRIGESIMOSEXTO: Que, por otra parte, en la historia fidedigna del precepto se tuvo la intención explícita de asimilar la convivencia al matrimonio en relación a los supuestos y consecuencias que genera la violencia en la pareja (véase Informe Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, discusión sobre artículo 5° e Informe de la Comisión Mixta; discusión sobre los artículos 2° y 14). Ello nos permite circunscribir aún más la noción de convivencia, por su relación con el matrimonio;

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que en tal sentido cabe tener presente, además, que el legislador ha utilizado al menos desde 1940 el concepto en diversas regulaciones, ya sea reconociéndole efectos jurídicos positivos a la convivencia, como titularidad sobre derechos, pretensiones judiciales, beneficios económicos o pensiones (Ley N°16.282, sobre sismos o catástrofes naturales; Ley N°19.696, que introdujo el Código Procesal Penal; Ley N°19.968, que crea los tribunales de familia; Ley N°19.980, que amplía los beneficios de la Ley N°19.123 sobre reparación; DFL N°1 de 2003, del Ministerio del Trabajo, que fijó el texto refundido del

Código del Trabajo); así como fundamento de obligaciones para los convivientes (texto original de la Ley N°14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias) e incluso en otras normas penales (Ley N°19.617, que modificó las normas sobre delitos sexuales; Ley N°19.927, que penaliza la pornografía infantil);

TRIGESIMOCTAVO: Que, finalmente, hay que recordar que existe una interpretación judicial y doctrinaria muy sólida de su significado. En efecto, el término “convivencia” (anteriormente “concubinato”) se utiliza desde hace varios años y ha sido objeto de numerosos pronunciamientos judiciales. Desde ya, nuestra Corte Suprema ha utilizado estos conceptos desde el año 1904 (Díaz Vargas con Carvajal, sentencia de 16 de diciembre, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. II, secc. 1ª, pág. 227), y le ha otorgado efectos jurídicos y un reconocimiento a dicha relación como una institución que posee un lugar propio en el derecho privado. El reconocimiento de efectos jurídicos por los jueces a la convivencia es una constante en nuestro derecho civil (Ramos Pazos, René, “Derecho de Familia”, T. II, 6ª ed., 2009, pág. 627 y siguientes). Sus elementos, de acuerdo a la doctrina especializada son, por una parte, un elemento objetivo (*corpus*), el vivir juntos y, por otra parte, un elemento subjetivo (*affectio*), la conciencia de compartir la vida en común. Dicha unión se caracteriza por ser lícita (adecuada al ordenamiento jurídico), notoria o pública, de naturaleza afectiva y por poseer contenido sexual (Donoso Vergara, Florencia y Río-

seco López, Andrés, “El concubinato ante la jurisprudencia chilena”, Santiago, Lexis-Nexis, 2007; Barrientos Grandón, Javier, “De las uniones de hecho”, Santiago, Lexis-Nexis, 2008, págS. 28 a 51 y Ramos Pazos, René, ob. cit., págs. 627 y 628; y la numerosa jurisprudencia citada por dichos autores);

TRIGESIMONOVENO: Que, en consecuencia, la presencia de elementos lingüísticos, y una precedente interpretación judicial y doctrinaria, entregan suficiente contenido al concepto como para ser aplicado por el tribunal del fondo;

CUADRAGESIMO: Que, en cualquier caso, tal como ha interpretado la doctrina civilista, la existencia de la convivencia requiere la determinación de circunstancias de hecho, cuyo establecimiento corresponde a los jueces de la instancia y no a esta Magistratura.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 1°, 4°, 5°, 6°, 7°, 19, N°s 3° y 26° y 93, inciso primero, N°6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA: Que se rechaza el requerimiento de fojas 1. Déjese sin efecto la suspensión decretada.

Se previene que la Ministro señora Marisol Peña Torres concurre a la sentencia sin compartir los razonamientos contenidos en los considerandos 36°, 37°, 38° y 39°, por estimar que contienen argumentos que han

de ser ponderados exclusivamente por el juez de fondo.

Redactaron la sentencia los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander y la prevención su autora.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROL N°1.432-09-INA.

Se certifica que el Ministro señor José Luis Cea Egaña concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo pero no firma por haber cesado en su cargo.

Se certifica que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurrió

a la vista de la causa y al acuerdo del fallo pero no firma por encontrarse en comisión de servicio en el extranjero.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, doña Marta De la Fuente Olguín.”

CONTENIDOS

Artículos

La incautación, destinación y comiso en la Ley 20.000
Renzo Figueroa Aste

El consumo de drogas en la legislación internacional y nacional
Ximena Marcazzolo Awad

Restricción a las comunicaciones telefónicas en la ley de drogas chilena
Carolina Zavidich Diomedi

Imputación de responsabilidad penal por cuasidelito a órganos directivos de hospitales públicos: la importancia del establecimiento de criterios de normalidad, de los límites del principio de confianza y de los análisis comparativos
Francisco Soto Donoso

El consentimiento informado en la praxis médica
Alejandra Vera Azócar

Algunos comentarios sobre estadísticas del Ministerio Público en materia de investigación de delitos económicos
Alejandro Litman Silberman

Tipificación de los delitos terroristas en Chile, a la luz del marco jurídico universal de lucha contra el terrorismo
Tania Sironvalle Sosa

Sentencias Comentadas

Sentencia que condena al ex Alcalde de Antofagasta y a otros tres acusados por fraude al Fisco y fallo de la Corte de Apelaciones que rechaza los recursos de nulidad intentados
José Luis Cortés Zepeda

Recurso de nulidad acogido por la Excm. Corte Suprema por infracción al debido proceso, al no permitir incorporar sentencia de procedimiento abreviado ni testigos como prueba nueva
Roberto Morales Peña

Las medidas cautelares en delitos de violencia intrafamiliar y el delito de desacato
Rodrigo Fernández Moraga

Comentario a sentencia del Tribunal Constitucional. Artículo 390 del Código Penal: convivencia
María Cecilia Ramírez Guzmán

Fallos

Recurso de queja acogido. Exigencia de prueba del derecho extranjero en la extradición activa
Corte Suprema

Recurso de queja acogido. Facultades de las Cortes de Apelaciones al acoger un recurso de nulidad. *Reformatio In Peius*
Corte Suprema

Recurso de nulidad rechazado. Control de identidad y delito flagrante
Corte Suprema

Recurso de nulidad rechazado. Retardo en la entrega al Servicio de Salud, de la droga incautada
Corte Suprema

Recurso de queja acogido. Infracción del artículo 360 del Código Procesal Penal. Pronunciamiento sobre cuestiones no planteadas en el recurso de apelación
Corte Suprema

Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Entrada en vigencia del Código Procesal Penal en la Región Metropolitana.
Tribunal Constitucional