

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°39 - JUNIO 2009

REVISTA JURÍDICA
DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°39 - Junio 2009

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Colaboradora:

Andrea González Leiva

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz

Coordinador

Sandra Luco Castro

Ricardo Mestre Araneda

María Cecilia Ramírez Guzmán

Manuel Zárate Campos

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

Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Facultad de formalizar la investigación; suspensión condicional del procedimiento 11

Tribunal Constitucional

Sentencias Comentadas

Recurso de nulidad acogido: causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal y debido proceso en procedimiento de acción privada 45

Hernán Ferrera Leiva

II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

Comentarios acerca de la Ley N°20.341 que aumenta las penas en los delitos de corrupción 57

Hernán Fernández Aracena

Sentencias Comentadas

Tribunal Oral en lo Penal de Talca condena a alcaldesa del Maule por nombramiento ilegal y fraude al Fisco 69

Roberto Morales Peña

III. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículos

Acción constitucional de amparo por aplicación del artículo 39 de la Ley N°20.000 95

Manuel Guerra Fuenzalida y Renzo Figueroa Aste

Los cambios en la organización criminal ligada al tráfico de drogas en el espacio público, y la vigencia del marco legal destinado a su persecución 104

Jorge Muñoz Bravo

El comiso y los terceros 114

Alejandra Vera Azócar

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Artículos

- El alcance del término “acusado” en la Convención Interamericana de Extradición de 1933 135
Eduardo Picand Albónico

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

Artículos

- Las investigaciones por negligencias médicas y la Ley AUGE 147
Macarena Car Silva
- Las explicaciones que dan los acusados ante la imputación del delito de violación del art. 361 N°1 del C.P. durante la audiencia de juicio oral: su repercusión en la investigación criminal 153
Karen Guzmán Valenzuela
- Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo 170
Francisco Soto Donoso

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

Artículos

- La investigación de los delitos vinculados al robo y receptación de cables: un ejemplo de persecución penal inteligente 187
Alejandro Moreira Dueñas
- Análisis de la estructura típica del delito de usurpación de aguas. Régimen legal de las aguas y particularidades del delito 196
Verónica Rosenblut Gorodinsky
- Absolución por el delito de lavado de dinero culposo: contenido y límites del concepto de “negligencia inexcusable” 208
Antonio Segovia Arancibia

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

La retractación en violencia intrafamiliar y su incidencia en el sistema procesal penal 223

María José Taladríz Eguilúz, María Angélica San Martín Ponce y Roberto Rodríguez Manríquez

Sentencias Comentadas

Comentario a la resolución que no decreta cautelares del art. 155 del Código Procesal Penal, por hechos ocurridos al interior del Centro Semicerrado de Limache 244

Guillermo Felipe Merino

Comentario a sentencia condenatoria por maltrato habitual dictada por el Juzgado de Garantía de Tomé 249

Cristian Oróstica Sanhueza

Comentario a sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua (“Caso Gendarme”) 261

Carolina Suazo Schwancke

PRÓLOGO

En esta nueva edición de nuestra revista, y haciendo eco de varias de las preocupaciones contingentes de nuestra sociedad, hemos dado especial cobertura a temas que han inquietado a la opinión pública en estos últimos meses.

Es así como presentamos un interesante artículo que aborda el tema de la corrupción, así como el comentario a una sentencia que condenó por los delitos de nombramiento ilegal y fraude al Fisco.

En un segundo frente de contingencia, también se incluye un artículo respecto de las negligencias médicas a la luz de la implementación de la Ley Auge.

Y como tercer campo de preocupación actual, presentamos un estudio acerca de las explicaciones y justificaciones más frecuentes que suelen dar los imputados por delitos de violación.

Ahora, y como aspecto constructivo e integrador respecto de qué hacemos y cómo enfrentamos los problemas de índole penal que nos afectan como sociedad, ofrecemos un artículo que explora en la implementación de políticas efectivas contra un determinado tipo de delincuencia, esto es el robo y receptación de cables, que demuestra la posibilidad real de combate eficiente contra cierto grupo de ilícitos y que nos recuerda la necesidad de enfrentar de manera planificada determinadas formas de criminalidad que nos afectan.

Pero no sólo nos hemos preocupado de ofrecer contenidos relacionados con el acontecer más candente, sino que también agregamos interesantes elaboraciones respecto de otros tópicos penales de alta relevancia, como lo son diversos problemas ligados al tráfico ilícito de estupefacientes, sea desde el punto de vista de su organización, como de las herramientas con que contamos para su combate; la trata de personas; el delito de usurpación de aguas, y las figuras culposas en el ámbito del lavado de dinero, temas todos de alta complejidad y relevancia que requieren de estudios y análisis constantes para poder estar en condiciones adecuadas para hacerles frente.

Finalmente, en nuestro permanente afán de mantenernos actualizados en el quehacer de nuestros Tribunales, hemos querido presentar también fallos del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema en temas de gran interés, como son las facultades del fiscal y los derechos de los querellantes en el proceso penal, desde la perspectiva de las garantías constitucionales, y el derecho del querellante a un proceso racional y justo en procesos por delitos de acción privada, respectivamente.

SABAS CHAHUÁN SARRÁS
Fiscal Nacional

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RECHAZADO. FACULTAD DE FORMALIZAR LA INVESTIGACIÓN; SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO

Tribunal: Tribunal Constitucional

Resumen:

En cuanto a la facultad de formalizar la investigación:

Desde el punto de vista constitucional, la comunicación que efectúa el fiscal del Ministerio Público al imputado, de que se sigue una investigación en su contra, en presencia del juez de garantía, es una expresión de la facultad privativa que el artículo 83 de la Carta Fundamental ha confiado al Ministerio Público en orden a dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado. Al mismo tiempo, es un requisito indispensable para que se pueda ejercer otra de las atribuciones confiadas por la Constitución al Ministerio Público, como es la de ejercer la acción penal pública, en su caso, lo que dependerá precisamente de la investigación realizada.

Aun cuando la formalización de la investigación es una facultad del fiscal que dirige la investigación, ella no puede ejercerse en forma discrecional, al punto que se lesionen derechos del imputado o del querellante y víctima.

No puede prosperar una acción de inaplicabilidad en que, bajo la aparente imputación de inconstitucionalidad en la aplicación de determinado precepto legal en una gestión judicial pendiente, en realidad se pretende cuestionar la forma o modalidad en que determinadas autoridades han procedido en el cumplimiento de sus potestades privativas¹.

En cuanto a la suspensión condicional del procedimiento:

Una interpretación armónica de las diversas disposiciones del Código Procesal Penal, permite desechar la alegación del requirente de que la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, efectuada por el fiscal procediendo de acuerdo con el imputado, en la gestión pendiente de que se trata, importe transgredir la facultad privativa del juez de garantía de adoptar la decisión sobre tal solicitud.

No resistiría un test de constitucionalidad, desde el punto de vista del debido proceso legal y, particularmente, de la igualdad procesal, que el juez quedara vinculado por la posición expresada por el querellante o por la víctima, en desmedro de las posiciones de los demás intervinientes en el proceso. Más bien, en ejercicio de la facul-

1 También sobre la facultad de formalizar la investigación, ver sentencia dictada en requerimiento de inaplicabilidad rol N°815 del día 19 de agosto de 2008, que acogió un requerimiento respecto del artículo 230 inciso 1° del Código Procesal Penal.

tad jurisdiccional que le compete, el juez deberá ponderar los distintos argumentos vertidos en la audiencia de suspensión condicional del procedimiento, concediendo o denegando la solicitud sobre la base de la concurrencia de los requisitos legales que la hacen procedente.

Texto Completo:

Santiago, dos de junio de dos mil nueve.

VISTOS:

Con fecha tres de octubre de dos mil ocho, el representante de Cosmética Vegetal S.A., Jaime Ignacio Méndez Reveco, ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 229, 230, inciso primero, y 237, inciso antepenúltimo, del Código Procesal Penal, en la causa seguida ante el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N°4428-2007, RUC N°0710010844-K, por los delitos de estafa y apropiación indebida.

Las normas impugnadas disponen:

“Artículo 229.- Concepto de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.”

“Artículo 230.- Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.

Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúanse los casos expresamente señalados en la ley.”

“Artículo 237.- Suspensión condicional del procedimiento. El fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento.

El juez podrá requerir del ministerio público los antecedentes que estimare necesarios para resolver.

La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse:

- a) Si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad, y
- b) Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

La presencia del defensor del imputado en la audiencia en que se ventilare la solicitud de suspensión condicional del procedimiento constituirá un requisito de validez de la misma.

Si el querellante o la víctima asistieren a la audiencia en que se ventile la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, deberán ser oídos por el tribunal

Al decretar la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía establecerá las condiciones a las que deberá someterse el imputado, por el plazo que determine, el que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres. Durante dicho período no se reanudará el curso de la prescripción de la acción penal. Asimismo, durante el término por el que se prolongare la suspensión condicional del procedimiento se suspenderá el plazo previsto en el artículo 247.

La resolución que se pronunciare acerca de la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, por la víctima, por el ministerio público y por el querellante.

La suspensión condicional del procedimiento no impedirá de modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho”.

Señala la requirente que en mayo de dos mil siete dedujo querrela en contra de la jefa administrativa de la empresa Cosmética Vegetal S.A., señora M.S.A.B., la que fue acogida a tramitación por el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago. Tal querrela posteriormente fue ampliada a V.A.R.B., ex gerente general, y su cónyuge M.L.M.S.. Durante la

investigación, el fiscal asignado a la causa suspendió las diversas gestiones solicitadas por el querellante y posteriormente llegó a un acuerdo con el querellado R.B. para formalizarlo por supuestos delitos de “bagatela”. El juzgado de garantía fijó audiencia de formalización y salida alternativa para el día treinta de septiembre de dos mil ocho.

Expresa la peticionaria que estando la causa paralizada y dado que el fiscal había resuelto no perseverar, así como para conocer oficialmente si continuaría la investigación y si formalizaría a los demás imputados, el requirente solicitó al tribunal la protección en cuanto a garantizar sus derechos durante el procedimiento; sin embargo, tal petición no fue acogida argumentando que eran materias de exclusiva competencia del Ministerio Público, lo que motivó la interposición de recursos de reposición y apelación en subsidio, los que fueron rechazados. En la fecha prevista, se realizó la audiencia de formalización y el fiscal procedió a formalizar al querellado R. por los delitos de estafa residual y apropiación indebida, y solicitó salida alternativa, aduciendo que los delitos estaban en grado de frustrados, que el imputado había colaborado y tenía intachable conducta anterior.

Con fecha nueve de octubre de dos mil ocho, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró la admisibilidad del requerimiento, suspendiendo el procedimiento y pasando los autos al Pleno para su substanciación.

Con fecha tres de noviembre de dos mil ocho, el Ministerio Público formuló sus observaciones al requerimiento, indicando, en primer lugar, que las solicitudes de la requirente exceden la competencia del Tribunal Constitucional contemplada en el artículo 93, N°6, de la Constitución, pues lo que se requiere no es la inaplicabilidad de las normas impugnadas, sino que se pretende que se habilite al requirente para objetar la formalización o para formularla por su cuenta. Además, la declaración de inaplicabilidad de las normas impugnadas tampoco haría desaparecer el efecto contrario a la Constitución que se reclama.

Con fecha veintidós de noviembre de dos mil ocho, V.R.B. y M.L.M.S., en sus observaciones al requerimiento, indican que el requirente pretende impugnar por una vía no adecuada la resolución judicial que aprueba la suspensión condicional del procedimiento, en contra de la cual proceden recursos ordinarios.

Con fecha veinticuatro de noviembre de dos mil ocho, M.A.B., evacuando sus observaciones, señala que no se pronunciará sobre el fondo de la investigación, considerando que no corresponde analizar tales hechos en este momento procesal, existiendo otras instancias judiciales para hacerlo, como son la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema.

Los argumentos planteados respecto de las normas impugnadas son los siguientes:

Artículo 237, inciso antepenúltimo, del Código Procesal Penal.

Señala la requirente que esta disposición le permite al fiscal, a su criterio, llegar a acuerdo con el imputado, sin conocimiento de la víctima ni del querellante, adecuando la formalización a los hechos que estime y penalidades necesarias para una salida alternativa, forzando de esta manera la adopción de la misma, limitándose la víctima sólo a ser oída sin poder efectivamente oponerse y tener un debido proceso.

En torno a la suspensión condicional del procedimiento, que es una de las formas de terminar anticipadamente el procedimiento, sometiendo al imputado a determinadas condiciones, el Ministerio Público explica que esta suspensión constituye una opción de política criminal adoptada por el legislador en relación a delitos que no constituyen un atentado grave al interés público. Supone un acuerdo entre el fiscal y el imputado, sometido a la decisión del juez de garantía que podrá autorizar tal suspensión siempre que concurran los requisitos que la norma señala. Esta suspensión requiere de la decisión del juez de garantía que debió oír a la víctima o al querellante, lo que se expresa en la apelación concedida en contra de la resolución que otorgó la suspensión, lo que ha sido ejercido por el requirente, por lo tanto, al parecer, lo que éste pretende es oponerse a la suspensión que decreta el juez. En el caso concreto, el Ministerio Público formalizó a uno de los querellados por los delitos de estafa frustrada y

apropiación indebida y, concurriendo los requisitos legales, se solicitó la suspensión del procedimiento, quedando el imputado sujeto a la condición de firma cada dos meses fijando domicilio y pago de una suma de dinero de \$5 millones, por lo cual la norma impugnada no impide al querellante oponerse a la suspensión del procedimiento. Además la inaplicabilidad de la norma no haría desaparecer el efecto.

En sus observaciones al requerimiento los señores R.B. y M.S. señalan que respecto a la supuesta vulneración del artículo 19 N°3, incisos primero y quinto, de la Constitución, el artículo 237 del Código Procesal Penal en nada afecta a estas garantías, ya que no da lugar a una discriminación arbitraria dado que la ley es general y aplicable a todo habitante del territorio nacional y el requerimiento busca precisamente un tratamiento especial para un caso particular.

En relación al artículo 237 del Código Procesal Penal, la señora A. expone que la argumentación de la peticionaria de que esta disposición limitaría los derechos del querellante y víctima ya que sólo puede ser oído por el tribunal sin poder oponerse efectivamente, tal cosa no ocurre, ya que la misma norma establece la posibilidad de apelar respecto a la suspensión condicional.

Artículos 229 y 230 del Código Procesal Penal.

Indica la requirente que los artículos 229 y 230, inciso primero, del

Código Procesal Penal, que permiten exclusivamente al fiscal formalizar por los delitos que mejor le parezcan y cuando considere oportuno, quedando a su criterio hacerlo, exista o no víctima, pudiendo formalizar o no sin rendir cuenta al tribunal, importan juzgar, desconociendo los derechos del querellante. Si decide no formalizar simplemente juzga, lo que le está expresamente vedado por la Constitución.

En este capítulo, respecto a la supuesta inexistencia de una investigación justa y racional, el Ministerio Público indica que ello no se desprende de la aplicación de las disposiciones impugnadas, sino de determinadas actuaciones u omisiones del fiscal con que el requirente no está de acuerdo. El examen que permite la Constitución se refiere a la acción de determinadas normas y no a la calificación o evaluación de la conducta o desempeño de una autoridad o de un funcionario. La formalización de la investigación definida por el artículo 229 del Código Procesal Penal es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados, siendo una actividad propia del Ministerio Público, lo que ha sido confirmado por jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La investigación racional y justa, contemplada en el artículo 19, N°3, inciso quinto, de la Constitución, se cumple en la presente causa, realizando el fiscal una extensa actividad investigativa, que sólo ha permitido

formalizar y suspender condicionalmente respecto de los hechos ya referidos.

En relación al ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público señala que tanto el Código de Procedimiento Penal como el Código Procesal Penal recogen el principio de persecución oficial, por el que el Estado puede y debe perseguir los delitos, particularmente los de acción penal pública, lo que ha derivado en la concentración del poder punitivo en las manos del Estado, excluyendo a los ciudadanos. Actualmente, el Código Procesal Penal suma al principio de oficialidad el principio acusatorio, que divide las funciones de investigar y acusar, por una parte, y la de juzgar por otra, en que el Estado mantiene todas ellas, pero distribuidas en autoridades diversas, estableciendo un sistema de controles y contrapesos que permiten el juzgamiento imparcial de los delitos. Así, la víctima, sea o no querellante, tiene un estatuto superior ya que se ha previsto su intervención en los procesos, se preservan sus derechos y se ha impuesto a un órgano autónomo de rango constitucional la misión de protegerlos, lo que recalcan la Ley Orgánica del Ministerio Público y el Código Procesal Penal. Por su configuración jurídica, el Ministerio Público tiene una posición distinta al querellante, dado que la Constitución le confía exclusivamente la dirección de la investigación, tanto para acreditar la existencia del delito y la participación del imputado como lo que acredite su inocencia, por lo que se distingue de la víctima o querellante.

Además, el Ministerio Público señala que el inciso segundo del artículo 83 de la Carta Fundamental dispone que el ofendido y demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal, pero esto debe verse en concordancia con toda esa disposición, por lo que debe hacerlo en su caso y en la forma prevista por la ley.

Sobre este punto, en relación al artículo 229 del Código Procesal Penal, explican los señores R.B. y M.S. que el querellante ha utilizado todas las herramientas procesales y sustantivas que la ley le otorga, lo que demuestra que nunca se ha vulnerado la garantía de igualdad ante la ley tanto procesal como sustantiva. En tanto, en relación al artículo 230 del mismo Código, afirman que el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público implica la facultad de acusar, lo que está basado en el artículo 83 de la Constitución, pero, existiendo pruebas de inocencia o falta de pruebas, deberá abstenerse de acusar.

La señora A. en este capítulo señala que el artículo 229 del Código Procesal Penal se refiere al concepto de formalización de la investigación, cuya finalidad es enterar formalmente al imputado de la investigación, estableciéndose la intervención del juez de garantía, lo que no vulnera derechos y sólo es una formalidad de comunicación frente a un juez, por lo que la eventual limitación de derechos que podría originarse es por las medidas cautelares decretadas por el mismo juez y no por el fiscal. En relación al artículo 230, inciso primero, del Código Procesal

Penal, esencialmente respecto de su objeción, el requirente sostiene que el debido proceso sólo se respeta en la medida que se prive al fiscal de la formalización y se permita al querellante continuar dicha actuación, lo que no puede ser aceptable.

Argumentación respecto a la vulneración del artículo 83 de la Constitución.

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, expone el requirente que el Ministerio Público no puede comportarse a su arbitrio, como único titular de la acción penal, desconociendo el derecho de la querellante y víctima, pretendiendo juzgar por la vía de privar a la querellante del debido proceso, inhibiendo al órgano jurisdiccional la facultad de juzgar y dejando en la impunidad hechos delictuosos, todo lo cual es contrario a la Constitución, especialmente a lo dispuesto en su artículo 83.

En este capítulo, el Ministerio Público indica que en lo que toca a la ejecución o no de las actividades de investigación propuestas por el querellante, el requerimiento debe rechazarse, ya que el artículo 83 de la Constitución entrega a esa entidad la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito, de aquellos que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado. Tal facultad se encuentra desarrollada en el artículo 183 del Código Procesal Penal, que permite a los intervinientes solicitar las diligencias de inves-

tigación que estimen pertinentes y faculta al fiscal para llevar a efecto las que estime conducentes. El afectado puede reclamar a la autoridad del Ministerio Público. Sin embargo, el artículo 183 no ha sido impugnado, por lo que el reclamo debe ser desatendido.

En cuanto a este punto de inaplicabilidad, los señores R.B. y M.S. expresan que el proceso penal de acción pública no es un juicio entre particulares y es el Ministerio Público quien representa los intereses del Estado en contra de un particular al cual se le imputa la comisión de un delito. El artículo 83 de la Constitución Política establece que el Ministerio Público tiene la titularidad de la conducción de la investigación y, ya que ha tenido en cuenta todos los antecedentes para llegar a determinar la existencia de los delitos imputados en la querrela, es evidente que la posición del ente persecutor de suspender condicionalmente el procedimiento se debe a que ha apreciado que los delitos pueden ser materia de una salida alternativa del procedimiento penal. Lo que pretende el requirente es que el Ministerio Público renuncie a las atribuciones establecidas en el artículo 83 de la Carta Fundamental, que le otorga el mandato de dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado. Manifiestan que el Ministerio Público realizó una investigación exhaustiva de los hechos alegados por el querellante y posteriormente procedió a forma-

lizar aquellos que estimó constitutivos de delito respecto de las personas que según su propia investigación tendrían participación en los mismos, por lo que estiman que el querrelante y requirente pretende ejercer funciones persecutorias y acusatorias en materia penal que la Constitución expresamente reserva al Ministerio Público, lo cual ha sido corroborado por la resolución del Juez de Garantía de Santiago, en audiencia de formalización y suspensión del procedimiento de 30 de septiembre de 2008. Añaden que el juez de garantía es el encargado de escuchar al resto de los intervinientes acerca de si se cumplen los requisitos para dictar la salida alternativa, lo que se cumpliría en el caso sublite. Además, le corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción pública en la forma prevista por la ley, por lo que atendiendo a su propia normativa es que tiene la facultad de solicitar al juez de garantía, previo acuerdo del imputado, la suspensión condicional del procedimiento.

Expresan asimismo que, de acuerdo a la norma constitucional del Ministerio Público, éste no sólo está obligado a determinar la participación en el hecho punible, sino además a investigar todos aquellos antecedentes que acrediten la inocencia del imputado, y en este caso concreto el organismo ha distinguido los ilícitos que deben ser formalizados y sancionados y aquellas meras acusaciones infundadas, sin prueba, respecto de las cuales no corresponde sanción penal. Así, el principio de oficialidad por el cual el Estado puede o debe perseguir los

delitos de oficio, sin consideración al ofendido, se vincula al ejercicio de la acción.

Sobre la vulneración al artículo 83 de la Constitución, que dispone que el Ministerio Público detenta en forma exclusiva la dirección de la investigación, señalan que esta obligación no sólo es un “poder” sino que es un “deber” y si los hechos invocados no constituyen delito, no es obligación su investigación ni su formalización; el ejercicio de la acción penal implica acusar y, a la inversa, si existen pruebas de inocencia o falta de pruebas incriminatorias, el fiscal debe abstenerse de actuar. Si bien el artículo 340 del Código Procesal Penal es aplicable al tribunal, evidentemente el Ministerio Público debe tener la conciencia de que de la investigación se han logrado suficientes antecedentes para que el ente sentenciador adquiera la convicción de la culpabilidad del imputado, porque, de lo contrario, evidentemente no acusará.

Argumentos en torno a los artículos 1°, 5°, 6° y 7° y artículo 19, N°26, de la Carta Suprema.

La requirente además señala que las normas impugnadas contravienen las disposiciones constitucionales contempladas en los artículos 1°, 5°, 6°, 7° y 19, N°26.

En relación a estas infracciones constitucionales, el Ministerio Público sostiene que ellas no tienen ningún fundamento en el requerimiento.

Los señores R.B. y M.S. indican que respecto a la pretendida violación

del artículo 1° de la Constitución, la igualdad no ha sido vulnerada en este caso por la aplicación de las normas impugnadas. Por el contrario, la ley es aplicable a todos y cada uno de los habitantes de la República, de forma que los requirentes para obtener la inaplicabilidad que solicitan debieran acreditar encontrarse en una situación especial, por lo cual la aplicación de las normas objetadas constituya una inconstitucionalidad, circunstancia que nunca ha sido ni siquiera enunciada por el requirente.

En cuanto a la vulneración de los artículos 5°, 6° y 7° de la Carta Fundamental, señalan que los órganos del Estado que han participado en este proceso penal han actuado dentro de sus atribuciones y con sujeción a mandatos constitucionales expresos, por lo que no parece razonable sugerir que los funcionarios judiciales y del Ministerio Público no hayan desarrollado sus funciones en conformidad a la Constitución y la ley.

Finalmente, respecto de la vulneración del artículo 19 N°26 de la Constitución, expresan que la suspensión condicional del procedimiento que señalan los artículos 237 y siguientes del Código Procesal Penal no involucra la impunidad arbitraria de un imputado, sino, por el contrario, es la facultad de omitir la ejecución de un juicio penal. Ello no obsta a demandar civilmente los perjuicios causados por la comisión del delito.

Se ordenó traer los autos en relación y con fecha treinta de diciembre de dos mil ocho se oyeron alegatos de los abogados Carlos Hafemann, en

representación de la requirente Cosmética Vegetal S.A., Hernán Ferrara Leiva, en representación del Ministerio Público, y Cristóbal Contardi Elexpuru, en representación de los querellados M.S. y R.B..

Para mejor resolver se tuvo a la vista el expediente respectivo.

CONSIDERANDO:

I. Identificación del conflicto constitucional sometido a esta Magistratura.

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”;

SEGUNDO: Que 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”;

TERCERO: Que, como se ha indicado en la parte expositiva, don Jaime Ignacio Méndez Reveco, en representación de Cosmética Vegetal S.A., ha solicitado a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad de los artículos 229, 230, inciso primero, y 237, inciso antepenúltimo, del Código Procesal Penal, en la causa que se tramita ante el 4° Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 4428-2007, RUC 0710010844-K, por los delitos de estafa y apropiación indebida. Esta es, justamente, la gestión pendiente que autoriza la interposición de la referida acción de inaplicabilidad;

CUARTO: Que, según lo planteado por el requirente, la aplicación de los artículos 229, 230, inciso primero, y 237, inciso antepenúltimo, en la gestión judicial descrita precedentemente, vulneraría las normas contenidas en los artículos 1°, 5°, 6°, 7° y 19, numerales 3°, incisos primero y quinto, y 26°, así como el artículo 83, todos de la Constitución, agregando que ello debe entenderse “sin perjuicio que han permitido actuaciones del todo arbitrarias”.

Las normas constitucionales que el requirente estima vulneradas por la aplicación de los preceptos impugnados en la causa sub lite, disponen:

“Artículo 1°.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

“Artículo 5°.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por

los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

“Artículo 6°.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

“Artículo 7°.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona, ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

3° La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

(...)

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.

(...).

26°.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

“Artículo 83.- Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.

El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos

que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de autorización judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso.

El ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen.”;

QUINTO: Que la esencia de la argumentación del requirente en cuanto a la manera en que los preceptos legales reprochados en esta oportunidad producen un resultado contrario a la Constitución, en la causa ya identificada, que sustancia actualmente el 4° Juzgado de Garantía de Santiago, consiste en que de aplicarse, precisamente, las normas impugnadas del Código Procesal Penal, el Ministerio Público aparecerá “como único titular de la acción penal”, desconociendo todo derecho a la querellante y víctima, priván-

dola del “debido proceso”. Al mismo tiempo, la aplicación de los referidos preceptos legales importará, a juicio del requirente, que el Fiscal pueda o no formalizar por el o los delitos que mejor le parezcan y “cuando lo considere oportuno”, lo que importaría el ejercicio de la facultad de “juzgar”, lo que le está expresamente vedado;

SEXTO: Que para resolver el conflicto constitucional planteado a esta Magistratura, resultará necesario examinar cada una de las impugnaciones planteadas por el requirente, a la luz de los antecedentes concretos proporcionados, tanto por él mismo como por el Ministerio Público y las demás partes en el proceso criminal que le sirve de sustento, señor V.R.B. y señora M.L.M.S., en sus respectivos escritos de observaciones al requerimiento, unido al examen del expediente del 4° Juzgado de Garantía de Santiago, traído a la vista por resolución de fojas 209. Lo anterior, porque, conforme a la ya reiterada jurisprudencia recaída en acciones de inaplicabilidad tramitadas ante este Tribunal, éstas importan un examen concreto de la constitucionalidad de los preceptos legales reprochados, donde los hechos ventilados en la causa sub lite son inevitables de considerar por esta Magistratura, a fin de resolver si la aplicación de tales preceptos, realmente, producirá un efecto contrario a la Constitución, que lleve al juez de dicha causa a inhibirse de su aplicación para resolver el asunto sometido a su conocimiento.

II. Inaplicabilidad del artículo 229 del Código Procesal Penal.

SÉPTIMO: Que aun cuando ya ha sido reproducido en la parte expositiva, resulta necesario recordar que el primero de los preceptos legales impugnados, el artículo 229 del Código Procesal Penal, dispone:

“Artículo 229.- Concepto de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.”;

OCTAVO: Que el requirente argumenta, en cuanto a la primera infracción constitucional, que el día 30 de septiembre de 2008 se realizó la audiencia de formalización de la investigación en la causa que se sustancia ante el 4° Juzgado de Garantía de Santiago, en la cual el Fiscal Adjunto, *“desconociendo arbitrariamente el mérito de autos, adecuando su formalización a la posterior ‘salida alternativa’, procedió a formalizar al querellado V.R. por dos delitos de ‘baga-tela’: estafa residual del Art. 473 del C.P. (debiendo haber sido conforme el (sic) Art. 468 del C.P. pues se atribuyó para su posterior pago, créditos supuestos, con penalidad sobre UTM 400) y en relación a la introducción de la contabilidad de seis facturas falsas (además se trataba de dos delitos, primero cuatro facturas, luego las otras dos) y apropiación indebida (sillas) del Art. 470 N°1 del C.P., en relación al Art. 467 N°3 (debiendo ser N°2, al exceder las 4 UTM)”*.

Agrega el actor que el Fiscal Adjunto *“no tuvo la más mínima deferencia –pese a solicitarlo reiteradamente (Art. 8° de su Ley Orgánica)– de informar previamente a mi parte sobre los fundamentos de la formalización y salida alternativa ni menos sus condiciones.”*;

NOVENO: Que el Ministerio Público, en su escrito de observaciones al requerimiento, recordó que el artículo 83 de la Constitución le entrega la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito, de aquellos que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado. Agrega que dicha potestad debe ser vinculada a lo previsto en el artículo 183 del Código Procesal Penal, que permite a todos los intervinientes en el proceso penal solicitar las diligencias de investigación que estimen pertinentes, facultando al fiscal del Ministerio Público para llevar a efecto aquellas que estime conducentes. El interviniente afectado con el rechazo de alguna solicitud dirigida al desarrollo de alguna diligencia de investigación puede reclamar ante la autoridad del Ministerio Público, según lo prevé el inciso segundo de la referida norma legal. Precisa el Ministerio Público que el requirente no ha cuestionado el aludido precepto. Añade que, incluso, realizada la formalización de la investigación, si ésta hubiere sido arbitraria, el imputado pudo reclamar ante las autoridades del Ministerio Público, de acuerdo a lo previsto en el artículo 231, inciso final, del Código Procesal Penal.

Así, en la tesis de dicho órgano, la inexistencia de una investigación racional y justa, alegada por el requirente, no se desprendería de la aplicación del artículo 229 del Código Procesal Penal, sino de “determinadas actuaciones u omisiones del fiscal del caso, respecto de las cuales el requirente no está de acuerdo”. Aún más, sostiene que el requirente no persigue la inaplicabilidad de esa norma legal sino que “se le habilite para objetar la formalización o formularla por su cuenta, actuaciones que no se pueden obtener o crear por esta vía”;

DÉCIMO: Que don V.A.R.B. y doña M.L.S. han sostenido, por su parte, en su escrito de observaciones al requerimiento, que “en definitiva lo que persigue el requirente es que el Ministerio Público renuncie a las atribuciones y mandato conferido (sic) por la Constitución Política de la República en su artículo 83”. En lo que respecta a la impugnación del artículo 229 del Código Procesal Penal, precisan que “al definir la formalización como una (sic) la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados, de difícil manera puede ser estimada como inconstitucional, dado que lo preceptuado en ese artículo justamente da materialidad a la garantía establecida en el N°3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, dado que en los términos del artículo 7 del Código Procesal Penal y sin perjuicio de otras excepciones contempladas es a contar de este momento que la

persona sujeta a ella puede ejercer las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, el Código Procesal Penal y otras leyes reconocen al imputado”.

En un sentido similar, doña M.A.B. ha planteado, en su respectivo escrito de observaciones al requerimiento, que el artículo 229 del Código Procesal Penal no vulnera derechos de nadie, dado que “*es sólo una formalidad de comunicación frente a un juez y si limita derechos es sólo posible a través de medidas cautelares que son decretadas por un Juez de Garantía y no por el Fiscal.*”;

DECIMOPRIMERO: Que esta Magistratura ha tenido ya oportunidad de referirse a los alcances de la formalización de la investigación, definida en el artículo 229 del Código Procesal Penal, destacando su carácter esencialmente garantista, cual es el de informar al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, sobre el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra. En el mismo sentido, las solicitudes del fiscal que impliquen privación o restricción de derechos del imputado deben ser resueltas por el juez de garantía previo debate de las partes, nunca en forma automática y con posterioridad a la formalización de la investigación (Sentencia rol N°736, considerando 11°);

DECIMOSEGUNDO: Que, desde el punto de vista constitucional, la comunicación que efectúa el fiscal del Ministerio Público al imputado,

de que se sigue una investigación en su contra, en presencia del juez de garantía, es una expresión de la facultad privativa que el artículo 83 de la Carta Fundamental ha confiado al Ministerio Público en orden a dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado. Al mismo tiempo, es un requisito indispensable para que se pueda ejercer otra de las atribuciones confiadas por la Constitución al Ministerio Público, como es la de ejercer la acción penal pública, en su caso, lo que dependerá precisamente de la investigación realizada. En efecto, el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal prescribe que: *“La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica.”*;

DECIMOTERCERO: Que, por su parte, el artículo 19, N°3, inciso quinto, de la Constitución exige que “el legislador debe establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Como se sabe, la reforma constitucional de 1997, materializada a través de la Ley N°19.519, agregó las expresiones “e investigación” en la norma recordada con el objeto de hacer expresamente aplicables a investigaciones no jurisdiccionales, como las que desarrolla el Ministerio Público, las exigencias de racionalidad y justicia previstas en la aludida norma constitucional;

DECIMOCUARTO: Que, desde esa perspectiva, toda persona a quien afecte una investigación que desarrolla el Ministerio Público tiene derecho a ser enterada de que se sigue tal investigación, a ser oída durante el curso de la misma, a presentar documentos y otros antecedentes que permitan hacer valer su punto de vista y a deducir recursos o acciones destinadas a revisar las actuaciones del fiscal en la referida investigación.

Lo anterior, porque las actuaciones del fiscal, como las de todos los órganos del Estado, están sometidas a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (artículo 6°, inciso primero, de la Constitución) y deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados tanto en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículo 5°, inciso segundo, de la misma Carta Fundamental);

DECIMOQUINTO: Que para el cumplimiento de las exigencias derivadas de la necesidad de garantizar una investigación “racional y justa”, el Código Procesal Penal ha previsto diversos mecanismos para que el querellante y la víctima, como en el presente caso, puedan plantear sus pretensiones durante la fase de investigación que desarrolla el fiscal, como asimismo en relación con la formalización de la misma y, más aun, en caso de que el fiscal no proceda a realizar esta última impidiendo la prosecución del proceso criminal.

Lo anterior resulta consecuente con las consideraciones vertidas durante el debate parlamentario que precedió a la dictación de la Ley N°19.519, que incorporó el capítulo referido al Ministerio Público a la Constitución. Así, en el debate vertido en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, durante el primer trámite constitucional de esa reforma, se planteó que: “(..) el Mensaje reservaba el monopolio exclusivo de la acción penal pública al Ministerio Público. La indicación, como se dijo, deja abierta también la posibilidad de accionar al ofendido, en conformidad a la ley. Es claro que el fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculpaado y a la calificación jurídica de los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción penal. En tal sentido, si quien ha sufrido las consecuencias del delito, o sus representantes, no se conforman con la decisión del Ministerio Público, podrán accionar por su cuenta, en la forma que señale la ley procesal penal.” (Historia de la Ley N°19.519. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de abril de 1997, p. 34);

DECIMOSEXTO: Que, así, el Código Procesal Penal permite:

1) Que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento soliciten al fiscal todas aquellas diligencias que estimen pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, debiendo aquél ordenar que se lleven a efecto las que estime conducentes. Si el fiscal rechazare la solicitud, se

puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva (art. 183);

2) Que el imputado o los demás intervinientes puedan asistir a actuaciones y diligencias propias de la investigación cuando el fiscal lo estimare útil (art. 184);

3) Que cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, pueda pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueren objeto de ella, fijándole, incluso, un plazo para formalizarla (art. 186);

4) Que los intervinientes en el procedimiento puedan ser citados a la audiencia de formalización de la investigación, permitiéndoles también plantear peticiones en la misma (arts. 231 y 232);

5) Que el querellante particular pueda oponerse a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, instando, en cambio, por el forzamiento de la acusación (art. 258);

DECIMOSÉPTIMO: Que los antecedentes acompañados por el propio requirente a estos autos revelan que, precisamente, ha ejercido, en su calidad de querellante y víctima en el procedimiento penal respectivo, las distintas posibilidades de intervención que la ley le franquea durante la etapa de investigación. Consta, en efecto, que ha dirigido diversas comunicaciones, por escrito y en forma electrónica, al fiscal adjunto a cargo de la investigación de la causa

que sustancia el 4° Juzgado de Garantía de Santiago, algunas de ellas con copia al fiscal regional.

Al mismo tiempo, la revisión del expediente que sustancia el mencionado tribunal de garantía permite colegir que el querellante y requirente de inaplicabilidad ha reclamado, ante el juez respectivo, de las actuaciones del fiscal adjunto que lleva la investigación de los hechos de la causa, reclamos que han sido desestimados (escrito de 16 de septiembre de 2008 y resolución de 17 de ese mismo mes y año; escrito de reposición y apelación subsidiaria de 20 de septiembre de 2008 y resolución de 30 de septiembre de 2008 en la audiencia de formalización de la investigación; escrito de apelación de la suspensión condicional del procedimiento, de 3 de octubre de 2008, y resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 13 de octubre de 2008);

DECIMOCTAVO: Que las constataciones a que se ha aludido dan cuenta de que, en la especie, los preceptos legales impugnados no han infringido el precepto constitucional que obliga al Ministerio Público a desarrollar una investigación “racional y justa”, en los términos asegurados por el artículo 19, N°3, de la Carta Fundamental. Del mismo modo, no puede estimarse infringido el artículo 19, N°26, de la Constitución, que asegura que el legislador no podrá afectar los derechos en su esencia al regular, complementar o limitar las garantías que ella establece, como tampoco imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio;

DECIMONOVENO: Que, habida consideración de lo expresado, resulta claro que el requirente no impugna la institución de la formalización de la investigación, ni menos su aplicación en el proceso criminal de que se trata. Por el contrario, la argumentación contenida en el requerimiento y reiterada en estrados revela que no comparte la forma o manera en que el Fiscal ha procedido a formalizar ni la extensión de la formalización, pues, a su juicio, no ha considerado los delitos por los cuales se dedujeron las respectivas querellas y ha dejado fuera a dos de los imputados sin que exista base para ello;

VIGÉSIMO: Que, en consecuencia, no puede prosperar una acción de inaplicabilidad en que el precepto legal reprochado no produce, en su aplicación en la gestión pendiente de que se trata, un resultado contrario a la Constitución, como ha quedado demostrado al examinar los antecedentes de la tramitación de la causa criminal respectiva que dan cuenta de la activa intervención que le ha cabido a los querellantes durante el desarrollo de la fase de investigación, aunque con resultados que no les han sido favorables.

Tampoco puede prosperar una acción de inaplicabilidad en que, bajo la aparente imputación de inconstitucionalidad en la aplicación de determinado precepto legal en una gestión judicial pendiente, en realidad se pretende cuestionar la forma o modalidad en que determinadas autoridades han procedido en el cumplimiento de sus potestades privativas, cuando, precisamente, la ley ha atribuido

expresamente al Juez de Garantía la tutela de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal, todo ello sujeto a la formulación de los correspondientes recursos procesales en caso de una resolución adversa.

Así, a propósito de la víctima, el inciso primero del artículo 6° del Código Procesal Penal dispone que: “Protección de la víctima. El ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, *el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.*”

La discusión parlamentaria desarrollada en el Senado respecto del alcance de esta norma registra que “el papel de garante que tiene el juez sólo podrá ser cumplido efectivamente cuando alguno de los intervinientes reclame su intervención, o deba actuar por mandato directo de la ley. Este punto es particularmente válido si se considera que debe cumplir ese cometido durante todo el procedimiento, que se inicia con las primeras diligencias de investigación, hecho que, por regla general, ni siquiera estará en conocimiento del juez de garantía. En virtud de esta circunstancia se estuvo de acuerdo en precisar que los jueces garantizarán conforme a la ley la vigencia de los derechos de la víctima durante el procedimiento.” (Pfeffer Urquiaga, Emilio. “Código Procesal Penal Anotado y Concordado”. 2ª. Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 37);

VIGESIMOPRIMERO: Que, por las razones anotadas, este Tribunal desechará la solicitud de inaplicabilidad del artículo 229 del Código Procesal Penal, y así se declarará.

III. Inaplicabilidad del inciso primero del artículo 230 del Código Procesal Penal.

VIGESIMOSEGUNDO: Que el requirente ha solicitado, asimismo, la declaración de inaplicabilidad del precepto contenido en el inciso primero del artículo 230 del Código Procesal Penal, que señala:

“Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento mediante la intervención judicial.”;

VIGESIMOTERCERO: Que, fundando esta impugnación, el requirente ha sostenido que la norma cuestionada -junto con el artículo 229 del Código Procesal Penal- permite exclusivamente al fiscal formalizar por el o los delitos que mejor le parezcan y “cuando lo considere oportuno”. Añade que “queda a su buen o mal criterio, exista o no víctima que ha deducido querrela, pudiendo, a su arbitrio, formalizar o no y sin rendir cuenta a los Tribunales de Justicia, lo que puede importar JUZGAR, absolviendo de hecho y, derechamente, desconocer derechos en su esencia a la querellante.”

Precisando tales afirmaciones, aduce que se formalizó a V.R. “por los tipos penales que arbitrariamente estimó el Fiscal Adjunto” y que, pese a la

contundencia de las pruebas que se habrían reunido, no se ha formalizado ni a M.A.B. ni a M.L.M.S..

Finaliza argumentando que el Ministerio Público no puede comportarse -a su arbitrio y/o mero capricho- como único titular de la acción penal, desconociendo todo derecho a la querellante y víctima;

VIGESIMOCUARTO: Que, al respecto, el Ministerio Público ha insistido en que la formalización es un acto encomendado exclusivamente a los fiscales del Ministerio Público, quienes son responsables por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones. Al mismo tiempo, ha afirmado que de la jurisprudencia de este Tribunal se deriva que la formalización no puede ejercerse de manera discrecional, sin que se desconozca su carácter de potestad privativa del Ministerio Público a través de sus fiscales.

Plantea que lo que pretende el requirente, en definitiva, es que se le habilite para objetar la formalización o formularla por su cuenta, actuaciones que no están previstas por la ley;

VIGESIMOQUINTO: Que, por su parte, don V.R.B. y doña M.L.M.S. han sostenido en estos autos que los preceptos legales impugnados por el requirente no vulneran respecto de las partes ninguno de los preceptos establecidos en la Constitución Política y que lo que persigue el requirente es que el Ministerio Público renuncie a las atribuciones y mandato que le confiere el artículo 83 de la Constitución. Es en virtud de tales atribu-

ciones y mandato que, a su juicio, el fiscal adjunto de la causa realizó una investigación exhaustiva y cumplió con cualquier requerimiento para la misma, tanto desde el punto de vista lógico como legal, procediendo a formalizar dicha investigación por los hechos que estimó constitutivos de delito a las personas que supuestamente habían tenido participación en ellos.

La parte de doña M.A.B. ha argumentado, entretanto, que *“pretender que una parte a su arbitrio y anticipando sus intereses particulares realice una formalización permitiría verdaderas arbitrariedades casi arcaicas por decir algo, y la reforma lejos de su espíritu lo hubiera considerado.”*;

VIGESIMOSEXTO: Que la formalización de la investigación está concebida por el legislador como una facultad del Ministerio Público, salvo en aquellos casos en que el fiscal deba solicitar la autorización judicial previa para practicar determinadas diligencias de investigación, recibir anticipadamente pruebas o resolver sobre medidas cautelares, situaciones en la que está obligado a formalizar, a menos que lo hubiere realizado previamente, de conformidad con el inciso segundo del artículo 230 del Código Procesal Penal;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que aun cuando, por regla general, la formalización de la investigación es una facultad del fiscal que dirige la investigación, ella no puede ejercerse en forma discrecional, al punto que se lesionen derechos del imputado o del querellante y víctima.

Sobre el particular, este Tribunal ha afirmado que *“entender la facultad del Ministerio Público de formalizar la investigación como una alternativa discrecional, en la cual no se puede interferir y de la que puede derivar la decisión de no investigar y eventualmente de archivar, aun cuando el afectado por el delito ha manifestado su voluntad de proseguir la persecución penal mediante la interposición de una querrela (...) implica un acto de un órgano del Estado que produce como resultado evidente la negación de la tutela de los intereses penales de la víctima, la privación del derecho a la investigación del hecho delictivo y la imposibilidad de acceder a la jurisdicción para que ésta resuelva el conflicto penal que la afecta, como lo ordena el artículo 7° de la Constitución.”* (Sentencia Rol N°815, considerando 12°).

Al mismo tiempo, si no se formaliza se impide el control jurisdiccional de las actuaciones del fiscal. Como también ha expresado esta Magistratura, si el Ministerio Público se niega a formalizar, sin que emita resolución alguna, se impide *“el control jurisdiccional de sus actuaciones, única sede en la cual la víctima puede ser amparada en sus derechos.”*;

VIGESIMOCTAVO: Que, en la especie, ninguna de las aprensiones manifestadas por el Tribunal Constitucional ha tenido lugar. Por el contrario, el fiscal que dirige la investigación en que incide la causa que tramita el 4° Juzgado de Garantía, la ha formalizado en la audiencia de 30 de septiembre de 2008, a la cual concurrió el querellante y

requirente de inaplicabilidad con la posibilidad -que consta en el expediente respectivo- de plantear peticiones ante el juez de garantía, tal y como se lo asegura el inciso segundo del artículo 232 del Código Procesal Penal. Según se ha afirmado en el considerando decimoséptimo de esta sentencia, las peticiones formuladas por el querellante en la audiencia de formalización de la investigación ya aludida fueron desechadas por el juez de garantía, por resolución de 30 de septiembre de 2008;

VIGESIMONOVENO: Que, en estas circunstancias, no puede estimarse que la aplicación del artículo 230, inciso primero, del Código Procesal Penal, referido a la facultad del fiscal de formalizar la investigación cuando lo considerare oportuno, en la causa que se ventila ante el 4° Juzgado de Garantía de Santiago -que constituye la gestión pendiente en estos autos-, produzca un resultado contrario a lo previsto en los artículos 19, N°s 3°, inciso quinto, y 26° de la Carta Fundamental, de modo que, en cuanto a esta impugnación, también se rechazará la acción de inaplicabilidad deducida.

IV. Inaplicabilidad del inciso antepenúltimo del artículo 237 del Código Procesal Penal.

TRIGÉSIMO: Que, por último, el requirente ha impugnado la aplicación, en la causa sub lite, del inciso antepenúltimo del artículo 237 del Código Procesal Penal, que prescribe:

“Al decretar la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía establecerá las condiciones a las que deberá someterse el imputado, por el plazo que determine, el que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres. Durante dicho período no se reanudará el curso de la prescripción de la acción penal. Asimismo, durante el término por el que se prolongare la suspensión condicional del procedimiento se suspenderá el plazo previsto en el artículo 247.”;

TRIGESIMOPRIMERO: Que, sobre el particular, el requirente ha condensado su argumentación en que la norma reprochada permite al fiscal -de acuerdo a “su particular buen o mal criterio, intereses o percepciones particulares”- llegar a un acuerdo con el o los imputados, a espaldas de la víctima y del querellante, y adecuando su formalización a los hechos que estime y las penalidades necesarias para favorecer la salida alternativa. Con ello, según estima, se está otorgando al Ministerio Público la facultad de juzgar, privando de tal potestad al juez de garantía, quien debiera simplemente allanarse. Lo anterior es aun más grave, a su juicio, si se tiene presente que la víctima y querellante ha debido limitarse, en la audiencia respectiva, a ser oída, sin poder efectivamente oponerse y tener derecho a un debido proceso;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, al respecto, el Ministerio Público ha manifestado que la posibilidad de que la víctima asista a la audiencia en que se ventila la solicitud de suspensión condicional del procedimiento y que deba ser oída por el tribunal se origina en la modificación intro-

ducida por la Ley N°20.074, pues con anterioridad la norma sólo hacía referencia al querellante.

Agrega que la suspensión condicional del procedimiento requiere un acuerdo entre el fiscal y el imputado, sometido a la decisión del juez de garantía, quien podrá autorizar la suspensión solicitada siempre que concurren los requisitos que señala la ley y oyendo al querellante o a la víctima que asistan a la audiencia. Puntualiza que éstos pueden oponerse a la suspensión, pues precisamente para ello se prevé la posibilidad de deducir recurso de apelación contra la resolución judicial que la autorice. Tal recurso ha sido, precisamente, ejercido por el requirente en estos autos.

Concluye afirmando que lo que ley no prevé es que la oposición del querellante o de la víctima, manifestada en la audiencia respectiva, se erija como un obstáculo para que el tribunal la decrete;

TRIGESIMOTERCERO: Que la parte de don V.R.B. y de doña M.L.S. ha planteado, a su vez, que la suspensión condicional del procedimiento decretada en los autos que sustancia el 4° Juzgado de Garantía, es total y completamente ajustada a derecho. Considera también que el juicio penal de acción pública no se ventila entre particulares y es el Ministerio Público quien representa los intereses del Estado, concluyendo que lo que el querellante pretende es “*apropiarse de la titularidad que la Constitución y las leyes ostentan al Ministerio Público en cuanto a la dirección de la*

investigación, y desarrollo de las acciones tendientes a la determinación de los hechos punibles y la participación del imputado en estos.”

La señora M.A.B. resume sus argumentaciones, en este capítulo de inaplicabilidad, sosteniendo que “arrogarse el derecho a que los propios interesados y bajo su parcialidad y criterio hagan justicia sí es contradicción al acceso al debido proceso.”;

TRIGESIMOCUARTO: Que la suspensión condicional del procedimiento constituye una forma de terminar anticipadamente un proceso criminal si concurren los requisitos taxativamente señalados por la ley: a) Si la pena que pudiera imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad; y b) Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito (artículo 237, inciso tercero, del Código Procesal Penal).

En el Mensaje del Código Procesal Penal se lee que la suspensión condicional del procedimiento:

“(..) consiste en una anticipación del tipo de solución que la sentencia otorgará al caso cuando resulte aplicable alguna de las medidas alternativas de la Ley N°18.216. Con acuerdo del fiscal y del imputado, el juez podrá suspender el procedimiento sujetando a este último a ciertas formas de control de baja intensidad, por un período no superior a tres años. Una de las ventajas de esta solución dice relación con la oportunidad de la medida, pues su deci-

sión temprana evita los efectos estigmatizantes del procedimiento y la eventual prisión preventiva para quien, finalmente, se hará acreedor a una medida no privativa de libertad destinada a su reinserción social. La otra ventaja es que su aplicación no requiere de aceptación de culpabilidad ni de su declaración por parte del juez. En consecuencia, de cumplir con las condiciones en el plazo estipulado, el imputado se reincorporará en plenitud a la vida social, sin que pese sobre su futuro el antecedente de una condena penal.”;

TRIGESIMOQUINTO: Que quien decreta la suspensión condicional del procedimiento es el juez de garantía a solicitud del fiscal, quien procede con acuerdo del imputado (artículo 237, incisos primero, segundo y sexto, del Código Procesal Penal). Se trata, por tanto, de una decisión jurisdiccional que el representante del Ministerio Público sólo puede solicitar sin que el juez esté obligado a concederla, pues bastará que no concorra alguno de los requisitos previstos por la ley para que se deniegue. Al Ministerio Público no le cabe otra intervención que formular la solicitud pertinente previo acuerdo con el imputado, lo que, lógicamente, no puede estimarse configurativo del ejercicio de una función jurisdiccional que sustituya la potestad privativa del juez de garantía.

Para confirmar la aseveración que precede basta tener presente que la suspensión condicional del procedimiento puede sujetar al imputado a medidas restrictivas de su libertad como las de residir en un lugar determinado o abstenerse de frecuentar

determinados lugares o personas (artículo 238, inciso primero, letras a) y b), del Código Procesal Penal), entre otras. Tales efectos deben relacionarse, necesariamente, con lo previsto en el inciso primero del artículo 9° del Código Procesal Penal, según el cual *“toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.”*

Así, una interpretación armónica de las diversas disposiciones del Código Procesal Penal, ya citadas, permite desechar la alegación del requirente de que la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, efectuada por el fiscal procediendo de acuerdo con el imputado, en la gestión pendiente de que se trata, importe transgredir la facultad privativa del juez de garantía de adoptar la decisión sobre tal solicitud;

TRIGESIMOSEXTO: Que, por la misma razón anotada, este Tribunal no comparte la alegación del actor en cuanto a que la víctima y querellante ha debido limitarse, en la audiencia respectiva, a ser oída, sin poder efectivamente oponerse y tener derecho a un debido proceso. En efecto, ya se ha recordado que el propio artículo 237 del Código Procesal Penal permite que el querellante o la víctima asistan a la audiencia en que se ventile la suspensión condicional del procedimiento, debiendo ser oídos por el tribunal (inciso cuarto). Ello efectivamente ocurrió en el presente caso.

Sin embargo, no resistiría un test de constitucionalidad, desde el punto de vista del debido proceso legal y, particularmente, de la igualdad procesal, que el juez quedara vinculado por la posición expresada por el querellante o por la víctima, en desmedro de las posiciones de los demás intervinientes en el proceso. Más bien, en ejercicio de la facultad jurisdiccional que le compete, el juez deberá ponderar los distintos argumentos vertidos en la audiencia, concediendo o denegando la solicitud de suspensión del procedimiento sobre la base de la concurrencia de los requisitos legales que la hacen procedente;

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, el inciso penúltimo del artículo 237 del Código Procesal Penal dispone que *“la resolución que se pronuncie sobre la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, por la víctima, por el ministerio público y por el querellante.”* Se asegura, de este modo, la posibilidad de impugnar, si es del caso, la resolución del juez de garantía, consagrando otro de los elementos claves del debido proceso legal, como es el acceso al recurso;

TRIGESIMOCTAVO: Que, conforme a los razonamientos expuestos, se rechazará también la impugnación formulada en estos autos al artículo 237, inciso antepenúltimo, del Código Procesal Penal, y así se declarará;

TRIGESIMONOVENO: Que, finalmente, esta Magistratura debe rechazar la petición del requirente en cuanto a declarar la inaplicabilidad

de los preceptos contenidos en los artículos 229, 230, inciso primero, y 237, inciso antepenúltimo, del Código Procesal Penal, por vulnerar los artículos 1°, 5°, 6° y 7° de la Constitución, por no haber sido fundamentadas, específicamente, tales transgresiones, tanto en el requerimiento como en las alegaciones vertidas en estrados.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 1°, 5°, 6°, 7°, 19 N°s. 3°, incisos primero y quinto, y 26°, 83, 93, inciso primero, N°6, e inciso undécimo, de la Constitución Política, así como en el artículo 31 de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1.

DÉJESE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 93.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza y Marcelo Venegas Palacios, quienes estuvieron por acoger el requerimiento en atención a los siguientes fundamentos:

PRIMERO.- Que, no obstante encontrarnos enfrentados a decidir un control concreto de constitucionalidad, estos disidentes estiman del caso precisar los altos valores constitucionales que están involucrados en este requerimiento, para luego, dentro de ese marco conceptual, plantear nuestra posición en el caso sub lite;

SEGUNDO.- Que, para ello, debemos en primer término expresar que la Carta Fundamental, en su Capítulo I, a propósito de las Bases de la Institucionalidad, consagra el principio fundamental de que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Para dar forma y fuerza efectiva a dicha declaración, destina el Capítulo III al establecimiento de los derechos y deberes constitucionales, entre los que se destaca la tutela efectiva de los derechos e intereses por parte de los tribunales, como única alternativa para lograr su restablecimiento en el caso que no sean respetados por el Estado o los particulares, generándose así un conflicto de intereses de relevancia constitucional que necesariamente debe decidirse. Lo antes expuesto se vincula además con otras garantías, como el derecho a la vida e integridad física y síquica, a la vida privada y a la honra, la inviolabilidad del hogar, la libertad personal y la seguridad individual, el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, lo que constituye el núcleo básico de las garantías constitucionales;

TERCERO.- Que en el diario vivir constituye un hecho notorio que las referidas garantías son atropelladas una y otra vez como consecuencia de la verificación de hechos calificados por el legislador como delitos, máxima sanción que establece el sistema para castigar a quienes violenten las garantías consagradas básicamente por el artículo 19 de la Constitución;

CUARTO.- Que una interpretación material y valórica de la Constitución, unida a lo expresado precedentemente, lleva a concluir en forma nítida que ésta reconoce y regula la existencia del delito y la finalidad del ius puniendi estatal para que la víctima sea tutelada a efectos del restablecimiento del imperio de la normativa de la Constitución y el imputado sea castigado en tanto y cuanto corresponda. Resulta obvio que si la Constitución protege la vida y que si la normativa de la misma obliga a toda persona, institución o grupo, un homicidio es ante todo una infracción a la Carta Fundamental;

QUINTO.- Que la Constitución consagra un conjunto de normas que permiten concluir que el delito es una figura que tiene reconocimiento constitucional, como el máximo medio de sanción a la infracción de bienes jurídicos asegurados como derechos fundamentales en ella. Así, el artículo 76 establece que la facultad de conocer las causas criminales corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, y a continuación expresa que reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad. De otra parte, el numeral 3° del artículo 19, en su inciso octavo, precisa que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita por ella, norma a la que deben sumarse los incisos sexto y séptimo, en cuanto exigen que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal y que ningún delito se castigará con

otra pena que la señalada por una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Además de ello, la Constitución se refiere expresamente a la figura del delito en sus artículos 9°, 16, 17, 19, 52, 53, 61, 62, 63, 79 y 81.

Cabe tener presente que el delito se concibe, desde una perspectiva constitucional, como una forma de sancionar y restablecer el imperio del derecho frente a la violación de valores jurídicos fundamentales de la convivencia social, que no son otros que los mismos protegidos por las garantías que la Constitución asegura a todas las personas.

Así entendido el delito, es una forma de sanción por infringir la Constitución y es deber del Estado restablecer el imperio del derecho a favor del afectado, utilizando como medio para lograrlo el proceso penal, instancia que permite someter al imputado a un juicio en el cual el ente persecutor estatal debe cumplir sus funciones establecidas en el artículo 83, en cuanto a investigar los hechos constitutivos de delito, acusar a los imputados y dar protección a los afectados, frente a lo cual el legislador no puede establecer limitaciones sin habilitación expresa, la que en la especie no existe;

SEXTO.- Que, aplicando los principios que informan al derecho penal, en concordancia con los del derecho procesal penal que le dan eficacia, deben concurrir una serie de elementos para poner en movimiento el ius puniendi, los cuales son consecuencia de la existencia de un conflicto penal,

entendiéndose por tal aquel que surge cuando una persona, con su acción u omisión voluntaria, produce como resultado un hecho tipificado por la ley como delito. En la especie concurre un sujeto activo, el imputado de la realización del hecho punible, un sujeto pasivo que es afectado por las consecuencias del mismo, que el propio Código denomina víctima.

Este conflicto debe resolverse, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 76 y siguientes de la Constitución, única y exclusivamente a través de un debido proceso, o excepcionalmente por mecanismos auto-compositivos autorizados de manera expresa, debiendo tenerse presente que tratándose de materias penales, esta segunda fórmula de solución se encuentra restringida a situaciones específicas;

SÉPTIMO.- Que, precisado lo anterior, debemos detenernos en el concepto de víctima, a la que se le violentaron sus derechos constitucionales, transformándose así en afectado por el delito y cuyo estatuto legal en esta causa se encuentra cuestionado frente a la preceptiva constitucional.

En efecto, para dar real eficacia a las disposiciones, principios y valores constitucionales referidos al proceso penal, la propia Constitución ordena establecer un sistema de tribunales competentes en materia penal (artículo 77) para resolver este tipo de conflictos; una acción procesal (artículos 19, numeral 3°, y 83) que permita a sus titulares abrir proceso y los procedimientos que permitan que el conflicto aludido sea conocido y

resuelto a través de un debido, justo y oportuno proceso penal (artículo 19, numeral 3°). Es en él donde volverán a encontrarse los sujetos del conflicto, pero en roles diversos, toda vez que el que cometió el hecho punible pasa a ser sujeto pasivo del proceso penal y la víctima y el Estado sus sujetos activos.

A la víctima le está impedido autotutelar sus derechos y es por ello que la solución del conflicto penal mediante el proceso es un imperativo, en términos que el derecho a ejercer la acción penal por la víctima implica un derecho constitucional básico, consistente en que es un tribunal quien debe resolver su pretensión, sin que el legislador o un ente no jurisdiccional pueda entorpecer dicha garantía, impidiendo su libre ejercicio, por lo que corresponde al Ministerio Público dirigir, como elemento de realización del mismo, la investigación.

Para ello, el tribunal deberá reconstituir el conflicto en el proceso y en definitiva resolverlo, ya sea absolviendo o condenando. En tal sentido, hay dos figuras que integran todo este sistema, que son el hecho punible y la participación. Ambas deberán ser demostradas en el proceso, pero la plena prueba de lo primero no conduce necesariamente a una sentencia condenatoria, puesto que tanto los valores constitucionales como legales que lo regulan establecen que para condenar, el juez debe haber logrado, más allá de toda duda razonable, la convicción acerca de la ocurrencia del hecho y la participación criminal dolosa del imputado en el mismo;

OCTAVO.- Que en este contexto, por reforma constitucional introducida por la Ley N°19.519, de septiembre de 1997, se introdujo al Texto Supremo la figura del Ministerio Público, organismo que a partir de entonces dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. En su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley, además de corresponderle la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos, aclarando que en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales, según se dispone en el actual artículo 83 de la Carta Fundamental, en plena armonía con el artículo 76 de la misma, que establece de manera privativa la potestad de los tribunales como únicos órganos dotados de atribuciones para conocer y resolver causas penales;

NOVENO.- Que esta Magistratura ha planteado, en su sentencia Rol N°815, que el ejercicio de la acción procesal penal pública del Ministerio Público no es de carácter monopólico o exclusivo, sino preferente y es un derecho autónomo que le corresponde también a la víctima según lo previsto con claridad en las normas de los artículos 19, número 3°, y 83 de la Carta Fundamental, además de lo expresado en la historia fidedigna de esta última norma, transcrita en el voto de mayoría.

En este contexto, el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica Cons-

titucional del Ministerio Público se dictan en función de dar eficacia y desarrollo a lo ya reseñado y ninguna interpretación armonizable con la Constitución permitiría excluir la participación de la víctima como sujeto activo, que como tal tiene derecho a un proceso que la Constitución asegura de manera categórica y clara, donde sea un tribunal el que resuelva;

DÉCIMO.- Que, para una acertada resolución de este conflicto, también debe reiterarse que este conjunto de derechos fundamentales incluye el acceso a la jurisdicción como presupuesto para lograr el derecho a la “tutela judicial efectiva” de sus derechos constitucionales, conceptualizada ésta por los especialistas como “aquel (derecho) que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión” (Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón y otros, “Derecho Constitucional”, tomo II, pág. 215, Ed. Tecnos, Madrid, 2005). Este derecho, como ya se viera, incluye el libre acceso a la jurisdicción, entendido como la posibilidad de formular pretensiones ante el juez y obtener una resolución acerca de las mismas -independientemente del ente persecutor estatal-, así como el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias;

DECIMOPRIMERO.- Que, como razonara este Tribunal en su sentencia Rol N°815, las constituciones europeas, inmersas en las corrientes predominantes del constitucionalismo de nuestros tiempos, consagran el derecho fundamental de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus intereses y derechos, destacándose, en esta específica línea de garantismo, lo dispuesto por la Carta española, en su artículo 24.2. Dicha disposición ha generado una abundante jurisprudencia que, en lo que interesa, permite concluir que los derechos de la víctima y del imputado en el proceso penal deben gozar de garantías efectivas equivalentes y que su custodio es el juez.

Es en esta línea de pensamiento que la Constitución chilena, más allá de las normas citadas de su texto y de las interpretaciones que de ellas se han hecho, reconoce de manera expresa el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva, declarando también que los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado, lo que incluye, natural y especialmente en el caso de los procesos penales, al Ministerio Público, por mandato constitucional expreso y además por la naturaleza propia de las funciones que tiene, según se desprende de los artículos 1°, 5°, 6°, 19, números 2°, 3° y 26°, y 83 de la Carta Fundamental, debiendo potenciarlos con sus actos realizados en el marco de su competencia;

DECIMOSEGUNDO.- Que, en efecto, el primer inciso del numeral 3° del artículo 19 reconoce el aludido

derecho en forma expresa, correspondiendo su titularidad a la persona como sujeto legitimado para su ejercicio, el que está contemplado en una norma autosuficiente y autoejecutiva.

Como complemento necesario, los incisos siguientes establecen garantías normativas del mismo, consistentes en la legalidad del tribunal y del proceso, además del parámetro de densidad material mínima de dichas normas legales, consistentes en las garantías del racional y justo procedimiento, a lo cual el constituyente sumó expresamente la investigación, fijando el límite a la autonomía del legislador, a la hora de establecer el marco regulatorio del proceso jurisdiccional, como forma de solución del conflicto, y de los actos necesarios para abrirlo, sustanciarlo y cerrarlo.

Debemos reafirmar entonces que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión, por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan fluidamente al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de derecho, lo cual da eficacia al principio de acceso a la jurisdicción, sin el cual todo el aparato del sistema jurídico debe ser visto como incompleto;

DECIMOTERCERO.- Que en el marco de su reconocimiento constitucional se incluye, como única forma

de garantizarlo, el acceso efectivo de la víctima de un hecho punible a la jurisdicción, que se manifiesta en la exigibilidad de una investigación, la apertura y la posterior sustanciación del proceso. A la hora de reconocerlo, deben tenerse en cuenta dos elementos que necesariamente son complementarios e interrelacionados: el derecho a la acción en el marco de la pretensión planteada por el actor, de configuración constitucional autoejecutiva, y el derecho a la apertura y posterior sustanciación del proceso, cuyo ejercicio será regulado por la determinación legal de las normas del procedimiento y de la investigación, esta última realizada privativa y exclusivamente por el Ministerio Público. Cabe resaltar que dichas normas legales son las que debieran satisfacer los parámetros constitucionales de racionalidad y justicia.

En este sentido, ha de cumplirse con las formalidades, plazos y requisitos establecidos en la legislación procesal dictada en conformidad al mandato constitucional, que es en este caso la preceptiva legal regulatoria que se dictó para dar eficacia al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva;

DECIMOCUARTO.- Que, a este respecto, debe tenerse especialmente presente que al legislador le está vedado establecer condiciones o requisitos que impidan o limiten el libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción, que deriva en la inexcusable obligación de resolver el conflicto, o lo dejen condicionado a la voluntad de otro de los intervinientes, ya que si así lo hiciere, incurre en

infracción a la normativa constitucional básica que le da forma al derecho, porque contraviene en su esencia el valor establecido en el numeral 26° del artículo 19, al imponer condiciones que impiden su ejercicio.

Resulta de toda obviedad que este espectro de derechos básicos ha de alcanzar también, e igualmente, a los actos preparatorios que permiten el acceso al tribunal competente y, en concreto, a la etapa de investigación prevista en el nuevo proceso penal, en la que la víctima no puede participar directamente, más aún si la Carta Fundamental ordena que la investigación resultante deba ser racional y justa.

La negación, o simplemente la excesiva limitación, de lo expresado en los dos párrafos anteriores lleva, necesaria e indefectiblemente, a la frustración de la tutela y a la carencia de la garantía jurisdiccional de todo derecho o interés, lo que es particularmente grave en materia penal. Ello constituye una limitación grave al derecho a la tutela judicial efectiva, y como si ello no fuere ya paradójico, la propia Constitución ha contemplado el derecho a defensa jurídica como lo señala expresamente en el artículo 19, número 3°, que debe ser entendido en sentido amplio, no sólo para el imputado sino también para el ofendido, ya que al ser conceptuado como garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos, en concordancia con la garantía de igualdad ante la ley, debe entenderse como defensa de todo interés reclamable ante el órgano jurisdiccional por los intervinientes, como única forma de dar

eficacia a dicha igualdad en su ejercicio, expresamente reconocida en los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución. Todo habitante de la República que sea víctima de un delito, tiene derecho a que sea el juez natural quien lo califique como tal y determine sus consecuencias jurídicas, sin que autoridad alguna pueda impedir que llegue a su destino;

DECIMOQUINTO.- Que, en el sentido antes expuesto, entender la facultad del Ministerio Público de formalizar la investigación como una alternativa discrecional, en la cual no se puede interferir por parte del ofendido, y de la que pueda derivar la decisión de no investigar, archivar, investigar sólo algunos de los delitos objeto de la querrela o disponer salidas alternativas, aun cuando el afectado por el delito ha manifestado su voluntad de proseguir la persecución penal mediante la interposición de una querrela, como ocurre en el caso sub lite, implica un acto de un órgano del Estado que produce como resultado evidente la restricción de la tutela de los intereses penales de la víctima, la privación del derecho a la investigación del hecho delictivo y la imposibilidad de acceder a la jurisdicción, para que ésta sea la que resuelva el conflicto penal que la afecta, como lo ordena el artículo 76 de la Constitución.

De lo anterior se desprende que al encontrarnos en presencia de un derecho fundamental, es la persona titular de dicho derecho violentado la que debe disponer del mismo a la hora de resolver si acude o no a la justicia, teniendo presente que

el ejercicio y la titularidad de sus derechos se encuentran dentro de la órbita de decisión del ser humano, coto vedado al poder público al estar dentro del marco de lo íntimo e individual, sin que el Estado pueda realizar injerencias dentro de dichos ámbitos. Es por ello que cualquier concepción que prescinda del interés de la víctima, como parte primordial del proceso penal, debe considerarse incompatible con la Constitución, principio que surge nítidamente a la luz de la historia fidedigna de la Ley N°19.519, de 1997, que, como consecuencia de una prolongada y profunda discusión, sin lugar a dudas de ninguna especie buscó dejar a salvo el rol y los derechos del ofendido, fortaleciendo justamente las garantías resultantes de la tutela judicial efectiva por la vía de salvar expresamente el derecho a la querrela y a la investigación racional y justa;

DECIMOSEXTO.- Que, en este sentido, en relación a los vicios alegados respecto del artículo 229 del Código Procesal Penal, estos disidentes razonan que no es suficiente para concluir la constitucionalidad de su aplicación el interpretarlo a la luz del artículo 183 del mismo cuerpo normativo, en términos que el querellante pueda solicitar diligencias al fiscal y reclamar por vía jerárquica ante sus superiores, lo que impide concluir que aplicar dicho precepto sea constitucional, pues de esa forma no se analiza la aplicación de los preceptos al caso concreto ni tampoco se repara en que no existe control jurisdiccional de la negativa a dichas solicitudes, no bastando para

cumplir las exigencias constitucionales de la tutela judicial efectiva con la sola posibilidad de pedir diligencias, a las cuales no existe medio alguno para obligar su práctica por el fiscal. En este sentido, en tanto el Ministerio Público es un órgano jerarquizado, el fiscal siempre actuará en base a instrucciones y órdenes superiores, por lo cual el recurso jerárquico tampoco se revela como una vía idónea para impugnar la negativa del fiscal para instar a la solución del conflicto penal mediante el ejercicio de la acción. De lo anterior deriva que la efectividad de la tutela no está garantizada en el caso sub lite mediante la aplicación de dicho precepto. Este Tribunal ha manifestado de manera reiterada que el examen de inaplicabilidad es de carácter concreto, en el marco de la constitucionalidad de los efectos de la aplicación de la norma al caso específico, y no una mera contrastación abstracta entre la ley y la Constitución, por lo que no se puede prescindir de las hipótesis de aplicación en la causa;

DECIMOSÉPTIMO.- Que, por otra parte, el hecho de haber formalizado la investigación el fiscal no genera automáticamente una aplicación conforme a la Constitución del artículo 230 impugnado, pues el querellante manifestó expresa e inequívocamente su voluntad de ejercer la acción penal por varios delitos, frente a lo cual el Ministerio Público sólo formaliza parcialmente por los delitos menores, con el resultado de poder sustituir el procedimiento. En todo lo no formalizado, es evidente que se impide al requirente acceder

al proceso penal, lesionándose así su derecho a la tutela judicial efectiva.

Es por ello que no resulta razonable concluir que porque el querellante interpuso su libelo y solicitó diligencias fue tutelado su interés, si dicha querrela no conduce a un juicio en los mismos términos en que se planteó y las diligencias solicitadas fueron negadas por el persecutor estatal, todo ello sin perjuicio de lo que el tribunal pueda resolver, ya que es él en definitiva quien debiera resolver la pretensión de la víctima.

En ese sentido, el querellante ve restringido, sin habilitación constitucional, su derecho a la debida investigación y consecuente proceso, en todo aquello que no fue formalizado;

DECIMOCTAVO.- Que, en la misma línea argumental, la invocación del artículo 186 del Código Procesal Penal como norma garantista del interés del querellante, más allá de la teoría, en este control concreto de aplicación no resulta suficiente ni consistente, pues dicha norma expresa que *“cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación”*; sin embargo, no aclara si la afectación se refiere sólo al imputado o también al querellante, lo que es discutido por la doctrina, de forma que la judicatura y el Ministerio Público han entendido reiteradamente que el beneficiario de

dicho precepto es sólo el imputado. De la misma forma que una lectura detenida permite ver que se “faculta” al juez, es decir, al usar la expresión “podrá”, parece ser que el juez no está obligado a fijar plazo para formalizar ni tampoco a solicitar la información, con lo cual si cree que no hay mérito para ello, podría resolver sencillamente “no ha lugar”. Por otra parte, el qué ha de entenderse por “afectada por una investigación” no aparece definido, y es un concepto bastante vago al no referirse de forma clara al objeto de la afectación ni al titular de la misma. Además de ello, la norma en comento no contiene sanciones específicas para el caso del incumplimiento del plazo que eventualmente fije el juez, especialmente teniendo en cuenta que la regla de la preclusión del artículo 17 del Código se establece para los plazos legales de dicho cuerpo legal, mas no para los plazos judiciales;

DECIMONOVENO.- Que debe concluirse de lo razonado precedentemente que la obligación de investigar, entendida como carente del deber de formalizar cuando la víctima desea proseguir con el proceso penal, no es conciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva ni el de acceso a un debido proceso;

VIGÉSIMO.- Que, en cuanto a la impugnación de los preceptos del inciso antepenúltimo del artículo 237, cabe tener presente que, sin discutir el evidente y necesario carácter de interés y orden público del derecho penal, en nuestro sistema encontramos infinidad de normas de gran relevancia que protegen bienes jurí-

dicos de orden estrictamente privado, como lo es el derecho de propiedad, sin que ello contenga anomalía alguna, ya que el derecho de dominio es uno de los bienes jurídico penales más antiguos que se conocen. En este sentido, debemos tener presente que en el caso concreto el litigio en comento es relativo a delitos de dicha especie y es en ese marco que el fiscal puede cerrar la llave de acceso al proceso al querellante, titular de la acción, mediante una suspensión condicional sin el consentimiento del mismo.

Siendo así, en la medida que los bienes jurídicos privados de que se dispone en una suspensión condicional son de titularidad del querellante, no resulta racional ni justo que se le imponga dicho acuerdo contra su voluntad y que por efecto de ello la ley lo prive de la prosecución del ejercicio de la pretensión penal que la Constitución le otorga de manera expresa.

El derecho a ser oído en la audiencia y a apelar son insuficientes para cumplir el estándar del bloque de garantías procesales penales de la víctima en la suspensión condicional, pues carecen de contenido suficiente y son ineficaces para tutelar el interés del querellante, en la medida que su argumentación y su oposición no son conducentes a la disposición de sus bienes jurídicos, no resultan relevantes ni necesarias y, por otro lado, a causa de lo mismo, la apelación sólo podrá fundarse en vicios de procedimiento y en no ser el delito uno de aquellos que pueden ser objeto de salidas alternativas, lo que además

dependerá de lo que el fiscal haya formalizado más que de la acción ejercida en la querrela;

VIGESIMOPRIMERO.- Que, en síntesis:

1° La Constitución establece el estatuto de las garantías fundamentales en el proceso penal, entre las que se incluye el derecho a un debido proceso para que sea un tribunal quien resuelva el conflicto.

2° Que, tratándose de conflictos penales, la Constitución traspasa parte de las funciones que le correspondían a los tribunales en la investigación de los hechos punibles hacia el Ministerio Público.

3° Que para la apertura de un proceso penal de acción pública ante el juez competente, se otorga amplia capacidad de accionar al Ministerio Público, pero la Carta Fundamental conservó el rol de la víctima como sujeto activo de dicho proceso penal.

4° Que sin perjuicio de las atribuciones exclusivas del Ministerio Público contenidas en la Constitución y leyes especiales, su ejercicio no puede excluir ni limitar la participación de la víctima como sujeto activo del proceso penal, reconocimiento que hace el propio Código del ramo, en sus párrafos VI y VII del título IV del libro I, al establecer entre los intervinientes a la víctima.

5° Que, en consecuencia, los operadores del sistema procesal penal, entre los que destacan el juez y el Ministerio Público, deben garantizar

al ofendido el pleno ejercicio de sus derechos en el proceso penal y todo acto o hecho que lo limite debe considerarse que atenta en contra de sus garantías constitucionales;

VIGESIMOSEGUNDO.- Que cabe concluir que la aplicación de los preceptos impugnados, en orden a formalización parcial, impide el libre acceso a la jurisdicción, que la imposición de salidas alternativas en contra de la voluntad del afectado lo priva de sus intereses tutelables y del ejercicio de la acción y que la negativa a realizar diligencias de investigación tendientes a aclarar los hechos objeto de la querrela constituye una privación del derecho a la investigación, todos de rango constitucional, por lo que la aplicación de los preceptos impugnados al caso sub lite infringe la Carta Fundamental, en específico el numeral 3° de su artículo 19 y su artículo 83, además de sus artículos 1°, 5°, 6°, 7° y 19, número 26°;

VIGESIMOTERCERO.- Que, en mérito de lo expuesto, toda norma cuya aplicación produzca efectos inconstitucionales o violente la Carta Fundamental debe ser declarada inaplicable por esta Magistratura en el ejercicio de la potestad que le confiere la Constitución en el numeral 6° de su artículo 93.

Redactó la sentencia la Ministra señora Marisol Peña Torres y la disidencia el Ministro señor Juan Colombo Campbell.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROL N°1.244-08-INA

Se certifica que los Ministros señor Jorge Correa Sutil y señora Marisol Peña Torres concurrieron a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firman por haber cesado en sus cargos.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, señor Juan Colombo

Campbell, y los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señor Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

RECURSO DE NULIDAD ACOGIDO: CAUSAL DE NULIDAD DEL ARTÍCULO 373 LETRA A) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y DEBIDO PROCESO EN PROCEDIMIENTO DE ACCIÓN PRIVADA

Hernán Ferrera Leiva¹

Comentario:

El pasado 15 de abril de 2009, la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema, hizo lugar al recurso de nulidad deducido por la parte querellante contra la sentencia absolutoria dictada en procedimiento por delito de acción penal privada.

Para proceder a la invalidación, el máximo Tribunal estimó concurrente la causal principal del referido recurso, que era la establecida en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal. En efecto, el impugnante adujo la infracción sustancial de la garantía contenida en el artículo 19 N°3 inciso quinto de la Constitución Política de la República que, como es sabido, establece que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, imponiendo al legislador la obligación de establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, según la redacción que adquirió aquella disposición, en esta última parte, por mérito de la Ley de Reforma Constitucional N°19.519.

En síntesis, el reclamo que se contenía en la causal antes referida consignaba la infracción sustancial del derecho a presentar pruebas de la pretensión sostenida por el querellante, la que habría acontecido con la decisión del Juez de Garantía en el sentido de impedir la deposición de testigos que ya habían sido admitidos en la audiencia de preparación realizada por aplicación supletoria del artículo 395 bis del Código Procesal Penal. En dicha ocasión, como se desprende de la sentencia, el respectivo Juez de Garantía rechazó la oposición de los querellados a la declaración de los testigos, que se fundamentaba en que estos últimos sólo podían ser admitidos en tanto se hubiere dado cumplimiento, a su respecto, de lo establecido en el artículo 259 del Código Procesal Penal en relación con la prueba testifical. Dicha oposición, esgrimida en la audiencia como reposición, fue rechazada, y sin embargo, en la audiencia del juicio la defensa de los querellados renovó el debate sobre el punto obteniendo ahora una decisión favorable que privó al querellante de la prueba referida.

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

Interesa primeramente detenerse en la motivación tercera de la sentencia que se revisa, en la que se refiere aquello que, en concepto del Excmo. Tribunal, es el contenido de la regla y garantía del artículo 19 N°3 inciso quinto de la Carta Política. En dicho considerando, efectivamente, se expresa que es un derecho asegurado por la Constitución el que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, agregando que, en torno a los aspectos que contempla el debido proceso, *no hay discrepancias en aceptar que a lo menos lo constituye la facultad de ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de los intervinientes y de recurrir contra toda sentencia que estime agravante a sus derechos.*

Dicho fundamento debe necesariamente conectarse con el séptimo del fallo que, por su contenido, conviene reproducir textualmente: “**SÉPTIMO:** *Que el respeto a los derechos fundamentales y a la legitimidad del procedimiento, vértebra del 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 fundamentales no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran condiciones de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración.*”

Al igual que la norma constitucional, que se refiere a *toda sentencia*, la afirmación en que se ha detenido este comentario no distingue sus alcances según el contenido de dicha sentencia –se refiere explícitamente a *cualquier* pronunciamiento–, lo que en materia penal abarca, lógicamente, tanto las sentencias condenatorias como las absolutorias. No se trata entonces de simples reglas de juego limpio, sino de los aspectos que legitiman una decisión jurisdiccional, cualquiera que esta sea, de suerte que cumpla cabalmente con la finalidad de resolver los conflictos –en este caso, el conflicto penal–, protegiendo y resguardando, de ese modo y en su medida, la organización del Estado, las garantías constitucionales y la plena eficacia del Estado de Derecho, todas estas últimas, expresiones tomadas de diversos pronunciamientos emitidos en el mismo sentido por el Tribunal Constitucional (STC 986-07; STC 1130-07).

Sin perjuicio de que se comparta o no este punto de vista, resulta incuestionable que la doctrina contenida en el veredicto no considera, para la regla constitucional, si se trata de una sentencia condenatoria o absolutoria, lo que en todo caso resulta relevante en el debate existente en torno a la bilateralidad del sistema de recursos procesales instaurado en el Código Procesal Penal, y su extensión.

Merecen comentario, en segundo lugar, las consideraciones contenidas en el fallo en torno a la exclusión de pruebas en el juicio, ya que el reclamo formulado se refería específicamente a ello. En este punto la sentencia ratifica el criterio asentado hace ya varios años, en torno a la improcedencia de dicha

exclusión², indicando en el último párrafo de su consideración tercera, que “*Lo anterior se corrobora por la normativa de nuestro ordenamiento procesal penal para las pruebas que pueden rendirse en el juicio oral, dado que el artículo 277 prescribe que el juez de garantía debe dictar el auto de apertura del juicio oral que, entre otras indicaciones, debe contener la de las probanzas a rendir en él, por lo que el momento en que cabe ofrecer las pruebas o alegarse las exclusiones específicamente contempladas por el legislador, es ante el juez de garantía, durante la audiencia de preparación del juicio oral*”.

Actualmente la cuestión se desliza a lo que, con posterioridad a la dictación de las sentencias que proscribían la exclusión, fue el medio utilizado para castigar igualmente, en el juicio, las pruebas que se consideraban obtenidas con infracción de garantías, esto es, su “*no valoración*”. Dicho mecanismo, en nuestra opinión, resulta igualmente improcedente, ya que cualquiera que sea la expresión que se utilice –exclusión o no valoración– el contenido del mismo es una nueva revisión de un aspecto que indiscutiblemente forma parte del examen de admisibilidad de la prueba y no de su valoración. Ello es así, porque el control que se ejerce sobre la obtención del material probatorio fue situado por la ley, explícitamente, dentro del control de admisibilidad –artículo 276 del Código Procesal Penal–, de suerte que no se trata de un aspecto comprendido dentro de la actividad valorativa que debe desempeñar el tribunal que conoce del juicio, porque esta última debe alcanzar a toda la prueba producida en el juicio, incluso aquella que se desestime, entendiéndose que, en el ámbito del artículo 297 del código procedimental, desestimar es restar estimación, valor o poder de convicción al medio en cuestión. Desestimar es, en efecto, uno de los resultados posibles de obtener de la actividad valorativa que ejerce el juez y, por lo mismo, no se puede confundir con aquello que en el curso señalado por la ley es necesariamente previo o anterior a ella, como el control de admisibilidad.

Por último, la sentencia decide sobre un punto de relevancia procesal, como es aquél que se refiere a la aplicación, en el procedimiento de acción privada, de las exigencias que para la acusación establece el artículo 259 del Código Procesal Penal, específicamente en relación con la testimonial ofrecida -Letra f) e inciso segundo de la referida disposición legal-. Dicha aplicación supletoria fue descartada por el Juez de Garantía que conoció la audiencia de preparación, y esta última decisión, a su turno, fue ratificada por el máximo tribunal en el considerando quinto de la sentencia de abril pasado, haciendo primar las reglas supletorias del juicio simplificado, que en términos generales se estima dotado de formalidades de menor intensidad que aquellas existentes para el juicio ordinario. Aún por reenvío, la referencia al juicio simplificado y la interpretación que se asigne a cada una sus disposiciones resulta siempre relevante, de allí el interés vincular lo decidido en este caso, con la opinión que se con-

2 Corte Suprema, Ingreso N°5154-04, Ingreso N°5869-04, Ingreso N°147-05.

tiene en la sentencia recaída en recurso de nulidad Ingreso N°3556-07, que se refiere derechamente a un procedimiento simplificado y abordó, también, la procedencia de aplicar supletoriamente lo establecido en el artículo 259 antes mencionado, lo que también en ese caso fue desestimado.

Sentencia:

Santiago, quince de abril de dos mil nueve.

VISTOS:

Ante el Juzgado de Garantía de Temuco, se celebró el juicio oral en procedimiento simplificado de acción penal privada, signada con el R.I.T. N°2497-2008, en el que se pronunció sentencia el veintidós de diciembre de dos mil ocho, por la cual se absolvió a los querrelados V.E.C.V., M.T.V.C. y J.M.L.S.M. de la acusación librada en su contra como autores, el primero del delito de calumnias, y los dos últimos, de los ilícitos de injurias y calumnias, condenándose en costas a la querellante particular.

Esta decisión ha sido impugnada por la parte que ejerció la acción penal, quien dedujo recurso de nulidad, desde luego, por la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal y en seguida, en forma subsidiaria, por la motivación de la letra e) del artículo 374, en concordancia con el artículo 342, letras c) y d), de ese mismo ordenamiento.

A fojas 43 se ordenó pasar los antecedentes al Presidente de la Corte para su incorporación a tabla a objeto de conocer del arbitrio interpuesto.

A fojas 46 corre el acta que se levantó con ocasión de la audiencia realizada

para la vista del recurso de nulidad en estos antecedentes.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en cuanto por el recurso se han invocado en forma subsidiaria las causales de la letras a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, y e) del artículo 374 del mismo cuerpo legal, corresponde por lo pronto analizar el arbitrio procesal intentado en conexión a la motivación de contravención sustancial de derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile en actual vigencia, con sagrada en la letra a) del artículo 373 del Código adjetivo.

SEGUNDO: Que el derecho constitucionalmente protegido, cuya vulneración autoriza el recurso de nulidad ante esta Corte, con arreglo al artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, es según aduce el recurrente-, el consagrado en el artículo 19, N°3°, inciso quinto, de nuestra Carta Magna, al haberse conculcado durante el juicio oral y en la dictación del edicto, garantías constitucionales de la querellante, específicamente aquella que exige que toda sentencia del órgano jurisdiccional se funde en un proceso previo legalmente tramitado.

Afirma que la resolución emitida en el proceso, no obedece a un procedimiento e investigación racional y

justo legalmente tramitado, ya que el juez señor Federico Gutiérrez Salazar, en la audiencia del juicio, acogió una “reposición” de la defensa de los querellados, en orden a que los testigos de su parte no podían deponer en la audiencia, dejándola sin prueba testimonial, materia que ya estaba resuelta por resolución pronunciada por la jueza doña Luz Mónica Arancibia el dieciséis de diciembre recién pasado, al decidir una reposición planteada por la defensa de los querellados, por lo que el tribunal acogió una “reposición de reposición” y dejó sin prueba a la querellante, desechando su solicitud de dejar sin efecto lo que había resuelto por existir una resolución ejecutoriada adelantada en tal sentido.

Hace presente que oportunamente al tenerse por aclarada y rectificada su querrela, en virtud de una excepción dilatoria opuesta por la contraria, se tuvo por presentada la lista de testigos, y quedó claramente establecido que en los delitos de acción privada la prueba testifical no estaba sujeta a las formalidades que los querellados pretendían. Asevera que la querrela no debe cumplir sino las exigencias de los artículos 113 y 261 del Código Procesal Penal, por mandato del artículo 400 de la misma compilación.

El pronunciamiento, en su basamento sexto, expresa que la prueba testimonial, oída la audiencia de preparación de doce de agosto último y después de un breve debate, fue excluida como medio de prueba, por haber sido convocados a un punto no considerado en la querrela y no haberse señalado otros temas sobre

los cuales debían declarar, lo que a juicio de la oponente no es efectivo, como tampoco son aplicables en la especie los artículos 259, letra h), ni 389 del estatuto procedimental, por lo tanto, al pasar sobre una resolución ejecutoriada y decidir como lo hizo, el juez ya citado en la audiencia y fallo extendido no ha respetado las garantías constitucionales de la querellante, relativas a un proceso previo legalmente tramitado.

Por otro lado, en la audiencia de lectura del veredicto, el veintidós de diciembre de dos mil ocho, sólo se leyó la sección dispositiva de lo resuelto y se aseguró que se remitiría el pronunciamiento íntegro a los correos electrónicos de los intervinientes, lo que recién se cumplió respecto de su parte el veintinueve de diciembre del mismo año, es decir, sin acatar el artículo 344 del Código Procesal Penal, por lo que nuevamente medió inobservancia al artículo 19, N°3°, inciso quinto, de la Constitución Política de la República.

En consecuencia, en virtud de lo expuesto, solicita se acoja el recurso promovido y se declare la nulidad del juicio y de la sentencia dictada, ordenando que se cite a los intervinientes a un nuevo juicio, en el que deberá emitirse un fallo ajustado a las probanzas que allí se rindan.

TERCERO: Que como cuestión previa principal es necesario precisar que constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo

legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental, en el artículo 19, N°3°, inciso quinto, le confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En torno a los aspectos que contempla el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en aceptar que a lo menos lo constituye la facultad de ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de los intervinientes y de recurrir contra toda sentencia que estime agravante a sus derechos. De este modo, el derecho de probar los aspectos de hecho de las cuestiones en discusión es consustancial a la racionalidad y justicia de todo procedimiento y, por consiguiente, nadie puede arbitraria o ilegalmente, privar a uno de los litigantes de la potestad de presentar y obtener la posibilidad de comprobar sus pretensiones.

Es así como en el proceso penal resulta evidente el derecho a la prueba que le asiste a toda parte en esa controversia, a menos que se declare su impertinencia por causa legal, pero respecto de determinadas probanzas requeridas expresamente. Entonces el Código Procesal Penal contempla, en los artículos 295 y 296, el principio que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser comprobados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley y permite que la prueba que hubiere de servir de base al dictamen se rinda durante la audiencia del juicio oral.

Lo anterior se corrobora por la normativa de nuestro ordenamiento

procesal penal para las pruebas que pueden rendirse en el juicio oral, dado que el artículo 277 prescribe que el juez de garantía debe dictar el auto de apertura del juicio oral que, entre otras indicaciones, debe contener la de las probanzas a rendir en él, por lo que el momento en que cabe ofrecer las pruebas o alegarse las exclusiones específicamente contempladas por el legislador, es ante el juez de garantía, durante la audiencia de preparación del juicio oral.

CUARTO: Que lo razonado en la reflexión precedente, es plenamente ajustable al procedimiento por delito de acción privada, regulado en los artículos 400 y siguientes del Código Procesal Penal, el cual contempla por aplicación supletoria de las normas del procedimiento simplificado establecidas en el Título I del Libro Cuarto de la aludida recopilación, la existencia de una audiencia “desformalizada” de preparación del juicio oral simplificado, donde los intervinientes pueden ofrecer sus medios de prueba, como única oportunidad procesal, en esa misma audiencia, incluyendo entre ellos, la prueba de testigos, como asimismo, requerir la exclusión de pruebas por las causales que el propio Código determine para dejar constituida con antelación, la evidencia a rendirse en el juicio oral simplificado que se realizará ante el juez de garantía.

QUINTO: Que con el objeto de acreditar los fundamentos de la causal esgrimida, en la audiencia del recurso de nulidad el recurrente, con la aceptación de la querellada, hizo escuchar al tribunal las pistas per-

tinentes del registro de audio de las audiencias de doce de agosto y veintidós de diciembre de dos mil ocho, correspondientes a la audiencia de preparación del juicio oral simplificado y de comunicación de la sentencia, respectivamente. En la primera de esas actuaciones surge de relieve la objeción de los querellados a que se aceptara la prueba testimonial de la querellante en la audiencia de juicio oral simplificado, por no haberse dado cumplimiento, en su concepto, al artículo 400 del Código Procesal Penal que exige acatar los requisitos de los artículos 113 y 261 del mismo texto, “en lo que no fuere contrario a lo dispuesto en dicho título”, interpretando tal precepto legal, de manera de hacer asimismo exigible en la querrella el ofrecimiento de prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación, de modo que si se opta por rendir prueba de testigos, debe presentarse junto con la querrella una lista individualizándolos en los términos que precisa el artículo 259 del código adjetivo, incidencia que fue zanjada correctamente por la señora juez de garantía, al resolver un recurso de reposición planteado por los querellados, en forma de dejar claramente fijado que en mérito de las últimas modificaciones introducidas al procedimiento simplificado por la Ley N°20.074, la audiencia preparatoria de juicio oral en este tipo de procesos, es “desformalizada”, y por ende, los testigos mencionados por la querrellada que se habrían agregado por la querellante, “podían deponer en la audiencia de juicio oral simplificado”, con la única limitación que éstos no estaban habilitados -por

haber quedado excluidos en relación a esos sucesos- para declarar respecto de los hechos constitutivos de la querrella calumniosa, al haber sido su interposición descartada expresamente por el tribunal, porque ello sería modificar los fundamentos de la querrella original. En mérito de lo anterior, los testigos de la querellante, individualizados como Teresa Cid Sepúlveda, Luis Cid Herrera, Silvia Sepúlveda Cartes y Juan Nahuelpi Ramírez, estaban aceptados para atestiguar respecto al conocimiento que ellos tienen acerca del hecho que algunos de los querellados habrían cometido el injusto de injurias que persigue el querellante Eduardo Antonio Lavado Valdés.

SEXTO: Que en este orden de ideas queda de manifiesto que al concluir el magistrado señor Federico Gutiérrez Salazar, en la audiencia de juicio oral simplificado, que los testigos ofrecidos por la querellante en la audiencia de doce de agosto del año pasado habían sido excluidos como medio de prueba en la citada audiencia, por haber sido convocados a deponer sobre un tópico no considerado en la querrella, y no haberse consignado otros aspectos acerca de los cuales debían declarar, conforme lo estatuye el artículo 259, letra h), aplicable supletoriamente en la especie por mandato del artículo 389 del Código Procesal Penal, como se infiere del fundamento sexto del edicto extendido en este proceso, cuya copia autorizada fue acompañada por la querellante junto con su recurso y agregada a estos antecedentes, desde fojas 3 a 13, no objetada

por la contraria, privó a la recurrente y acusadora de prueba ofrecida legal y oportunamente en la etapa de preparación del juicio oral simplificado, con transgresión sustancial de un derecho garantizado por la Constitución Política y, por lo tanto, el dictamen que se impugna aparece desprovisto de la racionalidad y justicia que debiera legitimarlo.

SÉPTIMO: Que el respeto a los derechos fundamentales y a la legitimidad del procedimiento, vértebra del 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 fundamentales no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran condiciones de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración.

OCTAVO: Que la irregularidad revelada por el compareciente, aparece revestida de la relevancia necesaria para acoger el remedio procesal asilado en la motivación de la letra a) del artículo 373 del Código procedimental criminal, por cuanto, en opinión de esta Corte, ha tenido influencia sustancial en lo resolutivo de la sentencia, puesto que el tribunal, al desconocer lo resuelto en la etapa procesal pertinente por el mismo órgano jurisdiccional e impedir a la querellante y acusadora rendir en el juicio oral simplificado de prueba testimonial importante, relativa al conocimiento que los deponentes tienen en relación a que algunos

de los querellados habrían cometido el delito de injurias respecto de Eduardo Antonio Lavado Valdés, la privó injustificadamente del derecho a rendir un medio de prueba que la Constitución le garantiza, impidiendo que el tribunal reflexionara sobre ello deduciendo las consecuencias que estimara del caso.

En conclusión, esta infracción cometida por el juez de garantía, es sólo reparable por la declaración de nulidad del juicio oral simplificado y de la sentencia recurrida, debido a que por esta única vía podrá producirse legalmente la prueba ofrecida oportunamente por uno de los intervinientes, debiendo retrotraerse la causa al estado de poder recibir el testimonio de los aludidos declarantes.

En virtud de lo razonado precedentemente, el tribunal no se pronunciará sobre los otros hechos constitutivos de la causal invocada, como tampoco, de la causal de nulidad subsidiariamente instaurada, por ser innecesario.

Por estas consideraciones y teniendo presente lo prevenido en los artículos 5°, inciso segundo, y 19, N°3°, de la Constitución Política de la República y 159, 160, 161, 164, 358, 359, 372, 373, letra a), 384 y 385 del Código Procesal Penal, **SE ACOGE** el recurso de nulidad formalizado por el abogado Renato Andrés Maturana Burgos, en lo principal del libelo de fojas 14 a 21, en representación de la parte querellante, en contra de la sentencia de veintidós de diciembre del año recién pasado, dictada por el Juzgado de Garantía de Temuco

y transcrita de fojas 3 a 13 del cuaderno respectivo, y se anulan dicho fallo y el juicio oral simplificado de que es objeto, debiendo la causa retrotraerse al estado de **celebrarse un nuevo juicio simplificado ante el juez de garantía no inhabilitado que corresponda.**

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del Ministro señor Rodríguez.

Rol N°380-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Benito Mauriz A. No firma el abogado integrante Sr. Mauriz, 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 Egusquiza.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

COMENTARIOS ACERCA DE LA LEY N°20.341 QUE AUMENTA LAS PENAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Hernán Fernández Aracena¹

En un artículo anterior², habíamos tenido oportunidad de efectuar algunas observaciones respecto a la moción de los Diputados Bustos, Burgos y otros³, que introducía diversas modificaciones al Código Penal en la regulación de algunos delitos contra la Administración Pública. Esa moción, durante la tramitación parlamentaria, fue fusionada con el Mensaje que adecuaba la legislación interna a las observaciones y sugerencias efectuadas a Chile por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para implementar la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales⁴.

De tal forma, de ambos proyectos surge la Ley N°20.341 “que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos en contra de la Administración Pública”⁵.

Por la trascendencia de las modificaciones, nos ha interesado referirnos a los principales aspectos de esta nueva legislación separando en dos los temas abordados por la nueva ley. Así, en este artículo, comentaremos las enmiendas que establecen una mayor penalidad para diversos delitos de corrupción y, en otro documento, la nueva normativa que hace frente a varios de los reparos efectuados por la OCDE en cuanto a la normativización del cohecho transnacional.

Desde ya podemos anticipar que el aumento de penas efectuado por la referida Ley, se estima, en general, como un aporte pues, como hemos sostenido en otras oportunidades, el actual nivel de penas privativas de libertad de los delitos en el ámbito de la corrupción es bajo, lo que no parece acorde con los

-
- 1 Subdirector, Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
 - 2 “Proyectos de Ley vinculados a la lucha en contra de la corrupción” en Revista Jurídica del Ministerio Público N°35, julio de 2008, pp. 117 y ss., y en Boletín Unidad Especializada Anticorrupción N°7, de junio de 2008, pp. 21 y ss.
 - 3 Moción ingresada el 16 de enero de 2008 de los Diputados Jorge Burgos, Juan Bustos, Guillermo Ceroni y Nicolás Monckeberg. Boletín N°5725-07.
 - 4 Mediante indicación sustitutiva de 16 de junio de 2008 de S.E. la Presidente de la República, la que se tramitó en el Boletín N°5725-07 correspondiente a la moción de los diputados antes mencionados.
 - 5 Ley N°20.341 publicada en el Diario Oficial de 22 de abril de 2009.

estándares internacionales⁶. De allí que esta iniciativa deba ser valorada en ese contexto.

El análisis lo realizaremos teniendo en consideración el proyecto original, las modificaciones introducidas, primero, por la Cámara de Diputados y, posteriormente, por el Senado, debiendo resaltar que los cambios aprobados en el segundo trámite no fueron objetados por la Cámara de Origen y, por tanto, no hubo necesidad de Comisión Mixta, siendo el texto acordado por los senadores el que finalmente se publicó.

I.- Modificaciones respecto al delito de fraude al Fisco

En la discusión en la Cámara de Diputados se aludió a que la modificación buscaba aplicar al delito de fraude al Fisco el mismo criterio de penalización utilizado en las malversaciones, aplicando penas diferenciadas según el monto defraudado comprometido.

Por ello, se modificaba el artículo 239 del Código Penal y, al igual que en el artículo 233, aplicaba penas privativas de libertad que iban desde el presidio menor en su grado medio hasta el presidio mayor en su grado mínimo. Las multas que contemplaba eran desde 5 UTM hasta 15 UTM, eliminando la referencia a porcentajes del perjuicio causado (que en el actual 239 van del 10% al 50% del monto del perjuicio causado), lo que, para el caso de grandes defraudaciones constituía, en realidad, una rebaja de la pena pecuniaria.

Respecto a la pena privativa de derechos, se modificaba el texto propuesto que aplicaba la pena de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio, por la pena de *“inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo”*, dado que consideraban que la inhabilitación perpetua podía dar lugar a situaciones *“un tanto excesivas (...)”*, manteniendo el criterio que habían sustentado en la tramitación de otro proyecto de ley que modificaba este mismo artículo⁷.

Sin embargo, en el Senado se criticó el esquema de penalidad propuesto, pues se consideró que *“la introducción de esta progresión es improcedente, porque el ilícito que comete el funcionario público que defrauda o permite que se defraude al Estado es grave en sí mismo, independientemente de la extensión del perjuicio pecuniario, dado que supone un abuso de confianza y, además, porque cuando la cuantía de la defraudación es pequeña la pena propuesta es inferior a la actual, lo que en la práctica supone un incentivo perverso para defraudaciones de escaso monto”*⁸.

6 “El nivel de las penas de la corrupción económica” Boletín Delitos Funcionarios N°6, diciembre de 2007, p. 51, Ministerio Público.

7 Ver Boletín N°5097-07.

8 En Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de 12 de enero de 2009.

Ante este escenario, el Ejecutivo modificó su proyecto, proponiendo esta vez, mantener la pena actual de presidio menor en sus grados medio a máximo y estableciendo una agravación para las defraudaciones al erario público de mayor entidad, lo que sí fue aceptado por la Cámara Alta.

De allí que la versión final deja vigente el siguiente esquema sancionatorio:

i) Pena privativa de libertad:

- Sanción base: Presidio menor en su grado medio a máximo. Igual que en la actual normativa. Se aplicaría en principio, para las defraudaciones **menores a 40 UTM**.
- Sanciones agravadas:
 - Si la defraudación **supera las 40 UTM** pero es igual o menor a 400 UTM, el Juez podrá “*aumentar en un grado la pena señalada en el inciso anterior*”.
 - Si la defraudación **supera las 400 UTM** “*se aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo*”.

ii) Pena privativa de derechos:

Se aceptó el criterio de la Cámara de Diputados, pues se sostuvo en el Senado que en comparación con la pena de inhabilitación especial perpetua “*la absoluta temporal es un castigo más grave para una persona que trabaja en la Administración Pública o que se dedica a la política como actividad principal*”.

En consecuencia, se establece como pena principal la “*inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo*”.

iii) Pena pecuniaria:

A pesar que no se encuentran fundamentos en la discusión parlamentaria, en el Senado se modificó la pena de multa, volviendo al esquema original del artículo 239 que determina su monto en proporción al monto del perjuicio fiscal causado.

De esta forma se castiga el ilícito con una pena de multa que va “*del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado*”, lo cual parece más acorde con un proyecto que tiene por finalidad última generar una respuesta penal más rigurosa, lo que no sucedía con un esquema de multas de tan bajo monto como el propuesto al inicio de la tramitación parlamentaria.

9 En Informe de la Comisión del Senado antes indicado.

II.- Modificación al delito de negociaciones incompatibles

El Ejecutivo proponía ampliar el rango de la pena privativa de libertad, dejándola en reclusión menor en sus grados medio a máximo. En el primer trámite y al igual que en el fraude al Fisco, se modificó la pena de inhabilitación en la misma forma acordada para ese delito.

Sin embargo, en el Senado se rechazó innovar respecto a la sanción de reclusión, por cuanto se sostuvo que, para un delito de carácter formal, como es la negociación incompatible, se estaría imponiendo “*igual castigo que al de fraude al Fisco, que ofende más de un bien jurídico*”¹⁰.

Además, se tuvo presente que los cambios al delito de negociación incompatible también incidían en el castigo del tráfico de influencias, tipificado en el artículo 240 bis del Código punitivo.

Por esas razones, la sanción quedó en los mismos términos que el actual artículo 240 del Código Penal, esto es, reclusión menor en su grado medio. Tampoco se innovó con la pena pecuniaria.

Sí se acogió en el Senado la modificación de la pena privativa de libertad estableciendo la de “*inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo*”, manteniendo la coherencia con la modificación efectuada en el fraude al Fisco.

III.- Modificaciones a los delitos de cohecho pasivo

El proyecto original revisado por la Cámara de Diputados contenía modificaciones a los artículos 248, 248 bis y 249 del Código Penal.

Tras el trámite en el Senado, sólo se mantuvieron las modificaciones a los dos primeros delitos¹¹.

i) Modificaciones al artículo 248.

En el caso del cohecho pasivo del artículo 248, en el primer trámite se aprobó un texto que agregaba una pena privativa de libertad que antes no tenía esta modalidad, sancionándolo con reclusión menor en su grado mínimo, además, se ampliaba la naturaleza que podía tener el beneficio indebido (de la dádiva) que se ofrece o acepta, de un carácter netamente económico a otro de “cual-

10 Informe de la Comisión del Senado antes indicado.

11 En el caso del artículo 249 del Código Penal, la moción modificaba sólo su inciso segundo agravando el marco máximo de la pena privativa de libertad y ampliaba el concepto de beneficio económico a otro de cualquier naturaleza. Sin embargo, en el Senado y, por indicación del Ejecutivo, se rechazó por completo la idea de enmendar este artículo.

quier naturaleza”. Asimismo, se ideaba una forma de sanción pecuniaria para esos “otros” beneficios.

En el segundo trámite, el Ejecutivo realizó importantes modificaciones a su proyecto, que en este caso significaron sólo mantener la nueva pena privativa de libertad, teniendo en cuenta que el componente “beneficio de otra naturaleza” era una exigencia de la OCDE para la tipificación del cohecho a funcionario público extranjero y como el precepto afectado por esta enmienda se refería a un delito cometido por funcionario público chileno, no estaba nuestro país forzado a innovar.

Aparentemente, no se quiso discutir respecto a la posibilidad de extender el objeto material del delito de cohecho nacional, desde el tradicional contenido económico de las dádivas a otro tipo de beneficios que pudieran ofrecerse como, favores políticos, de contenido sexual, cuestiones honoríficas o de otro tipo, por cuanto varias autoridades expresaron su preocupación por esta modificación.

En ese sentido, el Senador Espina sostuvo que *“la noción de beneficio no económico que se pretende introducir está fuera de nuestra tradición jurídica penal y linda con una ley penal en blanco, por lo que deben hacerse precisiones al respecto, para darle un contenido que no cause un vacío legal ni haga posible excesos judiciales”*¹².

A su vez, el Ministro Viera Gallo señaló que *“La noción de beneficio de carácter no económico es un elemento novedoso en la legislación chilena y debe ser precisada, estableciendo algún elemento que permita su medición...”*.

El mismo ministro agregó que *“también hay que tener presente que está en tramitación un proyecto de ley que regula el lobby y que es importante evitar el riesgo de que por una definición excesivamente amplia o vaga una actividad lícita resulte ser objeto de persecución penal”*¹³.

En definitiva, en vez de precisarse el concepto de beneficio no económico, se optó por eliminarlo del proyecto salvo en el delito de cohecho transnacional, pues en ese caso existía una exigencia internacional que emanaba de la Convención de la OCDE.

Finalmente, las sanciones que se establecen en la modificación al artículo 248 son copulativamente las de *“reclusión menor en su grado mínimo, suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados”*.

12 En Informe de la Comisión del Senado antes indicado.

13 Ambos párrafos se encuentran en informe de la Comisión del Senado antes indicado.

ii) Modificaciones al artículo 248 bis.

En el caso del cohecho pasivo del artículo 248 bis inciso primero del Código Penal, el proyecto original ampliaba el rango superior de la pena privativa de libertad, estableciendo la sanción de reclusión menor entre sus grados mínimo a máximo.

Además, se ampliaba la naturaleza del beneficio indebido incluyendo el concepto de beneficio de “*cualquier naturaleza*”, y se establecía una sanción pecuniaria para esos “otros” beneficios.

En el Senado, y al igual que lo sucedido con la anterior figura, se eliminó todo lo relativo al beneficio de “otra naturaleza” y sólo se acogió el incremento de la pena privativa de libertad.

Sin embargo, quedó sin explicación en la historia de la Ley, el cambio de la penalidad, pues en el texto aprobado por el Senado se restringió el castigo de este delito a una pena de un solo grado divisible como es la de reclusión menor en su grado medio, eliminando el original grado mínimo, pero también obviando la modificación aprobada en el primer trámite en cuanto a ampliar el rango superior a la reclusión menor en su grado máximo.

Lo definitivo entonces es que la Ley N°20.341 establece una sanción de reclusión menor en su grado medio, manteniendo las penas de inhabilitación y multa actualmente vigentes.

Tampoco se modifica el inciso segundo del artículo 248 bis, en el que se tipifica una modalidad de cohecho vinculada con el tráfico de influencias.

IV.- Modificaciones al delito de cohecho activo

En el caso del cohecho activo o soborno a un funcionario nacional, contemplado en el artículo 250 del Código Penal, el proyecto original fue completamente replanteado en el segundo trámite constitucional por el Ejecutivo, y sobre esas enmiendas trabajaremos a continuación.

Esta indicación del Poder Ejecutivo se acotó a realizar tres modificaciones precisas al artículo 250 con las siguientes finalidades:

1. Incluir una figura agravada para el sobornante que hace incurrir al funcionario público en la conducta descrita por el artículo 248 del Código Penal, al que impone la pena de reclusión menor en su grado mínimo, al insertar un inciso segundo nuevo al artículo 250.

Con ello se intenta ser coherente con la nueva pena establecida para el funcionario público castigado por cohecho pasivo.

2. Incrementar la sanción establecida en el inciso segundo, que pasa a ser tercero, por la vía de fijar su mínimo en reclusión menor en su grado medio, en lugar del grado mínimo. Ello permite imponer la misma pena al particular que ofrece un beneficio indebido y al funcionario que es sancionado por el cohecho pasivo.

Lo que sí se mantiene es la penalidad atenuada para el particular que consiente en entregar un beneficio indebido, esto es, a aquél que accede entregar una dádiva por una previa solicitud de un funcionario público, a quien se le conserva la pena de reclusión menor en su grado mínimo.

En este caso el legislador ha considerado menos reprochable la conducta de un particular que comete este delito a consecuencia de ceder ante una presión o exigencia de un funcionario.

3. Reemplazar la oración final del inciso tercero, que pasa a ser cuarto, por otra, en mérito de la cual si al sobornante le corresponde una pena mayor por la participación que le correspondiere en el crimen o simple delito cometido por el empleado público, se le aplicará precisamente ésa y no las penas del artículo 250.

Esta modificación altera sustancialmente la normativa actual, en la que existía una diferencia de sanciones entre el particular y el empleado público, pues a éste último se le podía castigar tanto por el cohecho como por el otro delito que cometía “inducido” por la dádiva y, en cambio, al particular sólo se le podía castigar como autor de soborno, descartando cualquier hipótesis de participación con los otros delitos, en los que éste podía ser imputado a lo menos como autor inductor.

Con esta reforma, en cambio, se señala claramente que el sobornante, esto es, un particular, puede ser responsable de cualquiera de los delitos que cometa el funcionario público cohechado por éste, que son aquellos señalados expresamente en el artículo 249¹⁴, y que en general son los denominados “delitos funcionarios”.

La enmienda permite sostener que la intención del legislador ha sido sostener la comunicabilidad de los delitos funcionarios a los “*extraneus*” que participen en los mismos, atendido que esta nueva norma estima perfectamente posible imputar a un “particular” por delitos que requieren de un

14 En el artículo 249 del Código Penal se castiga al funcionario público que solicita una dádiva para cometer uno de los delitos contemplados específicamente en la norma, la que se refiere a dos párrafos concretos:

- Los contemplados en el Título V del libro II, los delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, y
- Los del párrafo 4° del Título III del libro II, de la falsificación de documentos públicos o auténticos.

sujeto activo cualificado, como es el caso de aquellos tipificados en el título V del libro II del Código Penal.

La Ley N°20.341 no modificó las penas privativas de derechos ni las penas pecuniarias del soborno, siendo el siguiente su esquema sancionatorio:

- i) Si la acción u omisión indebida se refiere a las señaladas en el artículo **248** del Código Penal, se sanciona al sobornante con reclusión menor en su grado mínimo, suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto del beneficio económico ofrecido o consentido.
- ii) Si la acción u omisión indebida se refiere a las señaladas en el artículo **248 bis inciso primero** del Código Penal, y se trata de un beneficio **ofrecido** por el sobornante, se le sanciona con reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados, y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.

En cambio, si se trata de un beneficio **consentido**, se atenúa la sanción privativa de libertad a reclusión menor en su grado mínimo, manteniéndose la sanción privativa de derechos y la multa.

- iii) Si la acción u omisión indebida se refiere a las señaladas en el artículo **248 bis inciso segundo** del Código Penal, el sobornante tiene las mismas penas privativas de libertad y multa que las contempladas para el inciso primero del 248 bis, sólo modificándose la pena privativa de derechos por una inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público de carácter **perpetua**.
- iv) Si la acción u omisión indebida se refiere a las señaladas en el artículo **249** del Código Penal, y se trata de un beneficio **ofrecido** por el sobornante, se le sanciona con reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua e inhabilitación absoluta temporal, o inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triplo del provecho solicitado o aceptado.

Por su parte, si se trata de un beneficio **consentido**, se amplía el rango de la sanción privativa de libertad que puede ir de reclusión menor en su grado mínimo a medio, manteniéndose la sanción privativa de derechos y la multa.

En todo caso, la pena privativa de libertad puede ser distinta, si al sobornante le correspondiere una pena superior por el crimen o simple delito que cometa el funcionario público cohechado, ya que se dispone que en esa circunstancia, se estará a esta última sanción.

- v) Finalmente, y de conformidad con lo que dispone el artículo 250 bis del Código Penal que no es modificado, si la dádiva tuviere por objeto la realización u omisión de una actuación de las señaladas en los artículos 248 ó 248 bis a fin de mediar en una causa criminal a favor del imputado, y que fuere cometido por su cónyuge, por alguno de sus ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, por un colateral consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive, o por persona ligada a él por adopción, sólo se impondrá al responsable del soborno la pena de multa que corresponda conforme a las disposiciones antes mencionadas.

V.- ¿Aplicación retroactiva de la Ley N°20.341?

La Ley N°20.341, al modificar las penas asignadas a los delitos de los artículos 239, 240 (y, por ende, el 240 bis dado que se remite a las penas del anterior), 248, 248 bis y 250 del Código Penal, pudiere eventualmente generar dudas en relación a si pudiera ser aplicada en forma retroactiva, por entender que la nueva ley sería más beneficiosa al imputado.

En todo caso, debe descartarse cualquier planteamiento vinculado con los delitos de cohecho y soborno, dado que las modificaciones realizadas apuntan a endurecer las penas, de modo que la Ley N°20.341, a todas luces, resulta más rigurosa.

Alguna duda pudiera existir para los delitos de fraude al Fisco, negociaciones incompatibles y tráfico de influencias.

Como hemos señalado, la Ley N°20.341 no innova en el fraude al Fisco respecto a la pena de multa ni en cuanto a la pena privativa de libertad, en caso que la defraudación sea inferior a 40 UTM. En cambio, si la defraudación supera las 40 UTM pero es menor a 400 UTM, se concede una nueva facultad al juez quien “podrá aumentar en un grado” la pena privativa de libertad, y si el monto de lo defraudado supera las 400 UTM, se castiga el delito con presidio mayor en su grado mínimo.

Lo que sí se modifica es la pena privativa de derechos que, ahora para todas las hipótesis, es la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo, en reemplazo de la inhabilitación especial perpetua.

En el caso de las negociaciones incompatibles y el tráfico de influencias, la Ley N°20.341 no modificó sus penas privativas de libertad ni la multa, y sólo enmendó la pena privativa de derechos, en iguales términos a los antes descritos para el fraude al Fisco.

De manera que para dilucidar si podemos dar aplicación retroactiva a la Ley N°20.341, en primer lugar, deberá determinarse si esta ley es o no más beneficiosa para los imputados.

En el fraude al Fisco, si se comparan las penas privativas de libertad, la nueva ley es más rigurosa, porque:

- Mantiene la misma pena (en las defraudaciones de menos de 40 UTM), o
- porque permite agravarla (entre las 40 y 400 UTM), o
- la agrava derechamente (en las defraudaciones de más de 400 UTM).

La única duda pudiere provenir del hecho que la nueva pena privativa de derechos de los delitos contemplados en los artículos 239, 240 y 240 bis, de acuerdo con la escala de penas contemplada en el artículo 21 del Código Penal, es de menor entidad que la existente antes de la reforma.

Sin embargo, creemos que existen argumentos para sostener el rechazo de una aplicación retroactiva de la Ley N°20.341 en estos casos, teniendo presente que:

- a) No es posible dividir o fraccionar las disposiciones de la nueva ley, esto es, de la Ley N°20.341, para efectos de rescatar sólo lo que sea favorable al imputado y olvidarse de aquello que pudiere resultarle desfavorable. En ese claro sentido se pronuncia la doctrina nacional y extranjera, a modo de ejemplo, el profesor Cury al analizar la solución de cómo determinar qué ley es más favorable al encausado, señala que, en la práctica, el Juez para identificarla debe hacer “dos borradores de sentencia -uno sobre la base de cada ley-, a fin de establecer cual de ellas conduce a un resultado más favorable para el procesado”.

Cury sostiene además que al Juez “no le está permitido mezclar los preceptos de ambas leyes, tomando de cada una de ellas aquello que beneficia al reo, pues esto implicaría entregarle la facultad de construir una “tercera ley”, que nunca ha estado en vigor”¹⁵.

En el mismo sentido, el tratadista Etcheberry ha señalado que “la determinación de cuál sea la ley más favorable al reo corresponderá hacerla exclusivamente a quien la ley encomienda el juzgamiento: el tribunal respectivo. Además, deberá aplicarse tal ley en su integridad, sin que sea permitido aplicar parcialmente una y otra ley, para acabar en un tratamiento más favorable al reo”¹⁶.

Misma conclusión ha sustentado Eugenio Zaffaroni, quien ha sostenido que la solución para determinar la ley penal más benigna debe hacerse en concreto y no en abstracto, señalando que “en esta tarea deben tomarse por separado una y otra ley, pero no es lícito tomar preceptos aislados de una y otra, sino cada una

15 Ambas citas de Enrique Cury Urzúa, “Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, 7ª Edición ampliada, 2005, p. 229.

16 Alfredo Etcheberry “Derecho Penal, Parte general”, Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición, revisada y actualizada, 1997. Tomo Primero, p. 144.

en su totalidad. De no ser así, estaríamos aplicando una tercera ley inexistente, sólo creada por el intérprete”¹⁷.

Con este predicamento, deberá estudiarse en el caso concreto si las disposiciones de la nueva ley podrían resultar más beneficiosas para el imputado, sin olvidar, ya en un segundo orden de ideas, lo dispuesto en el inciso final del artículo 18 del Código Penal.

- b) El inciso final del artículo 18 del Código Penal dispone que “En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las **inhabilidades**”.

Esta frase no es original del Código Penal de 1874, sino que se trata de una enmienda realizada en el año 1972, mediante la Ley N°17.727. En la historia fidedigna de esta ley se encuentran los fundamentos de la modificación. Hasta esa fecha, no existía una solución legal respecto de la situación de una persona condenada por un delito que una ley posterior eximía de pena o disminuía la sanción. Uno de los objetivos de ese proyecto de ley era, precisamente, conceder ese beneficio a todos los condenados.

Sin embargo, en el debate parlamentario, aún cuando acogían la idea, fueron partidarios de establecer ciertos límites, como el vinculado al pago de una indemnización civil, de modo que aunque posteriormente el hecho ya no fuere delictivo, no existiera acción civil para repetir por lo ya pagado.

Otro límite introducido en ese debate, fue el de las inhabilidades. Al respecto, el Diputado Diez sostenía: “También dejamos constancia, en la comisión, en lo referente a la indicación del inciso segundo agregado en esta cámara, de que esta sentencia, dictada con posterioridad en virtud de una ley más favorable al reo, tampoco afectaría a las inhabilidades que hubiera producido la sentencia primitiva para toda clase de situaciones en el terreno administrativo, como es la devolución de un cargo, y aún, en el terreno político...”, continua más adelante “en esto, la comisión fue unánime en aprobar esta indicación, en el sentido de que se trata de modificar la sentencia en lo que afecta a la persona del reo, pero no en las consecuencias de inhabilidad, tanto administrativa como política que pudieren haberse cumplido en virtud de la ley primitiva”¹⁸.

De allí que pueda sostenerse que no se puede invocar la aplicación del artículo 18 del Código Penal, pese al cambio de la pena privativa de derechos que introdujo la Ley N°20.341 en los delitos de fraude al Fisco, negociación

17 Eugenio Raúl Zaffaroni “Manual de Derecho Penal, Parte General”, Ediar, sexta edición, 2003, p. 175.

18 Extractos de la Sesión 14ª de la Cámara de Diputados, de 2 de mayo de 1972, en Historia de la Ley 17.727, p. 869.

incompatible y tráfico de influencias, por aplicación del inciso final del citado artículo 18.

VI.- Comentarios finales

Tal como sostuvimos al comienzo de este documento, la iniciativa que buscó elevar las sanciones privativas de libertad nos parece sumamente razonable, y constituía una necesidad, ante la constatación del bajo nivel de tales penas, lo que permitía cuestionar incluso el compromiso del país con las convenciones internacionales contra la corrupción existentes, las cuales fueron firmadas, ratificadas y están plenamente vigentes en Chile.

Parece atendible y proporcional la nueva penalidad del delito de fraude al fisco, ilícito que por su incidencia estadística y por la gravedad de la conducta sancionada, necesitaba de una revisión “al alza” de su castigo, y que con la Ley N°20.341 permite entender como una satisfactoria enmienda.

Asimismo, por la gravedad que representa para una sociedad democrática el introducir en la toma de decisiones de un empleado público, un elemento tan distorsionante como es la entrega de un soborno, nos parece adecuado que se haya efectuado el aumento de las penalidades actualmente aplicables.

Tan razonable como lo anterior, resulta equiparar las sanciones penales entre el funcionario que incumple gravemente sus deberes y el particular sobornante, por cuanto, aún cuando éste no tenga una obligación directa con la buena marcha de la Administración del Estado, su actuación reprochable está perjudicando, de alguna manera, el bien común del país, pues con su actitud corruptora se afecta seriamente la credibilidad de la institucionalidad, junto con desprestigiar fuertemente a la función pública debilitando, en definitiva, el funcionamiento de todo el sistema democrático y del Estado de Derecho.

La enmienda al delito de negociaciones incompatibles, al restringirse a la adecuación de la pena privativa de derechos, fue un tímido avance en el sentido de fortalecer nuestra institucionalidad en contra de los delitos de corrupción, no compartiéndose las razones que llevaron a ser más benevolentes con el trato en un delito de especial trascendencia y gravedad.

Creemos que estas reformas son una correcta señal que se envía a la comunidad nacional, por cuanto, hasta antes de la Ley N°20.341, era posible desilusionarse del sistema criminal cuando, enfrentado a personas que detentando grados importantes de poder participaban en este tipo de hechos punibles y se veía que éstos sólo eran castigados con penas menores, se generaba una sensación de impunidad y de falta de igualdad ante la ley. Esas imágenes podrán revertirse cuando comience la aplicación práctica de las disposiciones de esta nueva legislación, en cuyo desarrollo, tendrá un fundamental rol, la actuación del Ministerio Público, al imputar en forma más rigurosa al funcionario y a los particulares que participen en actos de corrupción.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TALCA CONDENA A ALCALDESA DEL MAULE POR NOMBRAMIENTO ILEGAL Y FRAUDE AL FISCO

Roberto Morales Peña¹

Comentario:

La sentencia que publicamos condenó a la imputada Fresia Faúndez Cáceres como autora del delito continuado de Nombramiento Ilegal y de dos delitos de Fraude al Fisco. Quisiera reflexionar brevemente sobre el **Nombramiento Ilegal** de que da cuenta el Hecho Uno de la acusación del Ministerio Público en la sentencia, pues se trata de una figura penal sobre la cual existe muy poca jurisprudencia y este fallo permite asentar algunos criterios de la misma.

Hecho Uno:

“Doña Fresia Amelia Faúndez Cáceres, tras asumir como alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de Maule el 6 de diciembre del año 2000, y en el ejercicio del cargo aludido, dictó los decretos alcaldicios N°073, de 13 de marzo del 2002, y N°060, de 27 de febrero del 2003, en virtud de los cuales designó a doña Marisol Evelyn Faúndez Oróstica para desempeñarse como docente de aula en establecimientos educacionales dependientes de dicha municipalidad, renovando sucesivamente la relación laboral con esta última, mediante los actos administrativos mencionados, para cumplir las labores docentes referidas en calidad de contrata, a sabiendas que la afectaba la inhabilidad de ingreso establecida en el artículo 10 de la Ley N°18.883, en relación al artículo 56 b) de la Ley N°18.575, esto es, el hecho de encontrarse vinculada con su persona, en tercer grado de parentesco, por consanguinidad”.

Señala el artículo 220 del Código Penal que “El empleado público que a sabiendas designare en un cargo público a persona que se encuentre afecta a inhabilidad legal que le impida ejercerlo, será sancionado con la pena de inhabilitación especial temporal en cualquiera de sus grados y multa de cinco a diez Unidades Tributarias Mensuales”.

La conducta punible consiste en que un empleado público designe, a sabiendas, en un cargo público a una persona que se encuentre afecta a una inhabilidad legal para ejercerlo. Dicha inhabilidad puede consistir tanto en la ausencia de requisitos legales, como en la presencia de impedimentos en la persona nombrada, es por ende una condición objetiva de punibilidad.

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

Pareciera no existir mayor dificultad en acreditar los elementos formales del tipo, a saber: el sujeto activo será cualquier empleado público conforme a la descripción que entrega en artículo 260 del Código Penal; el “cargo público” debemos interpretarlo vinculado al concepto de función pública; las inhabilidades deberán ser de carácter legal e impedir a la persona ejercer el cargo. El delito se consuma en el momento que queda perfeccionado el acto de nombramiento, por lo que se trata de un delito de mera actividad.

Sin embargo, lo complejo de esta figura penal radica en poder acreditar la culpabilidad del imputado, pues la designación de una persona imposibilitada para asumir y ejercer el cargo debe ser “a sabiendas”, es decir con dolo directo. La conciencia de la inhabilidad que afecta a la persona nombrada debe abarcar no sólo los requisitos para obtener el cargo propuesto, sino también el resto de las inhabilidades señaladas en el Estatuto Administrativo o en leyes especiales que regulen el ejercicio de un cargo determinado.

Sobre este punto, el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Talca, en el considerando décimo cuarto, se pronuncia sobre lo que debe entenderse por “a sabiendas” en el nombramiento ilegal en los siguientes términos: “en opinión del Tribunal, la expresión “**a sabiendas**”, que contempla el tipo penal en estudio, está referida al conocimiento de la inhabilidad que afecta a la persona nombrada y no al ilícito en particular, como lo sostuvo el defensor, pues seguir tal tesis, implicaría que sólo quienes tuviesen acabados conocimientos de derecho estarían en condiciones de cometer este tipo de delito”.

En el mismo considerando, el tribunal se pronuncia sobre la prueba para acreditar el tipo de la siguiente forma: “En efecto, conforme a la prueba rendida en la audiencia, se acreditó que la acusada fue advertida directamente por el Director Comunal de Educación de Maule Enrique Gómez Silva, ya en el año 2001, de la imposibilidad de efectuar el mencionado nombramiento, cuestión que, por lo demás, no podía ser desconocida por la acusada, ya que resulta del todo impresentable, que quien ejerza el cargo de Alcalde desconozca la normativa legal que rige tal función y que, en lo pertinente, fue reseñada en el motivo tercero. A lo anterior, se suma el hecho que tal circunstancia, le fue representada por la encargada de educación de la época doña María Angélica Gajardo y que el Municipio contaba con asesoría legal, a través de los diversos abogados que prestaron funciones en el mismo, a quienes pudo recurrir para saber de qué manera estaba obligada a comportarse en derecho, por lo que, aún en el evento de estimar la existencia de un error de prohibición, éste no era invencible pues, como se ha dicho, tenía a su alcance los elementos para superarlo. Así las cosas, al parecer de estos jueces, es insostenible pretender que la enjuiciada carecía de la posibilidad de conocer la antijuridicidad de su conducta”.

Este razonamiento del tribunal es acertado, pues el legislador no exige un conocimiento de la figura penal en cuanto tal, sino que basta que el empleado

público sepa o esté advertido de la inhabilidad que pesa sobre la persona que se pretende nombrar en un cargo público. Un Alcalde o un alto funcionario público debiera tener un conocimiento general suficiente de las normas que reglan la administración municipal, pero si ese no fuese el caso, los municipios cuentan con directivos, jefaturas, abogados y asesores legales que sí tienen un cabal conocimiento de la normativa pública, y es deber de la autoridad edilicia recurrir a ellos en caso de duda por su parte. En tal sentido la sentencia da un paso importante en el sentido de cerrar las vías de exculpabilidad basadas en el error de prohibición, pues es obligación de la autoridad pública consultar a su asesor legal ante cualquier controversia en derecho, y más aún habiendo existido una advertencia de parte del Director Comunal de Educación a la Alcaldesa Fresia Faúndez sobre la improcedencia de contratar a su sobrina en un establecimiento municipal dependiente del municipio del cual ella es alcaldesa.

Finalmente, el Tribunal Oral consideró que el nombramiento ilegal era un delito continuado, “toda vez que el agente, a la sazón Alcalde de la Municipalidad de Maule, en el ejercicio de dicho cargo y en conocimiento de la inhabilidad legal que afectaba a su sobrina, la designó en un cargo público, como lo es el de docente a contrata de un establecimiento municipal; acorde con lo previsto en el artículo 260 del Código Punitivo, dictando al efecto dos decretos de nombramientos anuales y consecutivos; situación que no es mas que la continuación del ilícito, ya que tal circunstancia era la única forma de extender el hecho en el tiempo, dada la limitante temporal que existe legalmente respecto de los cargos a contrata, manteniéndose el propósito delictivo, afectando al mismo bien jurídico y siendo idénticos los sujetos activos y pasivos de las conductas ilícitas”.

El fiscal del Ministerio Público argumentó que no nos encontrábamos frente a un delito continuado, sino ante uno reiterado, argumentando que por tratarse de un cargo a contrata, éste está circunscrito a aquellos docentes que desempeñan labores docentes en carácter transitorio. En relación a la duración del cargo a contrata, el Estatuto Administrativo en su artículo 10, prescribe que sólo duran hasta el 31 de diciembre de cada año, o sea, expiran por el solo ministerio de la ley, de modo que no hay continuidad ni derecho adquirido sobre dicho empleo. Los decretos alcaldicios N°73 y 60 de 13 de marzo 2002 y 27 de febrero de 2003 que fundamentan el ilícito, son actos independientes que no tienen vinculación uno con otro, no hay prórroga y no son continuos, por lo que se trata de delitos reiterados. Los argumentos esgrimidos no fueron acogidos por el Tribunal Oral que condenó a la alcaldesa por delitos continuados.

Por último, destacamos la larga y acuciosa investigación realizada por el entonces fiscal jefe de Talca Juan Pablo Kinast y su destacada actuación en el juicio oral junto a la fiscal Paula Rojas que permitió obtener una condena por parte del Tribunal Oral por los delitos y penas propuestos por la Fiscalía.

Destacamos que se obtuvo sentencia condenatoria por el delito continuado de nombramiento ilegal y dos delitos de fraude al Fisco, estableciéndose las penas de tres años y un día, inhabilitación especial temporal para el cargo de alcalde y multa, y quinientos cuarenta y un días, inhabilitación especial perpetua para el cargo de alcalde y multa, respectivamente. Además se acogió la demanda civil por indemnización de perjuicios interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado en representación de la I. Municipalidad de Maule.

Sentencia:

A continuación, se reproducen extractos de los considerandos más relevantes de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, referidos especialmente al delito de Nombramiento Ilegal.

Talca, treinta de mayo de dos mil ocho.

VISTOS:

Los días 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 22 y 23 de mayo último, ante esta Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral para conocer las acusaciones dirigidas en contra de FRESIA AMELIA FAUNDEZ CACERES, chilena, natural de Maule, viuda, 43 años de edad, sin oficio, cédula de identidad N°10.828.074-3, domiciliada en avenida Diego Portales N°510, Maule.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, con domicilio en calle 1 Sur 790 de esta ciudad, representado por los Fiscales don Juan Pablo Kinast Gómez y doña Paula Rojas Lardiez.

Compareció también como querrelante, La I. Municipalidad de Maule, representada por el Concejo

de defensa del Estado, a través de los abogados don Hernán González Donaire y doña Erika Rojas Valdebenito, ambos con domicilio en calle 2 Norte N°530 de Talca; y como querrelante particular de doña Marcela Cristina Rojas Ramírez, representada por el abogado don Robert Morrison Munro, domiciliado en 1 Norte N°841, Oficina 6, de esta ciudad.

La defensa de la acusada estuvo a cargo de los Defensores Penales Privados, don Julio Alejandro Disi Rojas y don Andrés Gustavo González Muñoz, domiciliados en calle Balmaceda N°3590 o Diego Portales N°510 de Maule.

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la imputación efectuada por el Ministerio Público en contra de la acusada, según consta del auto de apertura, es del siguiente tenor:

Hecho Uno:

Doña Fresia Amelia Faúndez Cáceres, tras asumir como Alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de Maule, el 06 de diciembre del año 2000 y en el ejercicio del cargo aludido, dictó los decretos alcaldicios N°073, de 13 de marzo del 2002; N°060, de 27 de febrero del 2003, en virtud

de los cuales, designó a doña Marisol Evelyn Faúndez Oróstica, para desempeñarse como docente de aula, en establecimientos educacionales, dependientes de dicha municipalidad, renovando sucesivamente la relación laboral con esta última, mediante los actos administrativos mencionados, para cumplir las labores docentes referidas en calidad de contrata, a sabiendas que la afectaba la inhabilidad de ingreso, establecida en el artículo 10 de la Ley N°18.883, en relación al artículo 56 b) de la Ley N°18.575, esto es, el hecho de encontrarse vinculadas con su persona, en tercer grado de parentesco, por consanguinidad.

El ente acusador indicó que los hechos referidos en el N°1 son constitutivos del delito de nombramiento ilegal, descrito y sancionado, en el artículo 220 del Código Penal.- Los referidos en los N°2 y 3 se encuadran dentro de los delitos de fraude al patrimonio de la Ilustre Municipalidad de Maule, descritos y sancionados en el artículo 239 del Código Punitivo.-

Añadió que a la acusada doña Fresa Amelia Faúndez Cáceres, le ha correspondido participación en los ilícitos referidos, en calidad de autora, según lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal, y que éstos se encuentran en grado de consumados.

Señaló, además, que beneficia a Faúndez Cáceres, la atenuante de irreprochable conducta anterior, toda vez que en su extracto de filiación y antecedentes, no presenta anotaciones prontuariales.-

En cuanto al delito de **nombramiento ilegal**, añadió que fue en carácter de reiterado y que está descrito en el artículo 220 del Código Penal; que a su respecto, hay que hacer precisiones de orden normativo para ubicar el contexto en que el Tribunal debe resolver.-

Que se tendría que preguntar que es el régimen a contrata ¿Cual es la duración máxima? y si existe algún derecho adquirido a su respecto? El artículo 3 del Estatuto Administrativo señala que cargo público es aquél que se realiza de planta o a contrata, luego en la letra C) dice que a contrata es un empleo de carácter transitorio.- El artículo 25 del Estatuto Docente indica que contratados son los que desempeñan labores docentes transitorias, especiales o de reemplazo de titulares.- En relación a la duración del cargo a contrata, refirió que el Estatuto Administrativo en su artículo 10, prescribe que solo duran hasta el 31 de diciembre de cada año, o sea, expira por el sólo ministerio de la ley, salvo prórroga, en cuyo caso también tienen fecha determinada.- El Estatuto Docente en el artículo 72 letra c), consigna que la duración es por término del período por el cual se efectuó el contrato.- En cuanto a si existe algún derecho adquirido, el artículo 36 del Estatuto Docente, refiriéndose a los profesionales titulares dispone que tienen derecho a la estabilidad en las horas y funciones, es decir, en el empleo.- El artículo 72 del Estatuto Docente, en el inciso penúltimo, señala que los de contrata sólo tiene un efecto de reconocimiento para futuras contrataciones,

no es como en el caso de los empleados de planta, o sea, no hay continuidad ni derecho adquirido.- Los decretos alcaldicios N°73 y 60 de 13 de marzo de 2002 y 27 de febrero de 2003 que fundamentan el ilícito, son actos independientes que no tienen vinculación uno con otro, no hay prórroga y no son continuos, por lo que estamos ante delitos reiterados.- De otro lado, se acreditó la calidad de Alcaldesa de la acusada con la convención probatoria respectiva y para encuadrar su conducta en el artículo 220 del Código Penal también se estableció la vinculación de parentesco inhabilitante, lo que era conocido por la Alcaldesa según su propia declaración; se perfecciona este ilícito por la firma del decreto, es decir es un delito formal.- En cuanto al error de prohibición deslizado por la defensa porque la acusada no tenía conocimiento del injusto, eso no es efectivo, pues con la prueba documental N°54 y siguientes, se demostró que la acusada siempre contó con asesoría legal, como lo fueron los profesionales Allende, Robert, Otárola y Lozano; este error para que tenga esa calidad debe ser invencible, lo que no ocurrió en esta caso, pues la acusada siempre contó con asesoría jurídica disponible.- En los contratos de trabajo de los abogados se imponía la obligación de asesorar, ya fueran contratados con fondos municipales o de los servicios traspasados.- Además fue advertida por María Angélica Gajardo García, por el Director de Educación Comunal, Enrique Gómez y Aldo Soto, quienes le representaron la ilegalidad de los nombramientos, e incluso, le propusieron una permuta

con empleados de otras municipalidades, pero a pesar de ello designó a su sobrina como docente de aula.- La acusación gira sobre la base de esos dos decretos.- También se presentó como prueba el decreto Alcaldicio N°90 del año 2001, pues la defensa pretende eludir la responsabilidad con un primer nombramiento que efectuó Katherine Guzmán Balboa, pero tal como esta misma lo manifestara en la audiencia, ella no tuvo conciencia de ese nombramiento; señaló que estuvo en el cargo de Alcaldesa Subrogante sólo una semana, que no supo lo que firmó y que llevaba pocos días en su trabajo cuando la designaron en dicha calidad.- Alegó que fue una maniobra burda para eludir la responsabilidad de la Alcaldesa, pues, a su parecer, en el poco tiempo que subrogó no podía hacer nombramientos, sin al menos contar con el visto bueno de la titular.- De otro lado, si la acusada hubiera estado disconforme habría instruido un sumario para investigar esa conducta, sin embargo nada de ello se hizo.- Los nombramientos son actos independientes uno del otro.- En relación a la situación de Solange, la hermana de Marisol, es distinta; se formalizó también por ese nombramiento, pero no se acusó siguiendo la doctrina de la Contraloría en cuanto existe una norma de excepción pues no es justo traspasar a un funcionario de menor rango la responsabilidad.- Fue una maniobra burda que da cuenta de un dolo claro y directo, pues sabía que estaba actuando contra derecho.- El otro argumento de la defensa en cuanto a que la familia Cáceres es grande y no era posible evitar el

nombramiento, lo descartó diciendo que ella es Faúndez.- Pidió condenar por dicho ilícito.-

SEGUNDO: Que el Consejo de Defensa del Estado dedujo acusación particular en contra de la acusada Fresia Amelia Faúndez Cáceres, Alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de Maule, en los mismos términos que lo hizo el Ministerio Público.

En su alegato de clausura, señaló que solicita se condene a Fresia Faúndez Cáceres por los tres hechos por los cuales acusó en razón a lo expuesto por el fiscal, lo que hace suyo, y de la prueba rendida.- El delito de nombramiento ilegal reúne todos los requisitos del tipo penal, a saber: la acusada es funcionaria pública, lo cual se probó con la convención probatoria, testigos y documentos; que ésta, a sabiendas del parentesco nombró a su sobrina, lo que está acreditado con los decretos alcaldicios respectivos; por su parte, la inhabilidad está contemplada en el artículo 18, 56 letra b y 10 del estatuto docente, en la especie, es un parentesco en tercer grado por consaguinidad.- A la acusada le constaba la inhabilidad porque le fue señalada por la testigo Gajardo García, quien dijo que tuvo problemas con la Alcaldesa por el nombramiento de Marisol Evelyn Faúndez; también se lo representaron el Jefe del Departamento de Educación Comunal, Enrique Gómez y el Subdirector del Departamento, Aldo Soto.- Gómez Silva dijo que le manifestó su oposición diciéndole que la contratación o nombramiento era contraria a derecho y, en consecuencia, una infracción penal.- El

testigo Hugo Denis Zuloaga, funcionario de la Contraloría refirió que a la sobrina le afectaba la inhabilidad y que a él le resultó muy decididor que los antecedentes de esta sobrina, no tenía la declaración de inhabilidad y que esas dos carpetas, las de las dos sobrinas, estaban apartes.- El testigo Denis Zuloaga explicó claramente la diferencia que hay entre el trámite de registro y toma de razón, de que no representó la inhabilidad porque en la carpeta no constaba el parentesco, sin embargo, sí lo hizo cuando se envió el reglamento interno de la Municipalidad porque en ese caso las anomalías constaban en los antecedentes.- Los hechos probados constituyen el delito de nombramiento ilegal y la acusada participó en calidad de autora, por lo que merece la pena que pidió en la acusación.

TERCERO: Que el apoderado la querellante particular, representada por su abogado don Robert Morrison Munro, se adhirió a la acusación presentada por el Ministerio Público en idénticos términos.

En la clausura refirió que los artículos 1 y 56 de la Ley Orgánica de Municipalidades definen lo que es una Municipalidad y lo que es el Alcalde.- Este es el que tiene la supervigilancia de su funcionamiento.- Se comprobó que nombró a la sobrina, en consecuencia, infringió el Estatuto Administrativo y docente.- Pretendió excusarse en que ella no nombró a su sobrina en el año 2001, pero eso no vale porque el acto lo hizo suyo en el 2002 y 2003.- En cuanto al error de prohibición debe ser invencible y no superable, en este

caso se probó que hubo personas que le representaron que no podía contratarla; tenía asesoría legal y después que la Contraloría le representó el acto, ella igualmente lo reiteró en el 2004, dejándolo sin efecto cuando la situación era insostenible.- Es de conocimiento público la existencia de la inhabilidad, es conocida por todos, la conciencia de inhabilidad para el dolo se cumple con las advertencias que le hicieron los empleados municipales.- No es creíble que no haya sabido que no podía nombrar a su sobrina, no puede no saberlo quien fue casada con un alcalde, es Alcalde y Presidente de la Asociación de Municipalidades.- Así las cosas, debe condenársele como autora del delito de nombramiento ilegal.

CUARTO: Que la defensa de la acusada Faúndez Cáceres, Aseveró que debía concurrir el dolo, porque debe convencerse que no es la descripción de las conductas típicas las que se tienen que adaptar a los hechos sino que son éstos los que tienen que adaptarse a las conductas típicas.- Si bien es cierto que hubo un nombramiento de una sobrina, este hecho debe analizarse a la luz del artículo 220 del Código Penal, el que exige el conocimiento de una inhabilidad que el funcionario trata de eludir maliciosamente.- Objeto de discusión en el derecho penal doctrinario es el conocimiento del injusto, lo que debió conocer es la existencia de la inhabilidad que existía respecto de la sobrina y que eso es punible.- Para determinar que no existe delito debe considerarse, primero, la fecha en que se produce el nombramiento;

el primer nombramiento objeto de reproche es el de Katherine Guzmán Balboa, el fiscal dijo que esa prueba fue acompañada para eludir la responsabilidad, pero ocurre que ese nombramiento no forma parte de la acusación pues no se acusó por los actos realizados en los años 2001 y 2004, porque si hubiera reproche penal sería precisamente en el año 2004, pues su representada, ya conocía a entender de los acusadores, la inhabilidad y sin embargo, esos actos no forman parte de la acusación.- El tribunal está en una encrucijada porque debe pronunciarse por los decretos de los años 2002 y 2003, y si lo hace por el 2001 infringe el principio de congruencia.- El Ministerio Público pretende acusar por los decretos de 2002 y 2003, creyendo que el 2001 es válidamente hecho.- El funcionario de la Contraloría dijo que ese decreto afectaba a la autoridad, lo importante es determinar como se prueba si Fresia sabía de la inhabilidad que afectaba a su sobrina y que sabía que su actuar se encuadraba dentro de la norma penal.- No tenía conciencia de un obrar ilícito, primero porque su sobrina entró a prestar servicios en forma previa a que ella asumiera como Alcaldesa.- Segundo, porque su otra sobrina Solange quien también fue objeto de la formalización pero no de la acusación se encontraba prestando servicios en la misma Municipalidad y tenía el mismo grado de parentesco, y estaba en el mismo cargo.- Tercero, porque la madre de las sobrinas, o sea, su cuñada prestaba servicios por más de tres años en la misma entidad Edilicia, en consecuencia, creyó que

realizaba un acto válido.- Si se revisan los nombramientos, los decretos de nombramientos son preparados por el Director de Educación Enrique Gómez, quien vino a mentir pues dijo que representó ese acto a la Alcaldesa, éstos dicen que la fecha de ingreso es anterior a la que la acusada asumió como Alcaldesa.- ¿Se puede pensar que la acusada forzó una situación que le permitiera obtener una comisión de servicio en el extranjero, permitir que el Consejo nombrara a Katherine para que ésta nombrara a su sobrina y poner en juego su elección de Alcaldesa?.- La querellante dijo que no puede creerse que no tuviera conocimiento del injusto porque es preparada, pero ocurre que en esta materia no se aplica el conocimiento de la ley, porque la Corte Suprema lo manifestó en el fallo del Alcalde de Salamanca.- ¿Podía discernir Fresia Faúndez Cáceres entre los nombramientos de su cuñada, de Marisol y Solange, para representarse el reproche penal?.- No hay perjuicio fiscal, ni beneficio para la nombrada y menos para la Alcaldesa.- Ella no sabía que estaba infringiendo el artículo 220 del Código Punitivo, la duda juega a favor de la acusada, se sustenta sobre una cuestión formal y en tres testimonios interesados para obtener una condena criminal.-

QUINTO: Que la acusada Fresia Amelia Faúndez Cáceres, renunció a su derecho de guardar silencio y declaró como mecanismo de defensa en los siguientes términos:

Cuando murió su marido tenía un patrimonio de más de \$100.000.000 y después de su muerte recibió

un seguro de vida por la suma de \$50.000.000 parte del cual entregó a su suegra, hoy tiene mucho menos.

Respecto del hecho 1), sobre la contratación de sus sobrinas, refirió que su madre tiene doce hermanos y ella es la penúltima de doce; Evelyn y Solange son hijas de Julio Faúndez, quienes trabajaban en la Comuna y con las cuales tiene una relación muy estrecha.- En el año 2000 asumió como Alcaldesa y empezó a trabajar con una serie de personas.- Maule Activa la invitó a Barcelona en su calidad de Presidente de la Asociación de Municipios de la Región y mientras estuvo afuera del país la subrogó Katherine Guzmán la que era apoyada por Patricio Peñailillo, quien trabajaba en la Municipalidad como Jefe de Gabinete.- Como venían trabajando desde antes no pensó en el problema del parentesco, sólo se enteró cuando la Contraloría le informó y le instruyó que hiciera un sumario a raíz del cual despidió a su sobrina Marisol Evelyn Faúndez Oróstica.-

EN CUANTO A LO PENAL

ELEMENTOS DE PRUEBA DE LOS ACUSADORES

SEXTO: Que, el Ministerio Público presentó la siguiente prueba testimonial para acreditar los hechos motivo de la acusación:

1.- Carlos Alberto Luna Amigo quien manifestó que trabajó en la Ilustre Municipalidad de Maule como Secretario Municipal de Planificación desde el 1 de enero de 2001 hasta el 10 de agosto de 2003,

cargo en el que fue contratado sin concurso porque era de confianza de la Alcaldesa, señora Fresia Faúndez Cáceres; su cargo es conocido como Secpla, Secretario de Planificación Interno de la Municipalidad y tenía que ver con la formulación de proyectos, especialmente de estructuración tanto en el área de educación, como alcantarillado, postas, consultorios, veredas y planificación participativa.- Por su parte trató de hacer siempre lo correcto, estuvo en la Municipalidad en el período en que se nombró a la sobrina de la Alcaldesa en un cargo de docente.- Respecto de los nombramientos ilegales sabe que la Alcaldesa contrató a una o dos sobrinas de ella que se desempeñaban en la comuna de Maule, a las cuales ha visto en algunas oportunidades, especialmente, en reuniones familiares porque está casado con una prima de la acusada.-

8.- Iván Eduardo Riveros Cerda señaló que asumió como alcalde el 10 de octubre del año 2007, antes era Concejal desde el 6 de diciembre de 1996 en forma continua hasta la fecha; fue elegido por el partido Renovación Nacional y hoy es independiente.

b).- En cuanto a los nombramientos ilegales, señaló que en enero de 2001, en una reunión de Concejo se presentó el Secretario de Planificación (Secpla) y les pidió que se cambiara la suplencia de la alcaldesa por Katherine Guzmán.- En marzo de 2001 la Alcaldesa pidió permiso para ir a Barcelona desde el 16 de marzo hasta el 25 de marzo de 2001, en ese período la alcaldesa

subrogante firmó un decreto contratando a una sobrina de la alcaldesa, en circunstancias que la ley prohíbe los nombramientos de parientes de ciertos grados.- Los concejales no tienen acceso a los nombramientos. La designación de Katherine Guzmán como Alcaldesa subrogante no fue ilegal, pero si es curioso porque le quitó el piso a otra persona más antigua en circunstancias que ella venía recién ingresando; además, se establece un orden para la subrogancia.

10.- María Angélica Gajardo García manifestó que conoce a la acusada porque trabajó en la Municipalidad de Maule ya que cuando ésta asumió como Alcaldesa le pidió que le fuera ayudar.- Trabajó en el departamento de educación de enero del año 2001 hasta marzo de 2002 administrando recursos, era el lazo de unión entre la Municipalidad y educación, ya que pasaba por sus manos todo lo referente a nombramientos y recursos; luego fue trasladada a la Inspectoría General de Chacarillas hasta marzo de 2003 en que fue despedida por una causal que no afecta su prestigio profesional de profesora.- Su Jefe era Enrique Gómez Silva quien era el Director Comunal de Educación.- Acotó que en ese departamento vio como se nominaba a la gente en los cargos de docentes; veía que requisitos tenían que reunir para ser nombrados.- Tuvo problemas en algunos nombramientos de personal, llevándose muchos malos ratos como ser en los de Marisol Evelyn y Solange Faúndez Oróstica; como eran sobrinas de la Alcaldesa, se consultó a Contraloría quienes señalaron

que había inhabilidad por el parentesco y cuando se lo informó en el año 2001, se molestó arrojándole los papeles sobre la mesa y le dijo “que le iba a hacer la Contraloría a ella”, sin embargo, igual fueron contratadas.- Solange Faúndez Oróstica se nombró a contrata en la dirección de la escuela Santa Rosa y tenía cero experiencia; en relación a Marisol Evelyn también tenía cero experiencia y se nombró a contrata.- El procedimiento era que la Alcaldesa les indicaba a quienes quería nombrar y ellos informaban sobre la procedencia o no de ellos.- En el caso de ambos nombramientos don Enrique Gómez no tuvo otra opción que dejar hacer.- Había contratado mucho personal en educación y como ella hacía técnicamente y éticamente lo correcto no defendía el presupuesto que solicitaba la Alcaldesa para educación porque eran muchos millones.- Ella informó a la Contraloría, oficiando en el año 2003, lo que provocó el término de su contrato, debiendo demandar a la Municipalidad por el pago de un bono y horas extras en que la patrocinó su hijo.

13.- Segundo Enrique Gómez Silva, manifestó que trabajó en la municipalidad de Maule con 7 Alcaldes, quienes siempre escuchaban sus recomendaciones respecto de las contrataciones y que laboró hasta diciembre de 2004 en que fue trasladado a la escuela rural de Colines, como Inspector General.- Refirió que mientras el estuvo como Director Comunal de Educación hubo dos nombramientos de unas sobrinas de la Alcaldesa Faúndez, Solange

Mariel Faúndez Oróstica y Marisol Evelyn Faúndez Oróstica; la primera se nombró en un reemplazo entre el día 3 de marzo y 10 de septiembre de 1999, en la época en que estaba de alcalde don Hugo Castillo, luego hizo varios reemplazos y después se le contrató a contrata a contar del 29 de enero de 2001 hasta el 28 de febrero de 2002.- Las contrataciones duran hasta la fecha señalada en el contrato o bien hasta el 28 de febrero de cada año, cuando fuere necesario, siempre que no sobrepase el 20 % de la dotación docente de la municipalidad; Evelyn hizo una suplencia de su hermana, después fue nombrada a contrata anual.- El manifestó su oposición a esos nombramientos a la alcaldesa en presencia de Aldo Soto, diciendo que no podían ser contratadas por temas de consaguinidad pero la señora Fresia le dijo que eso había que verlo porque como ya había contratación la Contraloría podía dejarlo pasar; se le propuso una permuta, es decir contratar gente de San Clemente y ellas en esa localidad.- Acotó que Solange y Evelyn no quisieron firmar la declaración de inhabilidad de parentesco y de intereses, cuyo formato le entregaron y que deben hacer todos los funcionarios a partir del año 1994, argumentando que no lo harían hasta no recibir instrucción de José Donoso quien manifestó que eso no se requería en otras Municipalidades y en definitiva, no lo firmaron porque aquél las instruyó que no lo hicieran.- La señora Angélica Gajardo también le hizo presente la inhabilidad a la Señora Fresia.- La Contraloría investigó y determinó que se debería incoar un sumario

para establecer responsabilidades.- Declaró en la Contraloría y ante el fiscal Kinast en una fecha que no recuerda, pero con la técnica respectiva, se le recordó que fue el día 5 de octubre de 2004.- Contrainterrogado por la parte querellante, señaló que se les ofreció una permuta con personal docente de San Clemente.- A las preguntas del defensor, manifestó que cuando se dictó la ley, se estableció que debía llamarse a concurso y él no postuló por razón administrativa porque la municipalidad debe mantenerlo con las remuneraciones hasta que jubile.- Preciso que la inhabilidad que afectaba a las sobrinas de la Alcaldesa se la representó a ésta al menos una vez y le consta que después la señora Gajardo también lo hizo, a lo menos otra.

16.- Katherine Marlene Guzmán Balboa, manifestó que ingresó a trabajar en la Municipalidad de Maule en Dideco (Dirección de Trabajo Comunitario) en el mes de diciembre del año 2000, -lo que está acorde con el decreto alcaldicio N°359 de 14 de diciembre de 2000, incorporado como prueba por el Ministerio Público-, para ello se entrevistó con Fresia Faúndez 3 días antes de entrar a trabajar, permaneciendo en el cargo hasta enero de 2003 ya que José Donoso le dijo que si no tenía militancia en el partido Demócrata Cristiano tenía que abandonar el cargo; ella estaba avocada a todo lo que tenía que ver con el Programa Puente que se instauró en el mes de diciembre de 2002.- Patricio Peñailillo la llamó para que subrogara a la Alcaldesa Fresia Faúndez porque iba

a salir fuera del país, -lo que aparece acorde con el decreto N°232 de 7 de marzo de 2001 en virtud del cual se le nombra subrogante de la alcaldesa; ésta le dijo que se hiciera asesorar por Peñailillo ya que había sido alcalde y ahora era Concejal.- No revisaba lo que firmaba pues tenía plena confianza en Patricio Peñailillo.- Se le exhibió el decreto alcaldicio 090 de 19 de marzo de 2001, que corresponde al nombramiento de Marisol Evelyn Faúndez Oróstica, reconociendo que lo firmó.- Preciso que cuando firmaba los decretos alcaldicios que le llevaban para la firma no tomaba ningún resguardo, ella conocía a Solange, hermana de la nombrada.

17.- Hugo Alberto Denis Zuloaga, señaló que es funcionario de la Contraloría y hasta junio del 2007 fue fiscalizador en la Regional de Talca.- Sabe que el juicio es por unos cargos a la Alcaldesa de Maule, tal como unos nombramientos ilegales y uso de unos celulares.- Refirió que en el mes de enero de 2004, se constituyó una Comisión en la cual participaron José Gómez y Darío Fuenzalida; después reemplazó al primero de los nombrados.- Se formó aquella por una presentación que denunciaban esos hechos y otros.- Las denuncias las hizo Marcela Rojas y otra persona.- Son distintas denuncias.- Respecto de los nombramientos, la denuncia decía que la Alcaldesa tenía familiares que estaban trabajando para ella en la Municipalidad.- Se constituyeron y le dijeron al Secretario Municipal que les hiciera una lista de familiares que laboraban en la

Municipalidad y les indicara el grado de parentesco, entregándoles una nómina con seis personas; Fernando Ponce Cáceres, era chofer contratado por el Departamento de Salud, primo en cuarto grado al que no le afectaba la inhabilidad de acuerdo a la ley 18.175; Marisol Faúndez, Solange Faúndez, Marta Carrasco y Juan Carlos Cáceres.- A la única que le afectaba la inhabilidad era a Marisol Faúndez Oróstica, sobrina en tercer grado de consaguinidad; Solange Faúndez Oróstica también era sobrina en el mismo grado pero ella había asumido antes de que lo hiciera como Alcaldesa Fresia Faúndez.- Sus indagaciones estuvieron encaminadas solo respecto de Marisol, quien fue contratada en el mes de junio a septiembre de 2000, a contrata en reemplazo de Solange; después se contrató el 1 de marzo de 2001 y de ahí se renovó los años 2002, 2003 y 2004.- Los contratos eran anuales.- Las contrataciones de acuerdo al estatuto docente son para reemplazos o contratos excepcionales.- Dicho contrato termina en la fecha determinada y cada año es un nuevo contrato o cada renovación es nuevo contrato.- El primer contrato estaba firmado por el Secpla, en el año 2001, como subrogante.- El 2002, 2003 y 2004 los decretos de nombramientos están firmados por Fresia Faúndez.- Doña Marisol Faúndez les dijo que era sobrina de la Alcaldesa y que no presentó el certificado de interés; las carpetas de las dos sobrinas no tenían ese certificado.- Otras carpetas sí lo tenían.- Don Aldo Soto les dijo que en su calidad de Director del Departamento de Educación subro-

gante lo pidió y no se lo hicieron llegar.- Se le exhibió el documento signado con el N°43 de la prueba documental correspondiente a una copia del decreto alcaldicio 073 de 13 de marzo de 2002.- Preciso que el registro es una mera anotación en un registro público o base de datos.- La toma de razón es un estudio de la legalidad del acto.- La Contraloría emite pronunciamientos en dictámenes o en revisiones.- El único caso que quedaba afecto a la inhabilidad era el de Marisol y se dio la instrucción para que se actuara conforme a derecho.

18.- Darío Alejandro Fuenzalida Correa, manifestó que es funcionario de la Contraloría y realiza auditorías, fiscalizaciones y formulaciones de reparos en donde hay invertidos recursos públicos; que en virtud de un informe de fiscalización de la Municipalidad de Maule, la que nació por diversas presentaciones de particulares y diputados que denunciaban irregularidades en el periodo de la Alcaldesa Fresia Faúndez, se constituyeron en noviembre de 2003 en la Municipalidad, con José Gómez, después en el 2004 estuvo un tiempo solo pero luego se incorporó Hugo Denis.- Entre los particulares recuerda a Marcela Rojas, María Gajardo García, el Concejal Valencia, quienes solicitaban se investigara el uso indebido de vehículos, consumo telefónico, nombramientos de dos sobrinas de Fresia Faúndez, contratación de camión tolva, servicios de un banquetero, etc. Acotó que hay relación entre el presente juicio y la fiscalización como ser el nombramiento

de las sobrinas y consumo telefónico, correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo del año 2002, y también por la contratación del abogado Manuel Acevedo Bustos.- De otro lado, del análisis que hicieron de la letra b) artículo 56 de la ley 18.575 que establece que no pueden ingresar los familiares hasta el tercer grado de consaguinidad o segundo de afinidad con la Alcaldesa, constataron que en el caso de Evelyn Faúndez, sobrina de Fresia Faúndez, existía el tercer grado de consaguinidad; cuando se constituyeron en el recinto edilicio les presentaron una lista con seis familiares de la Alcaldesa que trabajaban en la Municipalidad, de los seis casos, el único que estaba afecto a la inhabilidad era el de Evelyn Faúndez.- Por su parte, Solange Faúndez, había ingresado como docente en la Municipalidad con anterioridad a la asunción de la autoridad, la inhabilidad fue con posterioridad.- En relación al nombramiento de Evelyn, señaló que estaba a contrata como docente, según decreto N°90 de 2001; que se dictan los decretos N°73 de 2002, 60 de 2003 y 71 de 2004, y que Fresia Faúndez firmó los 3 últimos, el primero lo firmó Katherine Guzmán Balboa, pero ello no desvirtúa el vínculo de parentesco que es con la autoridad, independiente de quien sea la persona que lo firme.- El principio de legalidad exige a la autoridad actuar en base a las leyes, la ley de inhabilidad está vigente desde 1999.- El director de Educación Comunal y el subdirector, Enrique Gómez y Aldo Soto, respectivamente, le insistieron a la docente en la declaración de inhabilidad pero

no la presentó en ningún período.- Los nombramientos se registran en la Contraloría, no procede la toma de razón.- El trámite de estudio de la legalidad es en la toma de razón es el examen que hace el contralor General a priori antes de que tenga alguna consecuencia el acto.- El registro es una anotación material del acto, consiste en incluir los datos de los funcionarios nombrados, no es un control de legalidad, pues los actos tienen vigencia desde que se dictan.- El registro es una obligación legal de la Contraloría, la facultad observadora, si tiene una deficiencia de legalidad va a salir observado, pero si se detecta un problema formal en el registro, va a salir con un alcance.- Es por eso que ellos fueron a la fiscalización.- Allí se revisaron las carpetas de los familiares las que estaban aparte de las demás, incluso esas las tenía don José Donoso.- El tema de la declaración existía en las carpetas de personas contratadas que no eran familiares.- El director del Daem tenía clara dicha obligación.- Si le afecta la inhabilidad del artículo 56 de la ley, se exige que cumpla con la obligación de acompañar la declaración de inhabilidad, sino lo hace debe renunciar y si tampoco lo hace, la autoridad debe poner término al contrato.- Ha trabajado en tres Municipalidades y 2 Servicios Públicos en lo que va corrido del año, en un año visitan más o menos 10 municipalidades.- En las carpetas de los funcionarios están todos los documentos que sustentan sus nombramientos o actos administrativos.- Solange dijo que José Donoso le dijo que él iba a analizar el tema de la

declaración y le daría una respuesta.- José Donoso era Director Comunal de Salud y Jefe de Gabinete de la Municipalidad.

Cada contrato a contrata es un nuevo acto administrativo, las contrataciones no se renuevan automáticamente.

SÉPTIMO: Que, la fiscalía, también rindió prueba documental, consistente en los instrumentos que se individualizarán a continuación, conforme a la enumeración que se le asignó en el auto de apertura:

II- Respecto del hecho uno de la acusación.-

40.- copia del decreto alcaldicio N°359 de 14 de diciembre de 2000 por el cual se nombró a contar del 7 de diciembre de 2000 a la señorita Katherine Guzmán Balboa en el cargo de Directora de desarrollo Comunitario, cargo de planta grado 9, firmado por Fresia Faúndez Cáceres, Alcalde de la Municipalidad de Maule.-

41.- copia del decreto alcaldicio N°090, de 19 de marzo de 2001 en el cual se nombra a Marisol Evelyn Faúndez Oróstica, jornada de trabajo diurna, a contrata, por el período comprendido entre el 1 de marzo de 2001 hasta el 28 de febrero de 2002 como docente de aula, firmado por la Alcaldesa Subrogante Katherine Guzmán Balboa.-

42.- copia del decreto alcaldicio N°234 de 4 de julio de 2000, en el cual se nombra a Marisol Evelyn Faúndez Oróstica, a contrata por el período que dure la ausencia de

Solange Faúndez Oróstica, en la escuela básica Duao, cuya fecha de ingreso es 3 de julio de 2000.-

43.- copia de decreto alcaldicio N°073 de 13 de marzo de 2002 por el cual se designó a la docente Marisol Evelyn Faúndez Oróstica por el período comprendido entre el 1 de marzo de 2002 hasta el 28 de febrero de 2003.-

44.- copia de certificado N°051 de marzo de 2002 otorgado por don Segundo Enrique Gómez Silva, respecto de la dotación docente, en el sentido que no se supera el 20% de la dotación total al nombrar a Marisol Evelyn Faúndez Oróstica.-

45.- copia de decreto alcaldicio N°060 de 27 de febrero de 2003, por el cual se nombra a Marisol Evelyn Faúndez Oróstica como docente desde el día 01 de marzo de 2003 hasta el 28 de febrero de 2004, a contrata, firmado por la Alcaldesa Fresia Faúndez Cáceres.-

46.- copia del decreto alcaldicio N°071, de fecha 5 de marzo de 2004 por el cual se nombró a la profesional Marisol Evelyn Faúndez Oróstica, quien ingresó el 3 de julio de 2000, por el período que va desde el 1 de marzo de 2004 hasta el 28 de febrero de 2005, firmado por la Alcaldesa Fresia Faúndez Cáceres.-

47.- copia del certificado N°045 otorgado por el Director Comunal de Educación, don Segundo Enrique Gómez Silva, en el sentido que con la contratación de Marisol Evelyn Faúndez Oróstica no se supera el 20 % de la dotación total que esta-

blece el artículo 26 del D.F.L. N°1/96.- y no supera el 20 de las horas de docencia.-

48.- declaración jurada de Marisol Evelyn Faúndez Oróstica, en orden a si tener parentesco de consanguinidad de ningún grado de 30 de marzo de 2004.-

49.- copia de decreto alcaldicio N°228 de 1 de septiembre de 2004 por el cual se puso término a la relación laboral de Marisol Evelyn Faúndez Oróstica, modalidad a contrata, dese el 1 del 09 de 2004.-

77.- copia de decreto exento N°022 de 9 de enero de 2001 en el cual se nombra en comisión de servicio a la Alcaldesa, Fresia Faúndez el día 8 de enero de 2001 para asistir a Constitución.-

78.- copia de decreto exento N°030 de 10 de enero de 2001 en virtud del cual se nombra en comisión de servicio a la Alcaldes Fresia Faúndez Cáceres para asistir a curso en Valparaíso entre los días 15 y 19 de enero de 2001, firmado por ella misma y se nombra subrogante del alcalde a Roberto Toledo Sepúlveda por el mismo período.-

79.- copia de decreto exento N°165 de 15 de febrero de 2001 en el cual se designa a Fresia Faúndez en comisión de servicio para asistir a la Subsecretaría de Gobierno el día 16 de febrero de 2001 y se nombra subrogante a Carlos Luna Amigo.

80.- copia de decreto exento N°234 de 9 de marzo de 2001 en virtud del cual se designa a la Alcaldesa Fresia Faúndez Cáceres en comisión de

servicio para recibir a la Comisión de Canadá los días 9 de marzo de 2001 a 13 de marzo del mismo año, firmado por ella misma y nombra Alcalde subrogante a Katherine Guzmán Balboa.-

81.- copia de decreto exento N°079 de 13 de marzo de 2001 en virtud del cual se nombra en comisión de servicio a la Alcaldesa Fresia Faúndez Cáceres para asistir al programa Prospección de Inversiones Maule Activa y Barcelona Activa dictado en la ciudad de Barcelona, España, los días viernes 16 de marzo de 2001 al martes 27 de marzo del mismo año, designando subrogante a Catherine Guzmán Balboa.-

82.- copia del decreto exento N°374 de fecha 3 de abril de 2001 en virtud del cual se designa a la Alcaldesa Fresia Faúndez Cáceres en comisión de servicio por viaje a Santiago el día 2 de abril del año en curso.-, firmado por ella misma y nombra alcaldesa Subrogante a Katherine Guzmán Balboa.-

83.- copia de decreto exento N°380 de 4 de abril de 2001, en virtud del cual se designa en comisión de servicio a Fresia Faúndez Cáceres por los días 5, 6 y 7 de abril del año en curso para asistir a seminario en la ciudad de Constitución, firmado por ella misma y nombra subrogante a Katherine Guzmán Balboa.-

84.- copia de decreto exento N°517 de 2 de mayo de 2001, en virtud del cual se designa a Fresia Faúndez Cáceres en comisión de servicio por los días 2, 3 y 4 de mayo del año en

curso para asistir a la Fundación La dehesa en Santiago, firmado por ella misma y nombra Alcaldes Subrogante a Katherine Guzmán Balboa.-

85.- Decreto exento N°532 de 7 de mayo de 2001, en virtud de cual se designa a Fresia Faúndez Cáceres en comisión de servicio los días 9, 10 y 11 de mayo del año en curso para asistir al Congreso Nacional de Asociación Chilena de Municipalidades, firmado por ella misma y designa Alcaldes Subrogante a Carlos Luna Amigo.-

86.- copia de decreto exento N°145 de 19 de junio de 2001, en virtud del cual se designa a Fresia Faúndez Cáceres en comisión de servicio por el período comprendido entre el 23 de junio y el 1 de julio de 2001, para asistir a la “Visita de estudio y práctica a la asociación de Municipios Holandeses” a realizarse en Holanda, firmado por ella misma y nombra Alcalde Subrogante a Carlos Luna Amigo.-

87.- copia de decreto exento N°610 de 22 de mayo de 2001, en virtud del cual se nombra en comisión de servicio a Fresia Faúndez Cáceres en comisión de servicios para viajar a Concepción el día 23 de mayo de 2001, firmado por ella y nombra subrogante a Carlos Luna Amigo.-

88.- copia de decreto exento N°232 de 7 de marzo de 2001, en virtud del cual se nombra a Katherine Guzmán Balboa como Alcaldesa Subrogante por el período comprendido entre el 9 de enero de 2001 y el 31

de diciembre de 2001, firmado por Fresia Faúndez Cáceres.-

89.- copia de decreto exento N°538 de 7 de mayo de 2001, en virtud del cual se deja sin efecto el nombramiento de Katherine Guzmán Balboa como Alcalde Subrogante a contar del día 7 de mayo de 2001, firmado por Fresia Faúndez Cáceres.-

90.- copia de decreto exento N°838 de 6 de julio de 2001, en virtud del cual Fresia Faúndez Cáceres es nombrada en comisión de servicio el día 9 de julio de 2001 para asistir a Santiago a una reunión con el Ministro de Vivienda, firmado por ella y designa Alcalde Subrogante a Carlos Luna Amigo.-

91.- copia de decreto exento 675 de 6 de junio de 2001, en virtud del cual se nombra en comisión de servicio a Fresia Faúndez Cáceres para asistir a Concepción los días 6 al 10 de junio de 2001 a Congreso de Descentralización Ministerio del Interior, firmado por ella y nombra subrogante a Carlos Luna Amigo.-

92.- copia de decreto exento 1076 de 24 de agosto de 2001, en virtud del cual se nombra en comisión de servicio a Fresia Faúndez Cáceres para asistir a reunión de Comité Ejecutivo Nacional de la Asociación Chilena de Municipalidades en la Serena los días comprendidos entre el 26 de agosto y 3 de septiembre de 2001, firmado por ella y nombra Alcalde Subrogante a Carlos Luna Amigo.-

93.- copia de decreto exento 1285 de 28 de septiembre de 2001, en virtud

del cual se nombra Fresia Faúndez Cáceres en comisión de servicios para asistir a Santiago los días 29 de septiembre y 1 de octubre de 2001 a entrevista CORFO, firmado por ella y nombra alcalde Subrogante a María Bernal Palma.-

94.- copia de decreto exento 1309 de 4 de octubre de 2001, en virtud del cual se otorga a Fresia Faúndez Cáceres autorización para hacer uso de un día administrativo el 5 de octubre de 2001, firmado por ella y nombra alcalde Subrogante a María Bernal Palma.-

95.- copia de decreto exento 1405 de 24 de octubre de 2001, en virtud del cual se nombra en comisión de servicio a Fresia Faúndez Cáceres para concurrir a Pelluhue los días 25,26 y 27 de octubre de 2001 a Cumbre de Alcaldes y Concejales de Pelluhue, firmado por ella y designa alcaldes Subrogante a María Bernal Palma.-

96.- copia de decreto exento 1655 de 13 de diciembre de 2001, en virtud del cual se nombra Fresia Faúndez Cáceres en comisión de servicio para asistir a Santiago a reunión con el Ministro de Vivienda los días 13,14 y 15 de diciembre de 2001, firmado por ella y nombra alcalde Subrogante a Carlos Luna Amigo.-

97.- copia de decreto exento 1684 de 18 de diciembre de 2001, en virtud del cual se nombra en comisión de servicio a Fresia Faúndez Cáceres para asistir a audiencia con el Ministro de Vivienda en la ciudad de Santiago el día 19 de diciembre de 2001, firmado por ella.-

76.- nómina de la planta municipal los años 2002, 2003 y 2004, en los cuales figuran los grados, el cargo, el escalafón, empezando por el grado de la alcaldesa que es 6, luego los grados 8 en los cuales figura Carlos Luna Amigo y luego los 9 en los cuales aparece Katherine Guzmán Balboa en los años 2002 y 2003.-

HECHOS

UNDECIMO: Que, atendidas las convenciones probatorias a que arribaron las partes en la audiencia de preparación de juicio oral y, apreciada la prueba rendida con libertad, se consideran acreditados, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos:

A.- DE CARÁCTER GENERAL:

B.- RESPECTO DE LAS ACUSACIONES:

a) Que, en el ejercicio de su cargo, la acusada, entonces Alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de Maule, Fresia Faúndez Cáceres, dictó los decretos alcaldicios N°073 y 060, de 13 de marzo de 2002 y 27 de febrero de 2003, respectivamente, en virtud de los cuales designó a su sobrina Marisol Evelyn Faúndez Oróstica, como docente de aula para desempeñarse en la escuela Rural Básica "Callejones", F-258, dependiente de la referida Municipalidad, bajo la modalidad de contrata, por el período comprendido entre el día 1 de marzo de 2002 y 28 de febrero de 2003, en el primer caso y, entre el 1 de marzo de 2003 y 28 de febrero de 2004, en el segundo.-

Lo que se ha tenido por probado con los decretos Alcaldicios allí especificados y demás documentos incorporados a juicio, respecto de este punto.

Igualmente útiles para el establecimiento del hecho antes descrito, fueron los dichos de Roberto Eduardo Toledo Sepúlveda, José Eduardo Donoso Carvajal, Carlos Alberto Luna Amigo, María Angélica Gajardo García, Segundo Enrique Gómez Silva, Hugo Alberto Denis Zuloaga y Darío Alejandro Fuenzalida Correa; reseñados en las motivaciones referidas a la prueba rendida en la causa.-

Así las cosas, el tribunal ha desestimado la teoría del caso de la defensa en orden a que su defendida ha sido víctima de intereses mezquinos por parte de algunas personas y que lo único que existe para condenarla son rumores, pues en el juicio se probó, con documentos, que Fresia Faúndez Cáceres durante el período en que fue Alcaldesa de la Municipalidad de Maule dictó los decretos alcaldicios en los cuales materializó el nombramiento de su sobrina Marisol Evelyn Faúndez Oróstica en los años 2002 y 2003, a pesar de las advertencias de que aquello constituía una ilegalidad.- Tal situación se la representó María Angélica Gajardo García y Segundo Enrique Gómez Silva; funcionaria Administrativa de Educación la primera y, Director Comunal del Departamento de Educación, el segundo.- Estos testigos de cargo, impresionaron al tribunal como testigos imparciales y no se vislumbró en ellos un afán o interés en dañar

a la acusada, ni que fueran testigos mentirosos, por el contrario ambos fueron medidos en sus declaraciones, precisos y claros en sus testimonios.- En efecto, la señora Gajardo García, señaló que cuando le advirtió a la Alcaldesa Faúndez de la inhabilidad que tenía con su sobrina Marisol Evelyn Faúndez Oróstica, ésta le tiró los papeles al suelo y le dijo “que me va a hacer la Contraloría” y, si bien pudiera pensarse que esta testigo tendría un espíritu revanchista por la circunstancia de no haber ganado el juicio laboral que interpuso contra la Municipalidad de Maule, como lo deslizó el abogado defensor, tal presunción se desvanece con el testimonio de Gómez Silva, pues este corroboró que aquella efectivamente se lo representó y que él también lo hizo, no siendo escuchado; atestado que reforzó el anterior, pues fue consistente y convincente dada su basta trayectoria como profesional a cargo del departamento Comunal de Educación de la Municipalidad de Maule y porque, además, dio razón de sus dichos explicando que no sólo le representó la ilegalidad a la acusada, sino que también le ofreció una solución, consistente en conseguir la contratación de la sobrina en otra comuna.- Todo lo cual se lo refirieron a los funcionarios de la Contraloría Regional, Denis Zuloaga y Fuenzalida Correa, cuando éstos se constituyeron en la Municipalidad durante el año 2004 para hacer la fiscalización, tal como éstos lo refirieron en sus declaraciones, agregando además que se lo hizo presente en aquella ocasión Aldo Soto, el Subdirector del Departamento de Educa-

ción.- Estos testigos dieron razón de sus dichos explicando latamente el contenido de sus informes N°69 y de 21 de julio de 2004, señalando que se debía invalidar el nombramiento de la sobrina Marisol Evelyn e instruir un sumario para determinar eventuales responsabilidades y poner en conocimiento de los tribunales de justicia la actuación de la Alcaldesa Fresia Faúndez Cáceres, al suscribir los actos administrativos que renovaron el contrato de dicha sobrina; hicieron presente además, que las carpetas de las sobrinas no estaban junto con las otras y que la inhabilidad tiene consecuencias cuando la persona afectada firma el decreto; contrainterrogados señalaron que Solange les dijo que no quiso firmar la declaración de inhabilidad hasta no hacerse asesorar por José Donoso y que en el decreto de nombramiento debe ir el nombre, el rut y la duración de la contrata, no se exige la fecha en que ingresó al servicio y que se imaginan que la persona que firma revisa que venga la documentación que la sustenta.- Refuerza el hecho que la sobrina de la Alcaldesa, Marisol Evelyn, fue contratada, ejerció el cargo y percibió remuneraciones como docente de aula la liquidación de sus remuneraciones correspondientes al mes de enero de 2004 y también el oficio emanando de Juan Herrera Fuentes y dirigido a la Alcaldesa Faúndez Cáceres, en el cual le señala que Marisol Evelyn Faúndez Oróstica se desempeñó como docente en el año 2000 en la escuela de Duao y desde el año 2001 al 2004, como profesora a contrata en la escuela de Callejones.- De otro lado, la afirma-

ción realizada por Solange Faúndez Oróstica, en orden a que no le pidieron la declaración de inhabilidad en los años 2002 y 2003; precisando que sólo en el año 2003, le pasaron un documento para que lo firmara, pero no lo hizo porque el formulario no le daba la alternativa a decir que era pariente y que de haberlo hecho habría sido una falsedad; lo que sólo realizó en el año 2004, puesto que el documento tenía la alternativa “SI o NO”, y que en igual situación habría estado su hermana Marisol Evelyn Faúndez Cáceres, -declaración que se incorporó como prueba de la defensa-, resulta poco creíble porque si así hubiera sido bastaba con que, en forma manuscrita, colocara lo contrario y, por otra parte, resulta extraño que justamente las carpetas de estas sobrinas no estuvieran juntas con las otras, como lo expresaron los fiscalizadores, Denis y Fuenzalida, sino que en poder del hombre de confianza de la Alcaldesa, en ese entonces, José Donoso Carvajal.

Finalmente, los testigos Roberto Eduardo Toledo Sepúlveda, José Eduardo Donoso Carvajal, Carlos Alberto Luna Amigo, señalaron conocer a Marisol Evelyn Faúndez Oróstica, su calidad de sobrina de la acusada, que fue contratada como docente de la Municipalidad, durante el período de la Alcaldesa Fresia Faúndez, la acusada de este juicio, y que a su respecto existiría la inhabilidad del parentesco.-

La declaración de la acusada Fresia Amelia Faúndez Cáceres, ha servido en cuanto reconoció haber firmado

los Decretos Alcaldicios correspondientes a los nombramientos de Marisol Evelyn Faúndez Oróstica los años 2002 y 2003, -los que corresponden a los N°073 y 060, incorporados como prueba documental-; y en cuanto refirió que al enterarse de la objeción efectuada por la Contraloría, le puso término a la contratación del año 2004, mediante el Decreto Alcaldicio N°071, de 5 de marzo de 2004, incorporado por el Ministerio Público; lo que resulta acorde con la copia del instructivo N°120, de 17 de agosto de 2004, en el cual ordenó poner término al contrato de Marisol Evelyn Faúndez Oróstica y el decreto N°228 de 1 de septiembre de 2004 por el cual se le finiquitó la designación a Marisol Evelyn Faúndez Oróstica.- Se ha descartado su aseveración, en el sentido que no estaba en conocimiento de la inhabilidad ni que fuera efectivo que se representó por funcionarios municipales, como también que no pensó en el problema del parentesco pues había sido nombrada por Katherine Guzmán, mientras la subrogó cuando ella viajó a Barcelona, según consta del Decreto Alcaldicio N°232 de 7 de marzo de 2001, y del N°079 de 13 de marzo de 2001, este último en cuanto da cuenta de que se le otorgó a la acusada la comisión de servicio por el período comprendido entre el 16 de marzo de 2001 y 27 del mismo mes y año, incorporados ambos como prueba documental de las partes; puesto que, ya en el año 2001, se lo hizo presente el Director del Departamento de Educación, señor Gómez Silva.-

Finalmente los certificados extendidos por Segundo Enrique Gómez Silva, N°051 y 045, refrendan que los nombramientos de Marisol Evelyn Faúndez Oróstica, fueron objeto de revisión por parte de éste para analizar si estaba o no dentro del porcentaje que establece el artículo 26 del D.F.L. N°1/96.-

De otro lado, preciso es señalar que la situación de la madre de Marisol Evelyn y de su hermana Solange son distintas a la de aquélla, como lo expresaran los funcionarios de la Contraloría; en el caso de Solange, hubo continuidad laboral, ella ingresó a la entidad Edilicia y no hubo interrupción de funciones mediante la dictación de los respectivos actos de nombramientos, lo que se acreditó con los documentos que se adjuntaron al oficio que se remitió al Fiscal Kinast de fecha 18 de febrero de 2005, esto es, su declaración jurada de fecha 19 de marzo de 2004, copia del decreto alcaldicio por el cual se le designó como docente a contrata N°042 de 24 de mayo de 1999 y copia del decreto alcaldicio N°089 de 19 de marzo de 2001 por el cual se le nombró como docente de aula por el período comprendido entre el 1 de marzo de 2001 y el 28 de febrero de 2002 y que es por eso que en su caso se habla de inhabilidad sobreviniente, lo que queda más en evidencia en el caso de su madre que es funcionaria de planta con bastantes años de antigüedad en el cargo.- Por el contrario, en el caso de Marisol Evelyn, si bien ingresó el día 3 de julio del 2000 a hacer un reemplazo, éste fue sólo hasta el mes de septiembre de

dicho año, siendo nombrada, posteriormente, durante el mandato de la Alcaldesa Fresia Faúndez Cáceres por la subrogante de ésta, doña Katherine Guzmán Balboa, según se acreditó con el decreto alcaldicio N°090 de 19 de marzo de 2001 por el período comprendido entre el 1 de marzo de 2001 y 28 de febrero de 2002, y por los propios dichos de la testigo referida, nombramiento que no saneó la inhabilidad, pues ésta es respecto a la autoridad del momento, en la especie, Fresia Faúndez, el ilícito sólo se configuró cuando la alcaldesa titular firmó los decretos respectivos en los años 2002 y 2003, hubo un lapso aproximado de cinco meses en que Marisol Evelyn no estuvo vinculada laboralmente con la Municipalidad de Maule.- A mayor abundamiento, cabe agregar, que la referencia a la fecha de ingreso al servicio que contenían los respectivos decretos de nombramiento de Marisol Faúndez, difícilmente podían confundir a la acusada, por la estrecha relación familiar que afirmó tener con sus parientes; pero sí pudo tener tal efecto en la Contraloría, al momento de registrarlos, puesto que si bien no le corresponde tomar razón de los mismos por expresa disposición legal, mantenía su facultad fiscalizadora y, ante una ilegalidad o irregularidad evidente en el acto, podría haberlo representado en su momento; como aconteció con el decreto que autorizó la contratación del abogado Acevedo y el reglamento interno del Municipio.

De esta manera, se ha tenido por probada la teoría del caso de los entes

persecutores respecto del hecho uno de la acusación.-

CALIFICACIÓN JURÍDICA

DÉCIMO CUARTO: Que, en concepto de estos sentenciadores, el hecho establecido en la letra a), del acápite B., del fundamento undécimo, es constitutivo del delito continuado de nombramiento ilegal, previsto y sancionado en el artículo 220 del Código Penal, en relación con el artículo 56 letra b) de la Ley N°18.575; toda vez que el agente, a la sazón Alcalde de la Municipalidad de Maule, en el ejercicio de dicho cargo y en conocimiento de la inhabilidad legal que afectaba a su sobrina, la designó en un cargo público, como lo es el de docente a contrata de un establecimiento municipal; acorde con lo prevenido en el artículo 260 del Código Punitivo, dictando al efecto dos decretos de nombramientos anuales y consecutivos; situación que no es más que la continuación del ilícito, ya que tal circunstancia era la única forma de extender el hecho en el tiempo, dada la limitante temporal que existe legalmente respecto de los cargos a contrata, manteniéndose el propósito delictivo, afectando al mismo bien jurídico y siendo idénticos los sujetos activos y pasivos de las conductas ilícitas. En consecuencia, se disiente de la opinión del Ministerio Público, manifestada en su alegato de clausura, en orden a considerar los hechos como constitutivos del delito reiterado de nombramiento ilegal.

En efecto, conforme a la prueba rendida en la audiencia, se acreditó que la acusada fue advertida direc-

tamente por el Director Comunal de Educación de Maule Enrique Gómez Silva, ya en el año 2001, de la imposibilidad de efectuar el mencionado nombramiento, cuestión que, por lo demás, no podía ser desconocida por la acusada, ya que resulta del todo impresentable, que quien ejerce el cargo de Alcalde desconozca la normativa legal que rige tal función y que, en lo pertinente, fue reseñada en el motivo tercero. A lo anterior, se suma el hecho que tal circunstancia, le fue representada por la encargada de educación de la época doña María Angélica Gajardo y que el Municipio contaba con asesoría legal, a través de los diversos Abogados que prestaron funciones en el mismo, a quienes pudo recurrir para saber de qué manera estaba obligada a comportarse en derecho, por lo que, aún en el evento de estimar la existencia de un error de prohibición, éste no era invencible pues, como se ha dicho, tenía a su alcance los elementos para superarlo. Así las cosas, al parecer de estos jueces, es insostenible pretender que la enjuiciada carecía de la posibilidad de conocer la antijuridicidad de su conducta.

Cabe agregar que, en opinión del Tribunal, la expresión “a sabiendas”, que contempla el tipo penal en estudio, está referida al conocimiento de la inhabilidad que afecta a la persona nombrada y no al ilícito en particular, como lo sostuvo el defensor, pues seguir tal tesis, implicaría que sólo quienes tuviesen acabados conocimientos de derecho estarían en condiciones de cometer este tipo de delito.

De este modo, se desestiman las alegaciones efectuadas por la defensa en estos aspectos, es decir, en cuanto esgrimió la concurrencia de un error de prohibición y la inexistencia de dolo. En lo concerniente a los fundamentos fácticos en que basó tales pretensiones, cabe señalar que no procede considerar en una misma situación a la cuñada de Faúndez Cáceres, que a las hijas de aquella, Solange y Marisol Faúndez Oróstica, desde que, según la prueba rendida en juicio, la primera de ellas formaba parte de la planta docente del Municipio y, por ende, no regía a su respecto la inhabilidad que contempla el artículo 56 letra b) de la Ley N°18.575, que afecta a quienes pretenden ingresar a la Administración del Estado; en similar situación se encontraba Solange Faúndez, por cuanto a la fecha del nombramiento a contrata realizado por la acusada, ya formaba parte de la dotación docente, por existir continuidad en tal función, puesto que había sido nombrada por dos periodos anuales y sucesivos, los años inmediatamente anteriores. Por el contrario, Marisol Evelyn Faúndez Oróstica, estaba en una condición diversa, pues a la fecha de asunción en el cargo de la enjuiciada, no tenía vínculo contractual de ninguna índole con el municipio, ya que sólo había prestado servicios en calidad de suplente, por un breve período, durante el año 2000; lo que, de manera alguna podía desconocer Fresia Faúndez, atendido el parentesco y cercanía que reconoció existir entre los miembros de su familia. Por lo mismo, tampoco se estima como un antecedente que pudo inducir a

error a la acusada, la mención que se hizo en los respectivos decretos de nombramiento de Marisol Faúndez, respecto de la fecha en que habría ingresado al servicio. De otro lado, la circunstancia que durante el año 2001, dicha sobrina haya sido nombrada por un subrogante en el cargo de alcalde y que sólo los años siguientes fuera designada por la titular, no altera en nada lo antes concluido, puesto que la inhabilitación que le afectaba existió desde el nombramiento efectuado para el año 2001 a febrero de 2002, por lo que no es posible considerarla en la norma de excepción que beneficiaba a las otras parientes.

VIGÉSIMO OCTAVO:

EN LO PENAL:

1° Que SE CONDENA a la acusada FRESIA AMELIA FAUNDEZ CACERES, ya individualizada, en calidad de autora del delito continuado de nombramiento ilegal, perpetrado en la comuna de Maule, con fecha 13 de marzo de 2002 y 27 de febrero de 2003 a la pena TRES AÑOS Y UN DIA de inhabilitación especial temporal, para el cargo de alcalde; y al pago de una MULTA a beneficio fiscal, ascendente a CINCO UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES;

2° Que SE CONDENA, a la referida acusada FAUNDEZ CÁCERES, como autora de dos delitos de Fraude al Fisco, perpetrados en la

comuna de Maule, durante los meses de octubre a diciembre de 2003; y de enero a marzo de 2002, respectivamente; en perjuicio de la Ilustre Municipalidad de Maule, ascendente a la suma de \$2.541.286, en el primer caso y, a la de \$329.633 en el otro; a cumplir dos penas de QUINIEN-TOS CUARENTA Y UN DÍAS, de presidio menor en su grado medio; la inhabilitación especial perpetua para el cargo de alcalde; al pago de una MULTA a beneficio fiscal equivalente al 10% de lo defraudado, ascendente en el primer ilícito a \$254.128, y a la suma de \$32.963, en el segundo delito. Se le impone además, la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de cada una de las condenas privativas de libertad; y el pago de las costas del procedimiento.-

Redactó la Juez doña Gretchen Demandes Wolf.

RUC N°0400276702-9

RIT N°154-2007

PRONUNCIADO POR LOS JUECES TITULARES DOÑA JEANNETTE VALDES SUAZO, QUIEN PRESIDIO LA AUDIENCIA, DON WILFREDO URRUTIA GAETE Y DOÑA GRETCHEN DEMANDES WOLF; QUIEN NO FIRMA LA PRESENTE SENTENCIA POR ENCONTRARSE HACIENDO USO DE PERMISO.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS
Y ESTUPEFACIENTES

ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE AMPARO POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 39 DE LA LEY N°20.000

Manuel Guerra Fuenzalida¹
Renzo Figueroa Aste²

Introducción

El artículo 39 de la Ley de Drogas contempla la facultad del órgano acusador para solicitar la ampliación de la detención hasta por el término de cinco días, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia. A su turno, el Juez deberá pronunciarse de inmediato respecto a esta petición, según lo dispuesto en el artículo 9° del Código Procesal Penal, sin ser, por lo tanto, necesaria la realización de una audiencia.

En relación a esta disposición se han deducido acciones de amparo, las cuales se han fundado en que la petición de ampliación de la detención tiene como condición previa que se controle la detención, vale decir, que en la referida audiencia, la autoridad judicial se pronuncie sobre la procedencia de la ampliación de la detención.

Como veremos más adelante, estos recursos de amparo han sido rechazados, llegando la discusión en algunos casos, a la Excma. Corte Suprema.

En efecto, resulta necesario realizar una interpretación sistemática de la norma del artículo 39 y la contenida en el artículo 9°, ambas de la Ley N°20.000, pues el Ministerio Público puede solicitar la ampliación del plazo de detención hasta por cinco días, de forma verbal (sin audiencia previa), pues se trata de casos urgentes, en virtud de los cuales se requiere ejecutar diligencias dirigidas al éxito de la investigación. De otro modo, no podría permanecer la mención al citado artículo 9, en el tantas veces mencionado artículo 39, pues se permite que esta autorización sea “*solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro*”.

Ahora bien, en relación a la mención al artículo 132 del Código Procesal Penal contenida en el artículo 39, la propia Corte Suprema se ha pronunciado concluyendo lo siguiente:

-
- 1 Director de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
 - 2 Abogado de la Unidad Especializada de Tráfico de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

“que los artículos 131 y 132 del Código Procesal Penal son complementarios en cuanto señalan distintos plazos para la duración de las detenciones en los casos que previenen; en consecuencia, rige plenamente lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 132 citado, expresamente previsto en relación con el artículo 39 de la Ley N°20.000...”.

En virtud de lo anteriormente expuesto, veremos a continuación, cual ha sido el tratamiento jurisprudencial que ha tenido el artículo 39 de la Ley de Drogas. Adicionalmente veremos algunos fallos relacionados y la historia legislativa que tuvo esta norma.

I. Recurso de Amparo en contra de la Juez de Garantía de Los Andes

Con fecha 15 de mayo de 2009, la Defensoría Penal Pública, en representación de tres imputados, interpuso recurso de amparo en contra de la Juez de Garantía de Los Andes, fundando su presentación en que el día 14 de mayo de 2009, se comunicó con la magistrado para los efectos de informarle de la detención de los tres amparados, y además, que se había ampliado su detención hasta el día lunes 18 de mayo de 2009, de conformidad a lo prescrito en el artículo 9 del Código Procesal Penal y el artículo 39 de la Ley N°20.000, por existir diligencias pendientes.

En su oportunidad, la Defensa señaló que se ignoraba la individualización de los imputados, su lugar de detención y, además, que la referida ampliación habría sido decretada en forma verbal, sin previa audiencia ante el Juez, para efectos de controlar la detención de los imputados, según lo exige el artículo 131 del Código Procesal Penal.

En dicho sentido, para la recurrente, el Juez de Garantía habría denegando la realización de la audiencia de control de detención solicitada, contrariando lo dispuesto en los artículos 131 y 132 del Código Procesal Penal, vulnerando con tal decisión la garantía relativa a la libertad ambulatoria reconocida por la Constitución Política y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda vez que con su resolución se les mantuvo privados de libertad al margen del procedimiento o la forma prescrita por la ley, debiendo la recurrida haber efectuado la audiencia de control de la detención, oportunidad en la que se debió discutir la ampliación, no procediendo la solicitud y autorización por vía telefónica como fue decretada, privando con ello de libertad a sus representados por un plazo mayor al que establece la ley, sin contar con su defensa.

Por su parte, la Juez recurrida señaló que el Fiscal del caso le informó de la detención de los imputados, su participación en el delito de tráfico ilícito de drogas, solicitando la ampliación de la detención conforme lo dispone el artículo 9 del Código Procesal Penal y el artículo 39 de la Ley N°20.000, por existir diligencias pendientes, razón por la que se autorizó la ampliación, debiendo

permanecer los imputados detenidos, cuestión que le fue comunicada al defensor de turno.

En virtud de lo anterior la Magistrado señaló que la resolución se ajustó estrictamente a las normas ya señaladas, y en especial al artículo 39 de la Ley N°20.000, el que se remite al artículo 132 del Código Procesal Penal, indicando que el plazo de ampliación se podrá extender hasta cinco días y que el Juez deberá pronunciarse de inmediato sobre dicha petición, que podrá ser formulada y resuelta de conformidad al artículo 9 del mismo cuerpo normativo, el que establece la posibilidad de hacerlo por cualquier medio idóneo al efecto, tales como correo o fax entre otros, sin perjuicio de la constancia posterior.

Finalmente señaló que la Defensa concurrió a las dependencias de Policía de Investigaciones constatando que los detenidos se encontraban bien y que en definitiva no existía vulneración, ilegalidad o arbitrariedad alguna a sus derechos.

La Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso señaló que: *“...atendido el mérito de los antecedentes y en especial lo dispuesto en los artículos 9 y 132 del Código Procesal Penal y el artículo 39 de la Ley 20.000, aplicable en el caso de autos por ser el delito imputado regulado en ésta, y considerando que la ampliación del plazo de la detención otorgada por la Juez recurrida en relación a los amparados, se ajusta plenamente a la legislación antes referida, el presente recurso no podrá prosperar”*³.

II. Recurso de Amparo en contra de la Juez de Garantía de San José de la Mariquina

La Defensoría Penal Pública, en representación de tres imputados, interpuso recurso de amparo en contra de la Juez de Garantía de San José de la Mariquina, fundando su presentación en que el día 6 de junio de 2009, se realizó audiencia de control de detención, en la que se estableció que sus representados fueron detenidos el día 5 de mayo de 2009, agregando que en la audiencia, el Ministerio Público solicitó la ampliación de la detención de los imputados por el término de cinco días o, subsidiariamente, por tres días, a fin de practicar diligencias, todo conforme a lo dispuesto por el artículo 132 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 39 de la Ley N°20.000, petición a la que no se opuso su contraparte sin perjuicio de hacer presente que tal ampliación era sólo por el tiempo estrictamente necesario, considerando ésta que sólo debía ser por tres días a contar de la detención de sus defendidos, debiendo llevarse a cabo la audiencia de formalización a más tardar el 8 de junio del 2009.

3 CA de Valparaíso, 20/05/09, Rit 1273-2009, RUC 0900287475-7, ROL N°249-2009, Resolución 15942.

Continúa su argumentación señalando que: “...la mencionada jueza, acogiendo la solicitud formulada por la Fiscalía, accedió a la ampliación de la detención en 5 días a contar de la audiencia de control de la detención hasta el día jueves 14 de mayo (sic) de 2009, fecha esta última fijada para la formalización de la investigación”⁴.

En virtud de lo señalado, la Defensa estimó que la resolución dictada era arbitraria e ilegal, toda vez que la Juez de Garantía no habría fundamentado su decisión para otorgar la ampliación, excediendo el plazo máximo de detención que autoriza la Ley de Drogas en su artículo 39 y que el plazo de ampliación debía computarse desde la fecha de privación de libertad y no desde la fecha de la audiencia de control de legalidad de la detención, lo que significaba que el Tribunal se estaba arrogando atribuciones de las cuales carece de acuerdo a la ley.

En virtud de los antecedentes puestos en conocimiento de la Iltna. Corte de Apelaciones de Valdivia, ésta señaló que efectivamente los imputados fueron detenidos con fecha 5 de junio de 2009, llevándose a cabo la audiencia de control de la detención con fecha 6 de junio oportunidad en que la Fiscalía solicitó al tribunal la ampliación de la detención, fundado en las diligencias de investigación, siendo acogida tal solicitud teniendo presente lo dispuesto por los artículos 132 del Código Procesal Penal y 39 de la Ley N°20.000, ampliando el plazo de la detención por cinco días, fijándose audiencia para el jueves 11 de junio de 2009, considerando para ello el tenor del artículo 39 de la Ley N°20.000.

De esta forma la Corte señaló que: “...conforme a lo estatuido por el artículo 21 de la carta fundamental, la acción de amparo constitucional resulta procedente cuando un individuo se encontrare arrestado, detenido o preso con infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes. Asimismo resultará pertinente a favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquier otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual (...) en el caso de autos, cabe destacar que la privación de la libertad de los tres amparados encuentra explicación en la resolución previamente pronunciada por un Juez de la República, el que, con ocasión de la instrucción de un proceso penal, ordenó la ampliación del plazo de la detención hasta el día 11 de junio de 2009. El registro de audio de la audiencia en donde se impuso tal decisión, da cuenta de un debate entre los intervinientes -fiscal y defensa- y la expresión de los fundamentos que llevaron a la resolución”.

“...en cuanto a la presunta ilegalidad dada por extender la detención más allá del plazo previsto por la ley, cabe destacar al respecto que una interpretación armónica del artículo 19 N°7 de la Constitución Política, en relación a los artículos 132 del Código Procesal Penal y 39 de la Ley 20.000, permite concluir que el término de la

4 CA de Valdivia, 11/06/09, Rit 443-2009, RUC 0900526374-0, Rol N°138-2009, Resolución: 6391.

ampliación del plazo de la detención, debe ser computado desde el pronunciamiento de la resolución judicial que hace lugar a la mismo. En efecto las disposiciones antes referidas autorizan que la extensión en comento pueda resultar hasta por 3, 5 ó 10 días, desde que así se permite y no desde que se ha producido el hecho material de la detención, por lo que al resolver la Juez de garantía recurrida, del modo que se ha señalado, no se ha ubicado en la hipótesis de ilegalidad reclamada⁵.

En virtud de lo antes reseñado, la Corte desestimó el recurso rechazando la acción de amparo interpuesta.

III. Fallos relacionados

Lo resuelto por los fallos antes mencionados no difiere del criterio que en su momento estableció la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, el que fue ratificado por la Excelentísima Corte Suprema, rechazando el recurso de amparo presentado por la defensa, expresando similar fundamento para ello.

En el caso, la defensa interpuso recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones de Arica, fundado en que su representado había sido detenido en Santiago un día lunes 9 de mayo de 2005 a las 11:00 horas aproximadamente por funcionarios de Carabineros, quienes actuaban en cumplimiento de una orden judicial, siendo llevado al cuartel policial, lugar en que permaneció hasta el día 11, siendo trasladado vía terrestre y en horas de la noche a la ciudad de Arica, arribando la madrugada del día viernes 13, sin que se efectuara el control de detención dentro del plazo de 24 horas establecido en la ley, razón por lo cual debía declararse ilegal la detención por falta de observancia de un trámite esencial, solicitando la nulidad de la misma y la inmediata libertad del detenido, lo que fue rechazado por el Juez recurrido quien estimó que no había vicio procesal por haber solicitado el señor Fiscal una ampliación del plazo de detención en forma previa.

Por su parte el Juez recurrido evacuó informe solicitando el rechazo del recurso de amparo deducido en su contra, toda vez que, siendo efectivo que la detención se produjo el día 9 de mayo, por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes de 30 kilos 558 gramos de Clorhidrato de Cocaína en la ciudad de Santiago, en situación flagrante, el Fiscal solicitó la ampliación del plazo de detención, de conformidad al artículo 39 de la Ley N°20.000, hasta el día viernes 13 de mayo, fecha en que se realizó el control de legalidad de la detención, se formalizó la investigación y se decretó la prisión preventiva del amparado.

La decisión tomada por el Juez de Garantía en cuanto a acoger la solicitud de ampliación de la detención se fundó en el artículo 39 de la Ley N°20.000,

5 CA de Valdivia, 11/06/09, Rit N°443-2009, RUC 0900526374-0, Rol N°138-2009, Resolución: 6391, considerando 2°, 3° y 4°.

norma que lo faculta expresamente a hacerlo hasta por cinco días, pudiendo ser pronunciada de inmediato, en virtud del artículo 9 del Código Procesal Penal, sin ser necesaria la realización de una audiencia.

Para el Magistrado, el hecho que la orden no haya constado en la carpeta judicial, no afectó para nada la validez de la ampliación de la detención, por el tenor del artículo 9 antes señalado, la naturaleza del procedimiento actual, y la constancia de la resolución en la carpeta del Fiscal, ajustándose a derecho que la audiencia de control de detención se haya realizado en el plazo establecido.

De esta forma la Corte de Apelaciones de Arica señaló que: *“...el citado artículo 39 prescribe que tratándose de la investigación de los delitos establecidos en la Ley N°20.000, el plazo contemplado en el inciso segundo del artículo 132 del Código Procesal Penal, podrá ser ampliado por el Juez de Garantía hasta por el término de 5 días, cuando el fiscal así lo solicite, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia, norma que establece que el Juez se pronunciará de inmediato sobre dicha petición la que podrá ser formulada y resuelta acorde con lo prevenido en el artículo 9 del Código citado. Por su parte, el artículo 9 referido autoriza que esta petición sea solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior. Es decir, la ampliación del plazo de detención en los casos que se investigue un delito de tráfico ilícito de drogas, tiene una normativa especial, como lo es la del anteriormente referido artículo 39 en relación con los artículos 132 y 9 del Código Procesal Penal”*⁶.

Rechazado el recurso, la Defensa recurrió de esta resolución ante la Corte Suprema confirmándose lo resuelto por la Corte de Arica, en los siguientes términos:

*“Que los artículos 131 y 132 del Código Procesal Penal son complementarios en cuanto señalan distintos plazos para la duración de las detenciones en los casos que previenen; en consecuencia, rige plenamente lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 132 citado, expresamente previsto en relación con el artículo 39 de la Ley N°20.000, se confirma la sentencia apelada de treinta de mayo del año en curso...”*⁷.

IV. Historia de la Ley

Para mayor concordancia con lo manifestado por la jurisprudencia, estudiada la historia de la Ley N°20.000, nos encontramos que en el segundo trámite constitucional del proyecto que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, la Comisión de Constitución señaló que la Brigada Antinarcóticos Metropolitana de la Policía de

6 CA de Arica, 30/05/05, Rit N°1774-2005, RUC 0500176175-9, Rol N°3438-2005, considerando 4°.

7 CS, 13/06/05, Rit N°1774-2005, RUC 0500176175-9, Rol N°2668-05.

Investigaciones de Chile y la Dirección de Investigación Delictual y Drogas de Carabineros de Chile, manifestaron como dificultad práctica lo relativo a la entrega vigilada o controlada en cuanto a que esta técnica de investigación permite detener en la frontera a un “correo” que transporta droga y luego hacerlo proseguir su camino si ha aceptado cooperar, siendo vigilado por la policía, o sustituyéndolo por un agente encubierto, con el fin de infiltrarse en la cadena de distribución para lograr la captura en delito flagrante de los traficantes a los que iba destinada la droga, pero ello funcionaba en el antiguo procedimiento penal porque el “correo” podía estar detenido cinco días, lo que daba tiempo suficiente para que la policía montara el operativo. En ese sentido, la rebaja del plazo de la detención a tres días en el Código Procesal Penal dificulta la operación, porque en la gran mayoría de los casos es preciso trasladarse por tierra desde la frontera norte de Chile hasta Santiago, donde se realizan las entregas.

La Comisión en tanto, recordó que el artículo 132 del Código Procesal Penal obliga al Fiscal a formalizar la investigación en la primera audiencia judicial a que concurra el detenido, pudiendo solicitar la ampliación de la detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación.

Lo planteado entonces por las policías, reitera la observación hecha por el entonces Fiscal Nacional en su Oficio N°326, de 7 de julio de 2003, en donde se sugiere aumentar el plazo de detención tratándose de los delitos de tráfico ilícito de drogas, señalando que el plazo de veinticuatro horas, establecido para que el detenido sea puesto a disposición del Juez de Garantía era insuficiente en este tipo de delitos, debiendo entonces contarse con un plazo de detención que permitiera efectuar las diligencias tendientes a lograr el total esclarecimiento de los hechos y determinar la individualización de todos los responsables antes de poner materialmente al detenido a disposición del Juez de Garantía, proponiendo en definitiva, permitir al Juez decretar, a solicitud del Fiscal, el aumento del plazo de detención hasta por cinco días.

La Comisión acogió los planteamientos expuestos por las policías señalando lo siguiente: *“...contemplar un artículo nuevo, donde se dispone que, tratándose de la investigación de los delitos establecidos en esta ley, el plazo contemplado en el inciso segundo del artículo 132 del Código Procesal Penal podrá ser ampliado por el juez de garantía hasta por el término de cinco días, cuando el fiscal así lo solicite, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia. El juez se pronunciará de inmediato sobre dicha petición, que podrá ser formulada y resuelta de conformidad con lo prevenido en el artículo 9° del Código Procesal Penal”.*

“El nuevo artículo 39 se aprobó en forma unánime, con los votos de los Honorables Senadores señores Chadwick, Espina, Viera-Gallo y Zaldívar”⁸.

Respecto al artículo 39 nuevo, incorporado por el Senado, el Ministerio Público hizo presente que nuestra Constitución Política, en el artículo 19 N°7, letra c) inciso segundo, permite que las detenciones puedan aumentarse hasta en cinco o diez días tratándose de conductas terroristas y que para adecuar esta norma al nuevo sistema acusatorio, se mantuvo la facultad de los jueces de decretar, a solicitud del Fiscal el aumento del plazo de detención.

En el Código Procesal Penal el plazo máximo para poner al detenido a disposición del Juez de Garantía, es de 24 horas desde que la detención se produce, sea por flagrancia o por decreto judicial.

En ese sentido se manifestó que para la investigación de este tipo de ilícitos, especialmente aquellos cometidos por organizaciones criminales, resulta estrictamente indispensable contar con un plazo de detención que permita efectuar diligencias para el esclarecimiento de los hechos y la individualización de los responsables, antes de poner al detenido a disposición del Juez de Garantía, por lo que el plazo de 24 horas, contemplado en el artículo 131 del Código Procesal Penal, era insuficiente para tales fines, proponiéndose que la norma facultara al Juez de Garantía, a solicitud del Fiscal, decretar el aumento de dicho plazo de detención hasta por cinco días.

De esta forma se concluye lo siguiente: *“De acuerdo con la discusión que sobre este punto se generó y se consigna en el Segundo Informe Complementario del H. Senado, debe concluirse que la intención fue ampliar el plazo contenido en el artículo 131 inciso segundo, pues de esta forma se cumplen los fines para los que se propuso esa norma, es decir realizar en dicho periodo las diligencias que sean necesarias, como entrega vigilada o las que deriven de una cooperación eficaz. Sólo así cobra sentido la posibilidad de recurrir al artículo 9° del Código Procesal Penal, como fundamento para ampliar el plazo de la detención (...) En verdad la mención del artículo 39 aprobado por el H. Senado debió hacerse al artículo 131 del Código Procesal Penal y no al 132”⁹.*

8 Historia de la Ley. 2.8. Informe Complementario Comisión de Constitución. Senado, 3 de agosto, 2004, Cuenta en Sesión 19, Legislatura 351. Informe Complementario del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. BOLETÍN N°2.439-20.

9 Historia de la Ley, proyecto que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Informe Comisión Especial Drogas; 3. Tercer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados; 3.1. Informe Comisión Especial de Drogas. Cámara de Diputados. Fecha 15 de septiembre, 2004. Cuenta en Sesión 1, Legislatura 352. BOLETÍN 2439-20-3. 3.2. Discusión en Sala, Cámara de Diputados.

Finalmente, la Comisión Mixta señaló que el Honorable Senado, en segundo trámite constitucional, acordó ampliar a cinco el plazo de detención del imputado, cuando el Fiscal lo solicitara al Juez de Garantía, con el objeto de lograr mayor éxito en las diligencias, a fin de permitir una mejor preparación de la formalización de la investigación.

En este caso el Juez se pronunciará de inmediato sobre dicha petición, que podrá ser formulada y resuelta de conformidad con lo prevenido en el artículo 9° del Código Procesal Penal.

Se recordó que el artículo 132 regula la comparecencia judicial del detenido, manifestando en el inciso segundo que el Fiscal procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado. En el caso que no pudiere procederse de la manera indicada, el Fiscal podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación.

“La Honorable Cámara de Diputados, en el tercer trámite constitucional, lo rechazó por estimar que el plazo que debía ampliarse era el del inciso segundo del artículo 131, es decir el plazo para poner al detenido a disposición del juez de garantía, el que se aumentaría de veinticuatro horas a cinco días.

De acuerdo con el aludido inciso segundo del artículo 131, cuando la detención se practicare en los casos de flagrancia, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al ministerio público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado”¹⁰.

En definitiva, la Comisión Mixta resolvió aprobar el artículo en los términos planteados por el Honorable Senado.

Legislatura 352, Sesión 01. Fecha 5 de octubre, 2004. Discusión única. Integración de Comisión Mixta.

10 4. Trámite Comisión Mixta: Senado-Cámara de Diputados. 4.1. Informe de Comisión Mixta. Senado-Cámara de Diputados. Fecha 2 de noviembre, 2004. Cuenta en Sesión 13, Legislatura 352, Cámara de Diputados. INFORME DE LA COMISIÓN MIXTA, recaído en el proyecto de ley que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. BOLETÍN N°2439-20.

LOS CAMBIOS EN LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL LIGADA AL TRÁFICO DE DROGAS EN EL ESPACIO PÚBLICO, Y LA VIGENCIA DEL MARCO LEGAL DESTINADO A SU PERSECUCIÓN

Jorge Muñoz Bravo¹

El presente artículo busca confrontar la evolución de la organización criminal dedicada a la distribución de drogas entre consumidores, en el espacio público de barrios y poblaciones, con las herramientas que nos entrega la legislación para su persecución.

Para llevar a cabo el análisis propuesto, y con el fin de utilizarlo como marco referencial, recurriremos en primer lugar al artículo titulado “Barrios urbanos críticos en materia de violencia y delincuencia”², escrito por Alejandra Lunecke³ y Juan Carlos Ruiz⁴, donde se exponen las conclusiones de un conjunto de estudios realizados entre los años 2002 a 2006, lo que nos permitirá contar con una descripción pormenorizada de estas organizaciones barriales⁵, y que complementaremos con elementos de información rescatados de los procedimientos masivos realizados por la Fiscalía, en el marco del Programa de Persecución Focalizada del Microtráfico durante el año 2008.

A continuación presentaremos una selección de sentencias que abordan las distintas conductas descritas en dicho marco referencial, destacando la función que el imputado desempeñaba dentro de la organización, la figura típica en la que fue subsumida su conducta, los medios probatorios utilizados para sostener la acusación y la sentencia del órgano jurisdiccional.

Finalmente, se formularán algunas conclusiones que se pueden desprender de la exposición realizada, cuyo contenido pretende ser el punto de partida de una reflexión mayor, cual es, la necesaria readecuación que la actual Ley de Drogas deberá acoger en el futuro, a la luz del desarrollo criminal del microtráfico.

- 1 Abogado de la Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Artículo preparado con ocasión del “Segundo Simposio Nacional de Investigación Sobre Violencia y Delincuencia”, publicado por la Fundación Paz Ciudadana y el Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile, el año 2006.
- 3 Licenciada en Historia y Ciencia Política, Magíster en Desarrollo Urbano, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- 4 Investigador del Programa de Seguridad Urbana de la Universidad Alberto Hurtado y Magíster en Desarrollo Urbano de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- 5 Capítulo titulado “La capacidad organizativa de las redes ilícitas”, del citado artículo.

i. Características de las organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas en el espacio público de barrios y poblaciones

Como indican los autores *Lunecke y Ruiz*, durante los años 2002 a 2006, fueron realizados un conjunto de estudios diagnósticos⁶ focalizados en barrios y poblaciones emblemáticas de las principales ciudades del país, caracterizadas por la grave presencia de tráfico ilícito de drogas en sus espacios públicos, estudios que permitieron por primera vez contar con una descripción más específica de las organizaciones que agrupaban a sus responsables, junto con constatar la gravedad, profundidad y extensión del problema⁷.

Los estudios en cuestión pudieron establecer, en primer lugar, “*la capacidad organizativa y de articular redes que tienen estos grupos*”⁸, por ejemplo, como indican sus autores, “*en la Población Santa Adriana, la imagen de los traficantes de drogas está representada en la figura de dos familias⁹ vinculadas al tráfico de drogas. Ambas bandas rivales se estructuraban sobre la base de solidaridades y confianzas específicas, poseyendo un territorio definido. La descripción que los vecinos de la Población Santa Adriana hacen de estas familias evidencia que estos grupos poseen una estructura de trabajo que define roles específicos, cada uno de los cuales se sitúa dentro de una jerarquía formal*”.

Continúa el artículo señalando que “*la categoría más alta (después del Líder)*¹⁰, *al interior de las bandas son los guardaespaldas. Excluyendo el círculo familiar próximo, son ellos quienes gozan de la confianza directa de los líderes. Por lo general, corresponden a amigos de infancia (o compadres), jóvenes que se han ganado un lugar*

6 El análisis de barrios vulnerables que se realiza en el artículo mencionado, se basa en estudios y diagnósticos realizados en diversas realidades barriales, especialmente en Santiago (Población Santa Adriana y Población José María Caro en la comuna de Lo Espejo (2003 y 2004), Villas Madre Teresa y La Zarzuela de la comuna de La Pintana; Población La Serena de la comuna de La Granja (2006), Población Carol Urzúa en la comuna de Puente Alto (2006), y estudios diagnósticos realizados por otras instituciones académicas en el marco del Programa Barrio Seguro de la División de Seguridad Ciudadana (“Estudios Tipologías de Barrios Vulnerables” que cubre 70 barrios en AMGS, Valparaíso y Concepción, CED, 2002; Evaluación del Programa Barrio Seguro en las poblaciones La Legua y La Victoria, Asesorías para el Desarrollo en 2003; Diagnóstico de la Población La Legua por MS en 2005 y diagnóstico de la Población Montedónico en Valparaíso, 2004). Nota a pie de página N°3 del documento. La restante bibliografía aludida puede ser consultada en el anexo del mismo documento, el que puede ser descargado en http://www.ongcordillera.cl/discardables/barrios/diagnostico_seg_ciudadana.pdf

7 Al autor del presente artículo, le correspondió ser contraparte técnica en seis de los estudios mencionados, durante su desempeño en la División de Seguridad Ciudadana, de la Subsecretaría del Interior del Gobierno de Chile.

8 Bis nota 2, p. 11.

9 Se refiere específicamente a los “Rivas” y los “Cipriano”, bandas que en los años posteriores serían objeto de una fuerte persecución por el MP.

10 Nota del autor del presente artículo.

al interior de la banda por la valentía demostrada en alguna situación, o en algunos casos, familiares ajenos al núcleo duro de padres, hijos y hermanos, por ejemplo primos, cuñados, entre otros. En la pirámide de las bandas, luego de los guardaespaldas, están los llamados soldados. Estos personajes son quienes realizan los negocios, por lo general, corresponden a muchachos jóvenes cuyas edades fluctúan entre los 12 y 30 años, quienes han dado muestras de lealtad hacia la banda. También manejan armas aunque en un número más reducido y menos sofisticado. El rol de soldado es a tiempo completo, no obstante, existen vecinos que esporádicamente han participado en la venta de alguna droga. Por lo general, se incorporan al tráfico con la intención de juntar un poco de dinero y suplir algún déficit económico. Para los vecinos el convertirse en soldado resulta fácil, no obstante, el salir de la actividad es algo muy complejo, tanto por las grandes sumas de dinero que se manejan, como por las amenazas de parte de los líderes, quienes ven traicionada la confianza depositada. La figura más baja dentro del escalafón de las bandas, son los zombies o sapos. En su mayoría corresponden a muchachos jóvenes a quienes se les entrega un aporte por vigilar la población, dando cuenta de la presencia de Carabineros, la de algún integrante de la banda rival o detectar alguna persona extraña que pueda ser sospechosa¹¹.

A continuación, el artículo de Lunecke y Ruiz nos entregan un importante elemento a considerar en el marco de la hipótesis de porte que incorpora el artículo 3° y especialmente el 4° de la Ley de Drogas, referido al tráfico en pequeñas cantidades, elemento al que nuestra judicatura otorga una alta importancia a la hora de dictar una sentencia condenatoria: “Los zombies y sapos comúnmente no portan droga, sólo acceden a ella cuando concretan transacciones, y es otro integrante del grupo quien se las entrega. Como todos los integrantes, (también) portan armas para solucionar cualquier inconveniente que pueda surgir con los posibles compradores. Estos personajes por lo general son drogadictos, también conocidos como angustiados, que realizan esta actividad a cambio de dinero efectivo para comprar drogas, o que derechamente se les paga a través de cantidades de drogas. Ambos cumplen las mismas funciones, por lo que sapos y zombies puede ser la misma persona, la diferencia está, en que la figura del zombie vigila el sector asignado durante toda la noche y por lo general corresponde a drogadictos con una altísima dependencia”. En algunos sectores se les denomina también “pilotos”.

A las funciones descritas por Lunecke y Ruiz, podemos agregar las de “guardadores” de la droga o del dinero recolectado entre los distintos sujetos que venden la droga en la calle, encontrándose algunos casos, en que ambas funciones son ejercidas por personas distintas.

Otra función que también es posible distinguir, es la que podríamos denominar “transportador” (para diferenciarlos de los “transportistas” que participan en la conducción de cantidades mayores entre distintas ciudades del país o el extranjero), los que cumplen la función de trasladar a los integrantes de la

11 Bis nota 2, p. 12.

organización durante las distintas tareas encomendadas por el líder, o servir de transporte de la droga desde un lugar de acopio fuera de la población hasta los puntos donde se ubican los vendedores.

Las funciones de “guardadores” o “transportadores” han podido ser identificadas en función del trabajo de seguimiento realizado por el Programa de Persecución Focalizada del Microtráfico a los procedimientos masivos por tráfico de drogas realizados en el país durante el año 2008.

En definitiva, la organización criminal puede quedar descrita de la siguiente manera:



Todas estas funciones nos hablan de una marcada preocupación por compartimentar la actividad de la organización criminal barrial, la que se complementa con otras acciones, por ejemplo, con la preocupación de quienes dirigen la organización por no estar en posesión de droga¹², situación que si bien no impide la labor de persecución en su contra, como lo demuestra la numerosa jurisprudencia en que se ha condenado sin haber sido incautada droga (acorde con lo señalado en el inciso 1° del artículo 3°, o con las figuras de asociación ilícita para el tráfico de drogas, artículo 16°, y la circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal especial de agrupación de delinquentes, 19° letra a), todas normas de la Ley de Drogas), es innegable que ello dificulta enormemente la labor policial tendiente a reunir la prueba necesaria para sustentar la acusación.

A continuación analizaremos la forma en que la labor persecutora ha enfrentado las diversas modalidades organizativas del microtráfico, en especial cuando éstas han buscado burlarla. Citaremos también la manera en que estas activi-

12 Sin perjuicio del objetivo aludido, es innegable que la compartimentación tiene también por fin el evitar la apropiación de la droga o el dinero por otras organizaciones criminales, como también el manejo de información sensible por otros integrantes que no sean sus líderes.

dades son subsumidas en los tipos penales de la Ley de Drogas, y finalmente la forma en que nuestros tribunales han fallado al respecto.

II. La persecución penal y las conductas desplegadas por los imputados en el marco del accionar de una organización barrial dedicada al tráfico urbano de drogas

Población Los Pinos¹³: las funciones de liderazgo de L.C.C.

El caso que presentaremos a continuación está circunscrito a una investigación realizada en la Región de la Araucanía, relativa a una organización dedicada a la internación de droga al país por pasos no habilitados. Si bien el tipo de organización podría no enmarcarse estrictamente en el perfil de aquellas dedicadas al tráfico de drogas en el espacio público de barrios y poblaciones, los hechos probados se encuadran perfectamente en el rol descrito para un líder de aquellas organizaciones de acuerdo a los estudios citados, y constituye un excelente ejemplo de los esfuerzos de su líder por evitar el contacto con la droga, buscando impunidad; y de la forma en que la Fiscalía logra en definitiva acreditar los hechos, y condenarlo.

El ente persecutor¹⁴ sostuvo en la acusación¹⁵ que L.C.C. dirigía una organización criminal dedicada al tráfico de marihuana prensada, la que ingresaba a Chile por pasos fronterizos no habilitados de la Región de la Araucanía, siendo acopiada y almacenada en grandes cantidades en una parcela ubicada en el sector rural de Padre Las Casas y, en cantidades menores, en un segundo domicilio de Temuco, ambos inmuebles pertenecientes a distintos sujetos, todo ello bajo la vigilancia e instrucción directa del mismo¹⁶. Señaló la Fiscalía que: “es un hombre muy hábil, la droga no pasaba por sus manos, se limitaba a dar órdenes”, y que “procuraba estar siempre lejos de la droga, para asegurar su impunidad”.

Agregó el fiscal en su alegato de clausura, que C. con sus conductas facilitaba, inducía y promovía el uso y consumo de droga, tal como se desprendía de los dichos de J.E. y A.S.¹⁷, de la declaración parcial de los imputados, como de las intervenciones telefónicas¹⁸.

13 Comuna de Temuco, Región de la Araucanía.

14 Fiscalía Regional de la Araucanía, fiscal adjunto Alberto Chiffelle.

15 Sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral (TOP) de Temuco, con fecha 08-04-2009, causa RUC 0700853796-2.

16 Segundo considerando.

17 Funcionarios policiales.

18 Sexto considerando.

Que, “los razonamientos expuestos conducen a la conclusión de que los hechos anteriormente referidos configuran, por una parte, el delito tipificado en el inciso 1° del artículo 3° de la Ley N°20.000¹⁹, y la agravante del artículo 19° letra a)”²⁰, figuras por las cuales son condenados por el tribunal.

Se subsume la conducta del imputado en la figura de tráfico en sentido amplio, agravada por su pertenencia a una reunión de delincuentes.

Población La Victoria²¹: las funciones de guardaespaldas de M.V.

A continuación presentaremos un caso que a nuestro juicio resulta paradigmático en el tema que abordamos. Se trata de la causa RUC 0700023109-0, cuya sentencia fue dictada el 29 de septiembre de 2007 por el 6° Tribunal de Juicio Oral (TOP) en lo Penal de San Miguel, contra V.C.G., L.H.A. y M.V.V.

El Ministerio Público²² sostuvo en su acusación que el primer imputado fue sorprendido por funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile realizando una transacción de droga en el inmueble ubicado en la comuna de Pedro Aguirre Cerda, Población La Victoria, Pasaje R., incautándose la droga objeto de este delito, encontrándosele entre sus vestimentas dinero de baja denominación y dos rollos de bolsas nylon. Respecto del segundo imputado, se le incauta droga dosificada en 90 unidades en la habitación que éste ocupaba en el inmueble, lugar donde se encontraba al momento de su detención.

Respecto del imputado M.A.V.V., la Fiscalía sostiene que cumplía la función de vigilar la transacción. En este sentido, y en función del marco referencial propuesto, la función del sujeto se acerca mucho a la de guardaespaldas.

De acuerdo a las declaraciones que prestan los tres funcionarios aprehensores como prueba testimonial, señalan que luego de un período de observación en las proximidades del domicilio, pudieron apreciar que V. V. “se acercaba como captador de clientes y cuando llegaba a efectuarse la transacción de droga, este sujeto cumplía una labor de seguridad, y se mantenía a metros de la puerta de acceso al antejardín para que la transacción de droga saliera con normalidad”²³. La acción se repite seis veces antes durante el período de observación de los policías, y además agrega respecto del mismo imputado: “hacía cobertura con la finalidad que no estuviera la policía o fueran a quitar droga”. Es necesario precisar que al imputado no se le encontraron armas.

19 Undécimo considerando.

20 Decimocuarto considerando.

21 Comuna de Lo Espejo, sector sur de Santiago.

22 Fiscales Orietta Galdames Arancibia y Marcelo Apablaza Véliz.

23 Considerando 4°, letra A, Testimonial, Subcomisario de la Policía de Investigaciones de Chile. Declaran junto a él, otros dos funcionarios.

Además de la prueba citada, la Fiscalía rinde como prueba documental el acta de recepción de los dineros incautados (\$3.000) y los informes del Instituto de Salud Pública de Chile, relativos a la recepción de la droga (61,9 grs. netos de cocaína y cocaína base), y de peligrosidad. Como prueba pericial, incorpora el protocolo de análisis de la misma institución, un set de siete fotografías de las especies y droga incautadas, y como evidencia material los contenedores y un monedero.

La Defensa por su parte, incorpora como prueba dos testigos que intentan desvirtuar los hechos, ambos vecinos del lugar, y que en definitiva señalan que los imputados no se encontraban en las circunstancias declaradas por los policías, ni se dedican a la actividad de tráfico.

Concluye el tribunal en su considerando octavo: “Que habiéndose acreditado la circunstancia que funcionarios de la Policía de Investigaciones encontraron la droga en la cocina y en la habitación del segundo piso del inmueble de Pasaje R... demuestra inequívocamente que se poseía y guardaba clorhidrato de cocaína y pasta base de cocaína en dicho domicilio, sin que se contara con la autorización competente, modalidades de tráfico ilícito de estupefacientes a que se refiere el artículo 3° de la ley 20.000, considerando la cantidad y diversidad de la droga incautada, y al hecho que los funcionarios policiales la hallaron distribuida en un gran número de bolsas o envoltorios como ha quedado establecido; además, encontraron en el inmueble antes referido, bolsas dosificadoras de droga y cintas adhesivas o de embalaje, todo lo cual demuestra el propósito de destinar esta droga a la venta o comercialización. Que en consecuencia, con el mérito de la prueba documental, testimonial, pericial, otros medios de prueba y evidencia material, se ha acreditado y configurado el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, en grado de consumado, previsto en el artículo 3° de la ley 20.000 y sancionado en el inciso primero del artículo 1° de la misma ley”.

Y agrega en su considerando Noveno: “...los tres funcionarios policiales anteriormente individualizados están absolutamente contestes en que se practicó una diligencia de reconocimiento fotográfico, al comprador o consumidor de droga (...) quien reconoció al imputado M.A.V.V. como el sujeto que se encontraba en el frontis del referido inmueble, prestando vigilancia y seguridad en las transacciones de droga, precisando el policía (...) que para estos efectos se le exhibió un set fotográfico”.

En definitiva, el tribunal acoge lo planteado por el Ministerio Público, y subsume la conducta de este “guardaespaldas” en la figura de tráfico del artículo 3° de la Ley de Drogas.

Población Rosita Renard²⁴: las funciones de guardadora de dinero de E.R., y las de transporte de drogas y personas de J.M.

El caso que presentaremos a continuación, fue objeto de la sentencia dictada el 17 de febrero de 2009, por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en la causa RUC: 0700616004-7.

La investigación se centró en una organización que operaba en la población Rosita Renard, la que adquiriría la droga en la Población La Legua y la vendía directamente a consumidores.

La Fiscalía sostuvo en el auto de apertura que a partir de agosto del 2007 se inició una investigación sobre actividades de tráfico ilícito de estupefacientes en la Población Rosita Renard, comuna de Ñuñoa, las que eran desarrolladas por personas pertenecientes a una organización liderada por E.C.R.Z., alias “La Cristina”, y J.A.M.V., alias “El Pelao Montes”, quienes disponían de vendedoras que comercializaban las sustancias estupefacientes en la citada población, individualizadas como P.A.Z.M. y V.E.S.S. Además sostuvo el ente persecutor que E.I.R.Z., estaba encargada de la recaudación y acopio de dineros provenientes de estas actividades ilícitas.

Los hechos anteriormente descritos, a juicio de la Fiscalía, fueron constitutivos de los delitos contemplados en el artículo 3° de la Ley de Drogas en relación al artículo 1° del mismo cuerpo legal y su reglamento, esto es, tráfico ilícito de drogas y asociación ilícita para el tráfico de drogas, previsto y sancionado en el artículo 16° de la misma ley, imputándole a los acusados E.R., J.M., P.Z., R.M. y V.S. participación en calidad de autores, conforme al artículo 15 N°1 del Código Penal, en ambos delitos, en carácter de consumado.

En lo que respecta a E.I.R.Z., participación en calidad de autora, conforme al artículo 15 N°1 del Código Penal, en el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, en carácter de consumado, basado en las funciones de guarda de dinero de la acusada.

En su considerando undécimo²⁵, el tribunal resolvió que conforme al mérito de la prueba rendida, se estableció que “la función que realizaba J.M. era la de transporte, así lo indicaron los funcionarios S. y F., quienes a lo largo de el seguimiento efectuado, pudieron constatar que este acusado realizaba “salidas diarias” en un vehículo de color blanco, placa patente XD-XXXX, desde su domicilio en la comuna de La Florida, hasta la población Rosita Renard, las que eran breves, y que “a los minutos en que se retiraba, empezaba el tráfico de drogas en el sector”.

24 Comuna de Ñuñoa, sector oriente de Santiago.

25 El título de este considerando es: “En cuanto al delito de asociación ilícita. Hechos probados”.

Conforme a lo anterior, el tribunal condena a J.M. como autor del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, y a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de asociación ilícita para dicho tráfico.

Población 18 de Septiembre²⁶: las funciones de guardadora de droga de V.M.

El caso siguiente consta en la sentencia emitida por el Juzgado de Garantía de Talcahuano, dictada el día 16 de abril de 2009, en la causa RUC 0700350845-K.

El Ministerio Público²⁷ efectuó acusación verbal por el delito de asociación ilícita para el tráfico ilícito de drogas, descrito y sancionado en el artículo 16 N°2 de la Ley 20.000, en contra de V.E.M.S., en el marco de los antecedentes recolectados en la investigación realizada “tendiente a establecer la identidad de los principales proveedores de droga de la intercomuna Hualpén, Talcahuano y Concepción. En tal contexto, se estableció la existencia de una organización criminal en la Población 18 de Septiembre de la comuna de Hualpén, cuyo líder era don Y.E.A.G.”.

El tribunal, en mérito de la prueba rendida, que incluyen escuchas telefónicas e incautación de 12,336 kilos de pasta base de cocaína y 1 kilo de clorhidrato de cocaína, dio por acreditado que “doña V.E.M.S., desde su domicilio ubicado en Pasaje E..., de la Población 18 de Septiembre de la comuna de Hualpén, recaudaba los dineros y efectuaba también los contactos para la comercialización de la droga, siendo guardadora de la misma, ocupándose de los lugares destinados para su ocultación, recibiendo la droga ya dosificada que le entregaba M.N., quien a su vez la retiraba desde el mismo inmueble”.

Concluye el sentenciador que los hechos configuran el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, descrito y sancionado en el artículo 16 N°2 de la Ley N°20.000, “toda vez que la acusada prestaba su colaboración para la consecución de los fines de la organización de la que formaba parte y que se dedicaba al tráfico ilícito de drogas”, y que en concreto consistía en recaudar los dineros producto de la actividad de tráfico, guardar la droga y entregarla a quién le indicara quien dirigía la organización, como se desprendía de las escuchas incorporadas como prueba.

26 Comuna de Hualpén, Región del Bío-Bío.

27 Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Talcahuano, Andrés Cruz Carrasco.

III. Conclusiones

Los casos presentados para ilustrar la forma en que las figuras típicas comprendidas en la Ley de Drogas pueden subsumir las distintas conductas desplegadas por los miembros de las organizaciones dedicadas al microtráfico, y la comparación de estos tipos penales con las conductas descritas en nuestro marco referencial, nos permiten constatar los siguientes aspectos.

Primero, que en virtud del actual grado de desarrollo de la organización delictual ligada al microtráfico, la figura de la asociación ilícita para el tráfico de drogas cobra una creciente importancia en su persecución penal, puesto que permite subsumir las distintas y variadas funciones de sus integrantes.

Segundo, posee también una significativa importancia para la adecuada persecución a estas organizaciones barriales la aplicación del inciso 1° del artículo 3° de la Ley de Drogas, que consagra la figura de tráfico en sentido amplio, y en especial los verbos rectores “induzcan, promuevan o faciliten”, en conjunto con la aplicación de la agravante del artículo 19° letra a), referida a la reunión de delincuentes; puesto que la figura de tráfico en su sentido amplio permite perseguir un espectro más extenso de funciones en la organización criminal, y la circunstancia agravante aludida, castigar con mayor severidad a quienes se organizan de esta forma, sin perjuicio de considerar que de acuerdo al diagnóstico citado en el presente artículo, la asociación ilícita empieza a constituir la regla general en la forma organizativa que hoy adopta este tipo de delincuencia.

Por último, y sin perjuicio de lo anterior, la recolección de la prueba para sustentar una acusación contra sujetos que utilizan numerosos testaferros para compartimentar las distintas actividades de las organizaciones que dirigen, introduce una dificultad muy superior a la prevista por el legislador cuando introdujo la técnica del agente revelador como herramienta investigativa privilegiada para la persecución del microtráfico, pues de acuerdo a lo examinado en el presente artículo, hoy esta técnica sólo permitiría penetrar el anillo más externo de estas organizaciones –fundamentalmente soldados y pilotos– el que constituye el eslabón más sacrificable y con mayores posibilidades de regeneración en estas organizaciones.

EL COMISO Y LOS TERCEROS

Alejandra Vera Azócar¹

I. Introducción

En la actualidad, ya no es posible centrarnos únicamente en un derecho penal clásico, del prototipo del homicidio de un hombre por otro o de una delincuencia asociada al hurto y al robo, sino por el contrario, es preciso atender cada vez más a un derecho penal moderno o también llamado derecho penal de la globalización², que responde al paradigma de una criminalidad que pretende el lucro económico a gran escala, impulsándose desde estructuras complejas y desde organizaciones criminales de gran potencialidad lesiva. Es por ello, que se hace urgente la instauración de mecanismos eficaces de prevención y represión de aquellas organizaciones criminales, debiendo orientarse la política criminal, a la destrucción del poder económico de ellas.

En este sentido, uno de los temas más complejos en nuestra sociedad ha sido y sigue siendo el tráfico ilícito de estupefacientes, fenómeno que afecta a los más variados ámbitos, culturales, morales, políticos y económicos. Siendo de público conocimiento que este tipo de ilícitos constituye, en el presente, una de las actividades más lucrativas, produciéndose por consiguiente, que alguno de sus cabecillas estén o hayan estado entre los hombres más acaudalados del mundo, y así lo han demostrado dos revistas norteamericanas, “Fortune” y “Forbes”, las cuales han ubicado a dos narcotraficantes colombianos entre los quince hombres más ricos del mundo. De esta manera, se ha sostenido que las organizaciones ilícitas dedicadas al narcotráfico, especialmente las de América Latina, controlan y manejan recursos que superan ampliamente los presupuestos nacionales de algunos países.

Es así como, hoy por hoy, cada vez más, la comunidad adquiere la convicción de que tras las conductas delictivas relacionadas al mundo de la droga, no existe sino la realización de un gran negocio económico, capaz de desestabilizar no sólo a la economía, sino también de corromper los sistemas políticos y judiciales de algunos países. Es por ello que, en diversas resoluciones de las Naciones Unidas, se ha calificado al narcotráfico y al consumo de drogas como un problema urgente y de máxima prioridad, enfatizándose que estos fenómenos constituyen un peligro para el desarrollo económico y social de los

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

2 Como lo denomina CHOCLÁN MONTALVO J.A. El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancia. Editorial Dykinson, Madrid-España 2001, p. 15.

pueblos; la salud pública; y el bienestar físico y moral, con especial incidencia en la juventud³.

La tarea, por tanto, va encaminada a la reducción y eliminación de los beneficios económicos obtenidos a través de esta actividad criminal, entendiendo que una lucha eficaz contra la delincuencia está directamente supeditada a una regulación efectiva de una de las mayores herramientas de que dispone el ordenamiento jurídico para atacar el patrimonio de destino u origen criminal⁴, esto es, el comiso.

Es por ello, que el comiso ha pasado a ser un instrumento necesario y eficaz en la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, al hacerse imperativo afectar el patrimonio ilícitamente obtenido.

3 En este sentido destacan las siguientes: resolución A/RES/47/102 (Naciones Unidas. “Lucha internacional contra el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas.”, 26 de abril de 1993), la cual señala que “...la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas siguen poniendo en grave peligro los sistemas socioeconómicos y políticos, y la estabilidad, la seguridad nacional y la soberanía de un número cada vez mayor de Estados...”; resolución A/RES/S-20/3 (Naciones Unidas. Aprueba la Declaración sobre los principios rectores de la reducción de la demanda de drogas. 8 de septiembre de 1998), que en el numeral 1 de su anexo expresa “todos los países se ven afectados por las consecuencias devastadoras del uso indebido y el tráfico ilícito de drogas: perjuicios para la salud; una ola de delincuencia, violencia y corrupción; la sangría de recursos humanos, naturales y financieros que en otras circunstancias habrían estado al servicio del desarrollo social y económico...”; resolución A/RES/53/115 (Naciones Unidas. “Cooperación Internacional contra el problema mundial de las drogas.”, 1 de febrero de 1999), en la cual, la Asamblea General observa “con grave preocupación que, pese a los redoblados esfuerzos de los Estados, las organizaciones internacionales competentes, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales, se registra una expansión del problema de las drogas a escala mundial que pone en grave peligro la salud, la seguridad y el bienestar de toda la humanidad, en particular de los jóvenes, en todos los países, socava el desarrollo, la estabilidad socioeconómica y política y las instituciones democráticas, entraña un costo económico cada vez mayor a los gobiernos...”. En este orden de ideas, es indispensable subrayar además, lo preceptuado por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, que en su parte introductoria señala que “las Partes en la presente Convención, profundamente preocupadas por la magnitud y tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad...Reconociendo también que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad...”.

4 Consideramos forzoso diferenciar ambos conceptos, entendiendo al patrimonio de origen criminal, como el conjunto de bienes adquiridos con el producto del hecho ilícito, mientras que con el patrimonio de destino nos referimos al conjunto de bienes que, habiendo sido adquiridos de manera lícita, son consignados o utilizados para la comisión de hechos punibles.

II. Concepto

El comiso, es sin duda, uno de aquellos asuntos a los cuales se les ha dedicado menor atención, tanto en nuestra legislación interna como en el derecho comparado. En particular, en nuestro ordenamiento jurídico, esta despreocupación se ha traducido en la insuficiencia de estudios dogmáticos referentes al tema y en la escasa regulación que hace nuestra legislación penal sustantiva de la materia. Prueba de ello es que incluso el Código Penal se refiere escasamente a esta medida, en tan sólo dos artículos.

Ahora bien, como la aplicación de esta institución se ha hecho frecuente y relevante en ciertos delitos, ha sido también necesaria su regulación en leyes especiales, como la Ley de Aduanas, la Ley de Alcoholes, la Ley de Control de Armas, la Ley de Abusos de Publicidad y en la Ley que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Es en esta última en donde la figura del comiso ha adquirido una connotación con singular impacto, debido a la complejidad que en nuestra época reviste el llamado negocio de las drogas.

Al aproximarnos a establecer un concepto de comiso, es trascendental hacer la distinción entre éste y la confiscación, términos que en la práctica han resultado para la mayoría confusos y análogos, coincidiendo todas las áreas que estamos en presencia de penas accesorias. De esta forma, confiscar, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es penar con privación de bienes, que son asumidos por el Fisco, entendiéndose en este caso, que se trata de la privación de todos los bienes de una persona y no sólo de algunos, como ocurre con el comiso⁵.

El decomiso, que deriva del latín *commisum* es, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, una pena accesoria a la principal, que consiste en la privación definitiva de los instrumentos y del producto del delito o falta. En nuestro derecho, el comiso, es una medida similar a la confiscación, consistente en privar a una persona de sus bienes, pero aplicable sólo limitadamente a aquellos que han sido empleados en la preparación o comisión del delito (*instrumenta scaeleris*), o que han sido producidos directamente por el delito (*producta scaeleris* o efectos del delito). Como nuestro ordenamiento jurídico no contempla una definición cabal de lo que debe entenderse por comiso, es necesario recurrir a la ilustración de los autores. En este sentido,

5 La pena de confiscación está establecida en el artículo 19, N°7, letra G, de la Constitución Política, el cual prescribe que “no podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas”. Esta dificultosa redacción del constituyente para regular la prohibición de la pena de confiscación en Chile, es una de las pocas en occidente, que admite la aplicación de la pena de confiscación respecto de las asociaciones ilícitas.

Silvina Bacigalupo, en su libro “Ganancias Ilícitas y Derecho Penal”⁶, nos proporciona una noción de comiso, señalando que éste es la confiscación de una cosa que proviene de un delito o ha sido utilizada para su ejecución, privando de ella a su titular o detentador para ser adjudicada al Estado. La mayoría de los códigos lo consideran una pena y, generalmente, una pena accesoria, excepcionalmente se le ha considerado una medida de seguridad.

Nuestro Código Penal se refiere al comiso en los artículos 21 y 31. El artículo 21 incluye al comiso, conjuntamente con la multa, como una de las penas comunes a las penas de crímenes, simples delitos y faltas y lo define escuetamente como la pérdida de los instrumentos o efectos del delito. Por ello es necesario aplicar, también, para el mejor entendimiento de esta medida, el mencionado artículo 31, que constituye la regla general en materia de comiso en nuestra legislación⁷, al disponer que “toda pena que se imponga por un crimen o simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito”. Estos artículos, aplicándolos armónicamente, nos llevan a concluir que el comiso es la pérdida de los efectos que provengan de un delito o falta y de los instrumentos con que el mismo se ejecutó, impuesta al responsable en la correspondiente sentencia condenatoria que pone término al juicio.

Estamos de acuerdo con lo sostenido por don José Antonio Choclán⁸ en lo relativo a que el comiso supone una restricción del derecho de propiedad, por el interés social de corregir las situaciones patrimoniales ilícitas y prevenir la comisión de futuros hechos punibles mediante la utilización ilícita del patrimonio. En el comiso de los instrumentos del delito existe un interés social, de naturaleza preventivo-general, consistente en poner de manifiesto a la comunidad que el dominio puede perderse cuando es utilizado con fines ilícitos.

III. Constitucionalidad del comiso

La Constitución Política de la República de Chile, en su artículo 19 N°24, asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clases de bienes corporales e incorporales, en la medida en que haya sido adquirida en virtud de los modos que establece la ley y cumpla con las

6 SILVINA BACIGALUPO. *Ganancias Ilícitas y Derecho Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid-España 2002.

7 El origen de esta norma, deriva del artículo 59 del Código Penal español de 1850, que establecía que “toda pena que se imponga por un delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecute. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero, no responsable del delito”.

8 CHOCLÁN MONTALVO J.A. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancia*. Editorial Dykinson, Madrid-España 2001.

obligaciones que derivan de la función social de la propiedad. Declarando en su inciso segundo que la ley puede establecer limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad, la que comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Asimismo, en el inciso tercero, nuestra Carta Fundamental, asegura que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública. A su vez, el artículo 19 N°7, letra g, establece que no podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas.

De acuerdo con estas normas constitucionales, nuestro ordenamiento jurídico admite la privación del dominio, en beneficio del Estado, respecto de bienes que hayan sido adquiridos de manera ilícita o que hayan sido utilizados o sean fruto de la comisión de un hecho ilícito.

A mayor abundamiento, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, ratificada por Chile y publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto del año 1990, incorpora válidamente en nuestra legislación, en virtud del artículo 5 de la Constitución, normas regulatorias del comiso.

Esta Convención, en su artículo 5, señala que “cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto; b) De estupefacientes y sustancias sicotrópicas, los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3”. Asimismo, en virtud del numeral 9 del artículo 5 de la Convención, se establece que “nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas que en él se prevén serán definidas y aplicadas de conformidad con el derecho interno de cada una de las Partes, y con arreglo a lo dispuesto en él”, dejando de esta manera al legislador nacional la regulación de las situaciones en que es posible aplicar el comiso y el procedimiento por medio del cual éste puede ser declarado, siendo menester que la declaración del comiso sea efectuada con arreglo a la ley y mediante sentencia judicial.

De esta forma, la figura del comiso está ampliamente reconocida y aceptada, tanto por nuestra legislación interna (que, con la concurrencia de establecidos presupuestos requeridos legalmente reconoce como constitucionalmente legítima la privación de determinados derechos cuando se persiga la satisfacción

de un interés público, sin que se verifique contraprestación a favor del titular por la privación de su dominio); como por el derecho internacional, con la clara decisión de privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito, del producto de sus actividades delictivas y de los instrumentos destinados a ello, “consistiendo precisamente en ello la sanción que supone el comiso como medida de naturaleza penal, como consecuencia accesoria que, en realidad, encubre una pena patrimonial”⁹.

IV. El comiso en la Ley de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

La Ley N°20.000, publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero del año 2005, que sustituye a la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, regula el comiso en sus artículos 45 y 46, siendo factible realizar al respecto, la siguiente distinción:

- Comiso de los bienes que han sido instrumentos del delito (*instrumentum sceleris*), “...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 instrumento que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de cualquiera de los delitos penados en esta ley...como, asimismo, todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos”¹⁰. Este, en conformidad a lo expresado por Choclán Montalvo¹¹, es un comiso de seguridad, que tiene como objetivo la prevención de determinados riesgos, como puede ser, su posible utilización para la comisión futura de hechos punibles, sancionándose la creación de un riesgo desaprobado, intentando con ello, prevenir a la comunidad de los riesgos de la posible utilización peligrosa del bien. Asimismo, este comiso es un caso de medida *ad personam*, dirigida a contrarrestar la peligrosidad del sujeto, no de la cosa.
- Comiso de los objetos producidos por el delito (*producta sceleris*), y las utilidades de éste, “...caerán especialmente en comiso... los efectos que de ellos provengan y las utilidades que hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, o las transformaciones que hubieren experimentado...”. La privación de las ganancias, por ejemplo, de la venta de la droga, persigue fines preventivos tanto especiales como

9 *Ibíd*, p. 78.

10 Artículo 45, Ley N°20.000.

11 CHOCLÁN MONTALVO J.A. El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancia. Editorial Dykinson, Madrid-España 2001.

generales¹² y responde fundamentalmente a la necesidad de restablecer el orden económico.

En la actualidad, el criterio adoptado por nuestros Tribunales relativo a la pérdida de los instrumentos del delito, apunta a que el comiso no sólo ha sido utilizado por su connotación preventivo-especial, sino también por su fundamento preventivo-general, por cuanto la pérdida de la propiedad de un bien que ha sido destinado a la comisión de un hecho punible, siembra en la conciencia colectiva de la comunidad, el conocimiento de que puede perderse la propiedad de un bien, cuando éste es utilizado para pretensiones ilícitas.

Especies susceptibles de ser decomisadas

La Ley de Drogas señala como bienes que pueden ser objeto de incautación a los siguientes:

- a) Los instrumentos, objetos de cualquier clase y efectos que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso. Estas especies incautadas podrán ser destinadas a una institución que tenga como objetivo la prevención del consumo indebido, el tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción, o el control del tráfico ilegal de estupefacientes. Así lo regula el artículo 40 de la Ley N°20.000, expresando 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 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, 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...”.
- b) Las armas, incautación que se rige por la Ley N°17.798 sobre Control de Armas.
- c) Dineros. Estos deben ser depositados en el Banco del Estado de Chile, en cuentas o valores reajustables. Si, en definitiva, son decomisados, ingresarán

12 Recordemos que la teoría de la prevención general de la pena, tiene como criterio legitimante la utilidad social de la pena, imponiéndose ésta con el fin de prevenir nuevos hechos delictivos, cumpliendo un efecto intimidatorio en la generalidad. En la teoría de la prevención especial o individual de la pena, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para evitar que reitere nuevos delitos, ya sea educándolo, mejorándolo o siquiera desanimándolo de la idea de volver a cometer ilícitos.

a un fondo especial del Ministerio del Interior, con el objeto de ser utilizados en programas de prevención de consumo de drogas, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción.

- d) Ciertos inmuebles y frutos pendientes de los mismos. En este punto, y al tenor de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 40 de la Ley N° 20.000, la incautación puede recaer sobre:
- Establecimientos industriales o mercantiles.
 - Sementeras y plantíos.
 - Frutos y rentas de los inmuebles.
- En estas situaciones, el tribunal procede, a solicitud del Ministerio Público, a la designación de un administrador provisional, quien deberá rendir cuenta de su gestión a éste último, a lo menos trimestralmente, acerca de los bienes incautados.
- e) Bienes raíces, muebles, dinero, efectos de comercio, valores mobiliarios y en general, todo instrumento que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de cualquiera de los delitos penados en la Ley N° 20.000, los efectos que de ellos provengan y las utilidades que hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica o las transformaciones que hubieren experimentado.
- f) Todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos.
- g) Precursores o sustancias químicas esenciales, elementos, materiales, equipos e instrumentos usados o destinados a ser utilizados, en cualquier forma, para cometer alguno de los delitos sancionado por la Ley de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

Los bienes decomisados, en conformidad al artículo 46 de la Ley N° 20.000, “serán enajenados en subasta pública por la Dirección General del Crédito Prendario, la que podrá, además, ordenar su destrucción, si carecieren de valor. El producto de la enajenación de los bienes y valores decomisados y los dineros en tal situación ingresarán a un fondo especial del Ministerio del Interior, con el objetivo de ser utilizados en programas de prevención del consumo de drogas, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción”.

V. El comiso frente a terceros

Por el principio de culpabilidad, el comiso sólo puede imponerse al sujeto responsable del ilícito penal, y por ello, sólo respecto de los instrumentos de su propiedad. De allí que no pueden ser decomisados los instrumentos del delito, que aún habiendo sido utilizados para la comisión del mismo, pertenecieran

a un tercero no responsable de la infracción penal. Así lo regula el artículo 45 de la Ley N°20.000, señalando que “sin perjuicio de las reglas generales, caerán especialmente en comiso...todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos”. Al emplear la expresión “a sabiendas”, se entiende que el legislador exige dolo, por lo que no constituirá una consecuencia inmediata, sino que deberá ser probada, con el objetivo de no vulnerar la prohibición constitucional del comiso como pena. Esta idea se confirma al observar la historia fidedigna de la ley, pues en la discusión de la iniciativa, el Informe de la Comisión Especial del Problema de la Droga en Chile, da cuenta de la eliminación de la frase “o no pudiendo menos de saber”¹³.

De este modo, la incautación de bienes de terceros no es la consecuencia directa y necesaria de encontrarse en poder de los autores del delito, sino que, por el contrario, la sanción se aplica a un tercero que, sabiendo la finalidad de la utilización, ha facilitado un medio para la comisión del hecho punible. Requiriéndose, en consecuencia, para que opere el comiso frente a terceros, de presupuestos muy estrictos, asociados principalmente a una conducta reprochable de éstos.

Actualmente, en este punto, nos encontramos ante una compleja problemática, que aún no ha logrado zanjarse en nuestra realidad jurídica, relativa a cuándo cabe efectivamente el comiso frente a terceros. Buscando una respuesta a este escenario, es menester comenzar analizando diversas situaciones.

La primera hipótesis y en la cual no existe discusión, es en el caso de que los bienes decomisables sean, al tiempo de perpetrarse el ilícito, de propiedad del autor o partícipe y el tercero los haya adquirido con posterioridad. Lo primero a considerar es determinar si la adquisición ha sido de buena o mala fe, es decir, ignorando o no las circunstancias que permiten la aplicación del comiso. Si está de mala fe, por ejemplo, adquiere el vehículo conociendo que fue destinado al tráfico de drogas, es probable que el tercero incurra en el delito de receptación, pudiendo verse afectados dichos bienes por la medida. Por lo tanto, en esta situación, se debe limitar el comiso a los casos en que los bienes hayan sido adquiridos de manera reprochable por el tercero, conociendo éste las circunstancias que dieron lugar a ello. En este punto se debe tener en consideración que será necesario probar la mala fe en la adquisición del tercero, por cuanto nuestro Código Civil presume la buena fe, debiendo probarse la mala fe por quien la alegue.

13 Los señores Horvath, Pérez, Correa, Leblanc y Reyes, fueron quienes formularon la indicación de eliminar la frase “o no pudiendo menos de saber”, la que se aprobó por unanimidad, al estimarse que ella representaba un criterio complejo, subjetivo en su tipificación e incluso -se dijo- podría acarrear problemas de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, debemos analizar qué ocurre con el comiso cuando los bienes pertenecen a un tercero en el momento del ilícito, para ello, es procedente distinguir diversas situaciones:

- a) Si el hecho punible fue desconocido por el titular del bien, no puede formularse ningún reproche, no pudiendo éste verse afectado por el comiso.
- b) Al contrario, si ha concurrido dolo por parte del titular de los bienes, es decir, ha aportado el bien de que se trata para favorecer el ilícito, existiría responsabilidad penal, en cuanto favoreció el hecho, poniendo a disposición del autor el instrumento del delito.
- c) En el derecho comparado, especialmente en Alemania y Reino Unido¹⁴, se extiende el comiso frente a tercero cuando ha contribuido de forma imprudente al hecho punible, es decir, ha facilitado el hecho al haberse utilizado el instrumento por el autor, como consecuencia de la omisión de los deberes de control del bien que le incumbían a este tercero.

En nuestra legislación no es posible decomisar objetos del tercero no responsable cuando su propietario haya cooperado negligentemente a la utilización del objeto en la comisión del hecho punible, v. gr., una persona pone a disposición de otra su vehículo, pese a que era previsible su utilización para el comercio de drogas o ha omitido el cuidado debido en el control de éste. Ello no será factible por el principio de legalidad y por el propio artículo 45 de la Ley 20.000, que impone como requisito para que opere el comiso frente a tercero que éste haya actuado a sabiendas del destino y origen de los bienes, con lo que descartamos la ampliación del comiso a los casos de comportamiento culposo o imprudente del tercero, limitándose la medida a la concurrencia de dolo.

De esta forma, 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.

Derechos reales y el Comiso

Puede darse el caso de que exista una copropiedad de la cosa, en este sentido, si alguno o algunos de los copropietarios no tienen responsabilidad en el delito, no es posible decomisar la cosa corporal, salvo que se den los presupuestos para el comiso frente a tercero. A su vez, la ley no exige el dominio exclusivo del bien decomisible, por lo que es factible el comiso de la cuota que tenga

14 Legislación en la cual destaca el caso en el que la compañía aérea Air Canada debió desembolsar una enorme cantidad para liberar el embargo de un avión que había sido utilizado para el transporte, mediante el equipaje, de una gran cantidad de droga, habiendo omitido la Compañía, fundamentales controles de seguridad.

el imputado o el tercero en la copropiedad, por cuanto nuestro Código Civil recoge un sistema basado en la concepción clásica del derecho de copropiedad, inspirada en el derecho romano, en virtud de la cual, cada copropietario tiene una cuota o parte (alícuota) que es abstracta o ideal, teniendo un derecho de dominio pleno y absoluto sobre ella, siendo los copropietarios en su conjunto, dueños de la cosa misma.

También cabe el comiso de la nuda propiedad, pero respetándose los derechos del usufructuario, ya que el usufructo es un derecho real limitativo del dominio que mantiene en el nudo propietario la facultad de disposición, pero desprovista del uso y goce de la cosa. Esta afirmación relativa a la aplicación del comiso en la nuda propiedad se ratifica por el hecho de permitirle el legislador al nudo propietario diversas actuaciones, tales como ejercer acciones reivindicatorias y posesorias, enajenar la nuda propiedad, hipotecarla, transmitirla y, por lo tanto, con mayor razón perderla, si ésta proviene de un delito o ha sido utilizada para su ejecución.

Obligaciones sujetas a modalidad y el Comiso

En los casos de una obligación sujeta a modalidad, el comiso recaerá sobre el correspondiente derecho condicional, pues reconoce el legislador en este tipo de obligaciones la existencia de un germen de derecho, que aún mientras pende la condición, otorga facultades como la de impetrar durante dicho intervalo las providencias conservativas necesarias, siendo factible solicitar medidas precautorias que cautelen el derecho futuro y eventual. Luego y en virtud de dichas facultades, se acentúa con mayor razón la aplicación de la medida del comiso sobre el derecho condicional.

Publicidad de los actos de incautación

El inconveniente surgido en esta materia dice relación con la posibilidad de que el tercero no tenga conocimiento del procedimiento penal en el cual se ordenó la incautación y posterior comiso de un bien de su propiedad.

A este respecto, el artículo 27 de la Ley N°20.000, faculta al Ministerio Público para que, en la etapa investigativa, antes de la formalización de la investigación, previa autorización del Juez de Garantía, pueda recoger e incautar evidencia, incluso sin necesidad de comunicación previa al afectado. Por lo que, si se contempla esta norma relativa al imputado, con mayor razón habrá de permitirse la incautación respecto de terceros ajenos al procedimiento, sin necesidad de comunicación previa a éstos.

Asimismo, el artículo 38 del mismo cuerpo normativo, señala que “la investigación de los delitos a que se refiere esta ley será siempre secreta para los terce-

ros ajenos al procedimiento...”, estableciendo el secreto de las investigaciones relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

En virtud de las señaladas disposiciones, es factible que, hasta cierto punto de la investigación, no se dé publicidad a los actos de incautación, (v.gr. en el caso de un vehículo, mediante su inscripción en el registro de vehículos motorizados del Registro Civil), porque ello podría afectar determinadas diligencias investigativas que se lleven a cabo, justificándose estas medidas en que, como sabemos, el *ius puniendi* del Estado prevalece sobre derechos tanto o más importantes que el de propiedad.

Notificación a los terceros

Esta materia constituye en la actualidad una absoluta laguna en nuestra legislación, ya que no se contempla una norma expresa que señale a quién le corresponderá notificar al tercero afectado por el comiso de un bien de su propiedad. Debido a ello, y en conformidad a los lineamientos fundamentales que rigen nuestro proceso penal, es posible adoptar la siguiente postura:

No será labor del Ministerio Público la notificación del tercero.

En primer lugar, en nuestro sistema procesal penal, no existe norma alguna que disponga que será obligación del Ministerio Público, para proceder al comiso, la notificación de éste al tercero afectado, inclusive, de considerarlo así, conllevaría un sin número de problemas en la práctica.

En segundo lugar, los artículos 1 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público¹⁵ y 83 de la Constitución Política de la República, señalan que el Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, sin que pueda, en caso alguno, ejercer funciones jurisdiccionales.

De lo expresado se desprende que es tarea del Ministerio Público efectuar indagaciones y actuaciones dirigidas a la persecución penal. Para dicho objetivo, una de las herramientas fundamentales con que cuenta, es el comiso, siendo únicamente (y referente a esta materia), obligación del ente persecutor, la incautación de todo instrumento que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de un delito, para solicitar posteriormente, en la oportunidad procesal respectiva, el comiso de ellos al Tribunal. Por lo tanto, es el propio Tribunal quien finalmente resuelve acerca de la procedencia o no de la medida, pudiendo perfectamente abstenerse de imponer el comiso en la sentencia, si es que a su juicio no existieren antecedentes suficientes, más allá de toda duda razonable, que permitan la aplicación de éste. Dicha resolución,

15 Ley N°19.640.

como mencionamos, corresponde únicamente al Tribunal, escapando ello del ámbito del Ministerio Público, a quien le está constitucionalmente prohibido ejercer facultades jurisdiccionales.

Redundando, será el órgano jurisdiccional quien resolverá en definitiva si procede o no el comiso, de acuerdo a los antecedentes proporcionados por el Ministerio Público, por lo tanto, el tercero afectado con la medida sólo podrá dirigirse a efectuar sus reclamaciones ante el respectivo Tribunal que decretó el comiso y no ante el órgano persecutor, quien sólo propone, pero no dispone.

En tercer lugar, y de acuerdo a lo señalado, no existe en nuestro sistema procesal norma alguna que obligue al Ministerio Público a efectuar o solicitar notificaciones al tercero que ha sufrido el comiso de un bien de su propiedad, por el contrario, esta diligencia escapa absolutamente de sus funciones y de los principios regulados en el ordenamiento jurídico, los cuales giran en torno a los intervinientes en el proceso penal, señalados expresamente por el artículo 12 del Código Procesal Penal, enumeración en la cual, no se contempla a un tercero.

En conclusión, quedará a la discrecionalidad del Ministerio Público, en conformidad a los antecedentes que arrojan la investigación, la determinación de si solicita al Tribunal la notificación del tercero, o si a su juicio ello no es fundamental para la continuidad del procedimiento.

VI. La acción civil. Tercerías

Es posible distinguir dos tipos de acciones civiles en materia penal, las cuales están reguladas en los artículos 59 y siguientes del Código Procesal Penal. Éstas son, la restitutoria, que tiene como única finalidad recuperar la o las cosas objeto material del delito respectivo o los instrumentos destinados a cometerlos; y la indemnizatoria, que corresponde ejercer a la víctima para obtener la reparación de los perjuicios sufridos, que no consistan en la simple restitución del objeto reclamado.

Acción civil indemnizatoria

Para el ejercicio de la acción civil indemnizatoria se le ha dado una evidente preferencia a la víctima al permitirle a ésta optar por deducir todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir responsabilidades civiles durante la tramitación del procedimiento penal, o ejercer esas acciones civiles ante el tribunal civil correspondiente. Los terceros no pueden interponer estas acciones en sede penal y deberán plantearse ante el tribunal civil.

Acción civil restitutoria y Tercerías

La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, debe interponerse siempre durante el respectivo procedimiento penal. De ello debe entenderse que, en lo referente a la restitución de los objetos recogidos o incautados, existe disposición expresa, contemplada en el artículo 189 del Código Procesal Penal, el cual señala que “las reclamaciones o tercerías que los intervinientes o terceros entablaren durante la investigación con el fin de obtener la restitución de objetos recogidos o incautados se tramitarán ante el juez de garantía...”, en virtud de esta norma, debe tenerse presente que toda solicitud por parte de los intervinientes o de algún tercero en torno a la restitución de las especies incautadas, debe presentarse ante el juez de garantía, otorgándosele tramitación incidental y no efectuándose la devolución de éstos, sino hasta después de concluido el procedimiento, sólo contemplándose como excepción la restitución en cualquier estado del procedimiento de las cosas hurtadas, robadas o estafadas, tal como lo señala la norma, “...la resolución que recayere en el artículo así tramitado se limitará a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de éstos sino hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el tribunal considerare innecesaria su conservación. Lo dispuesto en el inciso precedente no se extenderá a las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las cuales se entregarán al dueño o legítimo tenedor en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio o tenencia por cualquier medio y establecido su valor”.

Oportunidad

En el procedimiento penal debe interponerse la demanda civil en la oportunidad prevista en el artículo 261 del Código Procesal Penal, esto es, hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, cumpliendo los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Con posterioridad a la formalización de la investigación, la víctima puede preparar la demanda civil, solicitando la práctica de diligencias que considere necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de su demanda. Asimismo, se puede asegurar el resultado de la demanda civil, solicitando alguna de las medidas cautelares reales, previstas en el artículo 157 del Código Procesal Penal.

Prueba de las acciones civiles

En esta materia rige el artículo 324 del Código Procesal Penal, el cual dispone que para probar las acciones civiles en el procedimiento criminal se atenderá a las normas civiles, en cuanto a la determinación de la parte que debiere probar,

y a las disposiciones del Código Procesal Penal, en cuanto a la procedencia, oportunidad, forma de rendirla y apreciación de su fuerza probatoria. Lo señalado se aplica también a las cuestiones prejudiciales civiles de las que deba conocer el tribunal con competencia criminal.

En cuanto a las cuestiones prejudiciales civiles que sean de conocimiento de un tribunal que no tenga competencia criminal, el procedimiento penal se suspende hasta que dicha cuestión se resuelva por sentencia firme.

VII. Comiso de bienes afectos a algún gravamen

Otro de los temas que ha ocasionado conflicto, debido a la escasa normativa existente, es el que dice relación con: ¿qué ocurre si el bien decomisado está sujeto a algún gravamen, por ejemplo, prenda o hipoteca? En este evento, ¿quién tendrá preferencia, los acreedores prendarios o hipotecarios o el Estado?

En la práctica ha ocurrido que algunos imputados, habiendo adquirido vehículos nuevos a través de créditos automotrices, y que posteriormente son condenados, ordenándose el comiso del vehículo, dejan de pagar las cuotas correspondientes, por lo cual la institución respectiva podrá iniciar un procedimiento ejecutivo en sede civil y con el mandamiento de ejecución y embargo recurrir al Juzgado de Garantía, solicitando la restitución del vehículo, para su remate y posterior pago del crédito.

En esta situación, reiteramos la norma contenida en el artículo 189 del Código Procesal Penal, la cual es expresa en señalar que los terceros pueden solicitar la devolución de las especies incautadas, mediante reclamaciones o tercerías, ante el Juzgado de Garantía y la resolución que recayere se limitará a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de éstos, sino hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el tribunal considere innecesaria su conservación. A raíz de lo expuesto, el tribunal, durante el procedimiento se limitará a reconocer a los acreedores prendarios o hipotecarios, la existencia de un derecho real sobre los bienes.

En este orden de ideas, y a raíz de las confusiones acerca de la procedencia o improcedencia del comiso de este tipo de bienes, debemos recordar uno de los aforismos más conocidos en nuestra disciplina, cual es, “el que puede lo más, puede lo menos”, por lo tanto, si con la medida del comiso es posible afectar el derecho de propiedad (que es el más amplio señorío que se pueda tener sobre una cosa), con mayor razón podrán afectarse derechos reales de acreedores prendarios o hipotecarios.

Prelación de créditos en el comiso

Es imprescindible tener presente que no corresponderá la restitución de las especies decomisadas a los terceros acreedores para que éstos puedan pagarse

con el producto del remate, en sede civil, hayan o no iniciado el respectivo procedimiento ejecutivo, porque (a riesgo de sonar redundante, pero asumiéndolo para dar claridad al tema) el Código Procesal Penal es expreso en señalar que no se efectuará la devolución de las especies, sino hasta después de concluido el procedimiento.

A mayor abundamiento, los acreedores prendarios o hipotecario, no quedan desprotegidos jurídicamente, sino por el contrario, les asisten de manera indemne los mismos derechos que hubiesen tenido de no mediar el comiso, ya que una vez que éste haya sido decretado por sentencia judicial, se producirá su remate en pública subasta, en la cual gozarán de la preferencia correspondiente, de acuerdo a los artículos 2471 y siguientes del Código Civil, asistiéndoles además el mal llamado derecho de prenda general de los acreedores¹⁶, contemplado en el artículo 2465 del Código Civil, derecho que no se ve privado por la constitución de garantías reales.

En torno a este tema advertimos que, desafortunadamente, no se contempla dentro de las normas relativas a la prelación de créditos al Estado como causa de preferencia, existiendo en la actualidad un vacío al respecto. Esta situación nos obliga cuestionar la posibilidad de subsumir este crédito en la primera clase de créditos que gozan de privilegio, dentro de las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores, al no existir ninguna otra figura preferente que permita incluir el crédito del Estado.

El privilegio contemplado en el numeral 1 del artículo 2472 comprende tanto las costas procesales como las personales. Son procesales las causadas en la formación del proceso y que corresponden a servicios estimados en los aranceles judiciales. Son personales las provenientes de los honorarios de los abogados y demás personas que hayan intervenido en el negocio, y de los defensores públicos.

Estas definiciones nos clarifican el escenario de la prelación de créditos, al advertirse que no será posible subsumir el crédito del Estado dentro de la primera clase de créditos que gozan de privilegio, por cuanto además concurre el principio de que las preferencias son de derecho estricto, sólo una disposición expresa de la ley puede servir de apoyo a la pretensión del acreedor de ser pagado preferentemente. De esta forma, será indispensable que se contemple un texto expreso en el cual se incluya al Estado, o alguno de sus organismos, dentro de los créditos que gozan de privilegio.

16 Se menciona como mal llamado derecho de prenda general, en atención a que el término prenda no está tomado en su sentido técnico y propio, sirviendo en este caso para expresar la idea de que todos los bienes del deudor están afectos al cumplimiento de sus obligaciones. Asimismo, este derecho de prenda general no proporciona privilegio alguno a los acreedores.

VIII. Jurisprudencia

Es indispensable analizar, para el estudio acabado del tema que nos convoca y debido a lo complejo y debatido que se ha tornado la institución del comiso frente a terceros, los criterios adoptados por la jurisprudencia en esta materia.

En este sentido, la disyuntiva gira en torno a la posibilidad de decretar el comiso de un bien de propiedad de un tercero que ha sido utilizado en la comisión de un delito, y respecto del cual el tercero no ha efectuado las reclamaciones o tercerías correspondientes para obtener su restitución.

Una de las sentencias más claras en este punto, es la dictada por el Juzgado de Garantía de Litueche¹⁷, en la cual se decreta el comiso del vehículo de propiedad de un tercero, quien en conocimiento del respectivo procedimiento penal, y teniendo la posibilidad, en virtud del artículo 189 del Código Procesal Penal, de interponer reclamaciones o tercerías con el fin de obtener la restitución de los objetos recogidos o incautados, no concurre ni a la Fiscalía ni al Juzgado de Garantía para reclamar su restitución "...de modo que sólo queda tener por configurados los supuestos del artículo 45 de la Ley N°20.000, al concluir este procedimiento y dictar el presente fallo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 189 del Código Procesal Penal, decretando en consecuencia el comiso de la especie de que se trata".

Dicha resolución se asienta en que aún cuando el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, declara en su inciso segundo que la ley puede establecer limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad, la que comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental, a lo que cabe agregar que la pena de comiso, en los casos establecidos por las leyes, está aceptada por la nombrada Carta Fundamental en su artículo 19 N°7 letra g. Luego, el comiso previsto en el artículo 45 de la Ley N°20.000 no puede sino comprenderse entre las limitaciones que emanan de la función social de la propiedad, pues lo exigen los intereses generales de la nación y en cuanto es una sanción penal que acarrea los crímenes y delitos específicos relacionados con el tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que describe ese cuerpo legal, en el mismo carácter de pena común que le asigna, en general, el Código Penal.

De esta forma, la facultad de establecer penas y aplicarlas es una prerrogativa del Estado, que encuentra su justificación en las normas constitucionales que fijan los principios fundamentales que orientan el ejercicio de la actividad esta-

17 Sentencia Juzgado de Garantía de Litueche, RUC 0800170021-K, dictada con fecha 7 de noviembre de 2008. Condenatoria (Artículo 4 de la Ley 20.000).

tal y que es de la esencia del castigo penal que se afecten los derechos de los ciudadanos, pues el *ius puniendi* del Estado prevalece sobre los derechos tanto o más importantes que la propiedad.

Otra sentencia interesante en esta materia fue la dictada por la Corte Suprema¹⁸, que declaró decomisible el vehículo facilitado por un detective para el transporte de droga, no obstante que éste aparecía inscrito a nombre de su mujer, considerando que al estar casado bajo el régimen de sociedad conyugal, el marido es el administrador de la misma y de los bienes sociales, en conformidad al artículo 1750 del Código Civil, entendiéndose por tanto que forman parte de su patrimonio.

IX. Comentarios

En conformidad a lo estudiado y al criterio seguido por la jurisprudencia es posible concluir que frente al comiso de bienes de propiedad de un tercero, nuestra legislación contempla la forma y oportunidad en que éste debe requerir la restitución de sus especies, lo que se efectuará interponiendo las respectivas reclamaciones o tercerías durante la investigación ante el Juez de Garantía, tramitándose dicha solicitud como incidente.

Puede ocurrir, y efectivamente así ha ocurrido, que el bien que ha servido o ha sido destinado a la comisión del delito, por ejemplo, un vehículo, se encuentre inscrito a nombre de un tercero, con el objetivo de impedir la aplicación del comiso. En este escenario, nos encontramos en presencia de una propiedad sólo nominal o de papel, que puede desvirtuarse mediante la aplicación del artículo 700 del Código Civil, al mantener el imputado en su poder el bien, comportándose como señor y dueño, sin que el tercero efectúe reclamación alguna a su respecto, procediendo, por tanto, el comiso sin que se vulneren con ello las garantías constitucionales, ya que queda a salvo el derecho del tercero para concurrir ante el respectivo Juez de Garantía a reclamar la restitución de las especies.

Por otro lado, si el tercero ha sido negligente o indiferente en el ejercicio de sus derechos, no podrá alegar posteriormente la restitución del bien, ya que habrá operado la institución de la preclusión, pues el Código Procesal Penal contempla expresamente la oportunidad en que debe hacer valer sus derechos, no pudiendo en consecuencia, como ha ocurrido en la práctica, interponer posteriormente recurso de nulidad al haber resultado afectado por la medida del comiso, pues incluso para la admisibilidad del recurso debe constar en autos la calidad de tercerista que invoca. Por lo demás, y como hemos mencionado, la medida del comiso constituye una pena accesoria, ligada a la sanción penal,

18 Corte Suprema, considerandos 1°, 5° y 7° de sentencia de 24 de abril del año 1995, en expediente de casación en el fondo, Rol N°3.184-95.

no siendo procedente interponer un recurso de nulidad de la sentencia con el único objetivo de discutir el comiso.

Tampoco será viable para el tercero que no ha intervenido en el respectivo proceso penal alegar posteriormente ante los tribunales superiores de justicia que se ha visto afectado su derecho al debido proceso, por cuanto, precisamente, quien omitió ejercer las acciones civiles competentes, destinadas a la restitución de las especies, ha sido éste, de modo que no habiendo reclamado su restitución procede el comiso de dicha especie según lo dispone el artículo 45 de la Ley N°20.000.

X. Consideraciones Finales

La realización del presente artículo, ha sido particularmente compleja debido a la exigua normativa aplicable y a la inexistencia de documentación especializada en el tema, por lo que el escudriñamiento efectuado en diversas bibliotecas y la investigación en red, resultaron del todo frustrantes por la escasez de material.

Sin embargo, la investigación debe avanzar, adecuándose a los problemas reales suscitados en la práctica, por lo que se hizo imprescindible recurrir al criterio utilizado por la jurisprudencia para la resolución de estos conflictos. A partir de ella fue posible extraer algunas conclusiones relativas a la aplicación del comiso respecto de terceros, pero lamentablemente, aún quedan pendientes situaciones no contempladas por el legislador, ni solucionadas por la doctrina ni la jurisprudencia, que dejan una laguna en nuestro ordenamiento jurídico, para lo cual se tornó indispensable esbozar algunas soluciones viables, según nuestro criterio, en dichas materias.

De esta forma, la incautación y el comiso, sobre todo en materia de tráfico ilícito de estupefacientes, deben ser aplicados con amplitud de criterio, en atención al impacto que estos delitos representan, no sólo en la sociedad chilena, sino en el mundo globalizado que está al corriente de la peligrosa existencia de redes internacionales de narcotráfico, las cuales es indispensable exterminar, requiriéndose para ello de una adecuación legislativa y una política de Estado decidida y categórica, dirigida a combatir el tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y la criminalidad organizada, con extrema urgencia, con el objetivo de obtener la victoria en esta guerra contra el narcotráfico.

Esperamos que este trabajo contribuya a proporcionar la importancia que se merece uno de los más fundamentales instrumentos otorgados por el ordenamiento jurídico para la persecución penal, cual es, el comiso. Recalcando que no debemos restringir al máximo su aplicación, por el contrario, nuestra realidad social y jurídica nos obliga a ponerlo en práctica, teniendo presente, además, que el *ius puniendi* del Estado, amparado constitucionalmente, prevalece sobre el resto de los derechos, imponiéndose la aplicación del comiso como una exigencia constitucional.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL
Y EXTRADICIONES

EL ALCANCE DEL TÉRMINO “ACUSADO” EN LA CONVENCION INTERAMERICANA DE EXTRADICION DE 1933

Eduardo Picand Albónico¹

A).- Los Hechos:

El 23 de septiembre de 2008, el Ministerio de Relaciones Exteriores envió a la Excelentísima Corte Suprema, por medio de Oficio N°12.759 de 17 de septiembre de 2008, “copias legalizadas” de la Nota Diplomática N°427/2008, a través de la cual la República Argentina solicita formalmente a Chile la extradición del ciudadano chileno J.D.U., nacido el 30 de abril de 1989, cédula de identidad N°XXX, por su participación en un robo con homicidio perpetrado en la ciudad argentina de Neuquén el 30 de diciembre del año 2006.

En efecto, los hechos por los cuales se requería la entrega del imputado J.D.U. eran los siguientes: El día 30 de diciembre de 2006, siendo las 22:30 horas, aproximadamente, y en circunstancias que la víctima Ana Luz María Perriello ingresaba a su domicilio, ubicado en calle Santiago del Estero N°1084, ciudad de Neuquén, Argentina, en compañía de su nieto de cuatro años de edad, se le acercaron los imputados J.H.D.U.; su hermano G.S.G.U. (alias el Willy) y Fabián Zápico, quienes, intimidándola con un arma de fuego, la obligaron a bajarse del vehículo y entrar a su casa –dejando a la menor encerrada en el automóvil–, para luego exigirle, bajo amenaza de muerte, que entregara el dinero y las especies que portaba. Al ingresar al inmueble, los sujetos encerraron a la mujer en un baño de la planta alta de la casa, y se dirigieron a la habitación en donde se encontraba el cónyuge de la víctima, Sr. Jorge José Chaktaura, a quien también amenazaron de muerte para que entregara el dinero que portaba, y al explicarle éste que no tenía más que el que su mujer les había ya entregado, le dispararon a corta distancia, provocándole la muerte. Posteriormente, los imputados se retiraron del lugar, sin antes sustraer diversas especies que se mencionan en el auto de extradición, tales como celulares, cadenas de oro, etc.

Los hechos antes descritos configuran en Argentina el delito de robo con homicidio, agravado por utilizar armas de fuego, en grado de ejecución consumado, y correspondiéndole al requerido participación en calidad de autor.

La audiencia de extradición prevista en el artículo 448 del Código Procesal Penal, se llevó a cabo el día 27 de noviembre de 2008, con la presencia de

¹ Abogado de la Unidad Especializada en Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

todos los intervinientes. El día 2 de diciembre del mismo año, el Excelentísimo Ministro Instructor, Sr. Jaime Rodríguez, resolvió conceder la extradición del imputado J.D.U., por cuanto compartía el cumplimiento de todos los requisitos previstos por la ley chilena y los tratados internacionales aplicables.

B).- Argumento central de la defensa: según el artículo 1° de la Convención de Montevideo de 1933, sólo es posible la entrega de imputados que hayan sido “acusados formalmente” por el Estado Requirente:

En la audiencia de extradición, la defensa sostuvo que debía rechazarse la entrega del requerido por diversos motivos de forma y fondo. Concretamente, en lo que nos interesa al redactar este artículo, solicitó el rechazo de la extradición formulada por la República de Argentina, pues no se cumplía con el artículo 1° de la Convención de Montevideo de 1933, ya que dicha disposición sólo preveía la entrega de “acusados” o “sentenciados”, y constaba en el proceso judicial que el requerido no revestía ninguna de dichas calidades jurídicas, por cuanto sólo se había decretado a su respecto, en sede judicial y considerando su calidad de adolescente, el “arresto excepcional”²; y el Ministerio Público, por su parte, sólo había “abierto la investigación” en su contra, no siendo suficiente esto para satisfacer el estándar exigido por el referido Tratado Internacional.

Así las cosas, la defensa dedujo un recurso de apelación en contra de la sentencia dictada en primera instancia por el Ministro Instructor de la causa, con el objeto de impugnarla y obtener su revocación en la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema. Entre los varios fundamentos del recurso, podemos advertir en la letra a) el siguiente: “J.D.U. no tiene la calidad de acusado, calidad procesal que es exigida por la legislación internacional para proceder a la extradición en este caso”. Al respecto, argumenta que los instrumentos internacionales sobre extradición precisan claramente los requisitos que deben cumplirse para proceder a la entrega de la persona requerida, y en este caso concreto, el artículo 1° de la Convención de Montevideo de 1933 sobre extradición, dispone 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 o a los individuos que se hallen en su territorio y estén acusados o hayan sido sentenciados...”. Asimismo, esgrime que el artículo V de la misma Convención, en relación con los documentos que deben acompañarse al pedido de extradición, señala “b) cuando el individuo es solamente un acusado...; c) ya se trate de condenado o acusado...”.

2 El “arresto excepcional” es la única medida cautelar que autoriza el artículo 67 de la Ley Procesal del Adolescente N°2.302, y sólo es procedente cuando el delito que se le imputa al mismo tuviese una pena privativa de libertad superior a los diez años y sólo con el preciso objeto de hacer cesar los efectos del delito o asegurar la comparecencia ante actos procesales esenciales.

Sostiene que la calidad procesal de “acusado” es muy precisa y no admite confusiones con otras tales como “imputado; detenido; arrestado o procesado. “...El acusado es la persona contra la cual se ha ejercido concretamente la acción penal por determinados hechos constitutivos de delito y respecto del cual se solicita una determinada pena o sanción punitiva. En nuestra legislación, es bastante clara la situación procesal de acusado, la que se configura una vez que el Ministerio Público ha formulado acusación de acuerdo con el artículo 248 letra b) y el artículo 259, ambos del Código Procesal Penal...”.

De esta manera, la defensa del requerido concluye que la persona cuya extradición se requiere no ha sido formalmente acusada conforme la legislación del Estado Requirente, y, por consiguiente, debe rechazarse la extradición del requerido, pues la misma no cumple con los requisitos de la Convención de Montevideo de 1933.

C).- Argumentos del Ministerio Público:

Los argumentos expuestos en los alegatos vertidos ante la Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema, en representación de los intereses de la República de Argentina, y contra los fundamentos de la defensa, fueron los siguientes:

1.- La Excelentísima Corte, como es sabido, debe resolver el pedido de extradición conforme la legislación chilena. El legislador chileno entiende que la extradición tiene por objeto que una persona sea juzgada o cumpla una condena impuesta en el extranjero.

2.- El Código Procesal Penal, al tratar la extradición pasiva en sus artículos 440 a 454, reconoce dos calidades jurídicas que puede tener la persona reclamada: imputado y condenado. Tan es así que, dentro de estos 14 artículos, repite la palabra “imputado” en 17 oportunidades, señalando expresamente que la extradición pasiva es procedente cuando “*un país extranjero solicitar a Chile la extradición de individuos que se encontraren en el territorio nacional y que en el país requirente estuvieren “imputados” de un delito o condenados a una pena...*”.

3.- En las extradiciones activas que el Ministerio Público o los querellantes solicitan en Chile, ocurre lo mismo. En efecto, basta que en Chile se “formalice” la investigación -aún en ausencia del requerido- y se cumplan los requisitos de la prisión preventiva [artículo 140 CPP], para que la Corte de Apelaciones respectiva, conociendo la petición formulada, pueda decretar la extradición activa de un imputado que ha delinquido en Chile [artículo 431 CPP], si se cumplen en la especie los requisitos de la ley chilena y los tratados internacionales aplicables. Asimismo, en los pedidos de extradición activa solicitados por los Jueces del Crimen a la Argentina en los procedimientos penales regidos -y los que aún se rigen- por el Código de Procedimiento Penal, preci-

samente la solicitud era formulada a la Corte Suprema, tan pronto decretaban el “auto de procesamiento” en contra del imputado, sin necesidad de acusarlo fiscalmente para efectos de solicitar su extradición, pues muchas veces existían diligencias pendientes por realizar, y aquella decisión suponía necesariamente el cierre del proceso.

4.- Como puede apreciarse, la legislación chilena sólo requiere que la persona reclamada, ya sea en el procedimiento de extradición activa o pasiva, sea un “imputado” conforme a la ley chilena, y lo es quien, conforme al artículo 7° del CPP, “se le atribuye participación en un hecho punible desde la primera actuación de procedimiento dirigido en su contra..., entendiendo por tal cualquier diligencia o gestión, independiente de su naturaleza, en que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”.

5.- La defensa, no obstante, sustenta su tesis en el texto de la Convención de Montevideo de 1933, la cual, en su artículo 1° dispone que los Estados se obligan a entregar a los individuos que se hallaren en su territorio y que “*estén acusados o hayan sido sentenciados*”.

6.- Los tratados internacionales, de la misma manera como ocurre con la ley interna, tienen especiales reglas de interpretación que, en su caso, están dadas por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (arts. 31 y 32). La interpretación del tratado permite, tal como lo ha dicho el profesor Hugo Llanos Mansilla, precisar el sentido y alcance de sus términos. Como en toda interpretación jurídica, lo que se pretende es determinar cuál de todas las posibles alternativas de aplicación que ofrece su texto expresa mejor su verdadero significado. La defensa tiene una postura y la Fiscalía claramente otra.

7.- Existen reglas muy claras de interpretación, como lo son: a) interpretar los términos del tratado en su sentido corriente (natural y obvio); b) utilización del contexto; c) compatibilidad con el objeto y fin del tratado; d) conducta ulterior de las partes; e) utilización de trabajos preparatorios; y e) buena fe.

- Los términos del tratado deben interpretarse en su sentido natural y obvio (art. 31.1): “los tratados deben interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado...”. La Corte Internacional de Justicia, en la opinión consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado a las Naciones Unidas, señaló en 1950 que “cuando la Corte puede darle efecto a la disposición de un tratado atribuyendo a las expresiones que se han empleado en su sentido natural y corriente, no puede interpretar tales expresiones procurando darles otro significado”.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su 22ª edición, señala que “acusado” es la persona a quien se acusa (3ª acepción); y “acusar” es, según el mismo Diccionario, en su 1ª acepción “imputar a alguien algún delito”.

- Regla de contexto: el artículo 30 dice que los términos del tratado deben, además, ser interpretados *en su contexto*, o sea, no en forma aislada, sino considerando todas las partes interrelacionadamente [recuérdese la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el caso sobre los Servicios Postales de Polonia en Danzing];
 - *La expresión “acusado” es utilizada en dos ocasiones en la Convención de Montevideo de 1933: a) en el artículo 1°, al referirse a la entrega de acusados o condenados por un delito; y b) al tratar los documentos que deben acompañarse al pedido formal de extradición.*
 - Sin embargo, la Convención de Montevideo de 1933 utiliza la expresión “inculcado” e “imputar” de manera aún más frecuente e indistinta: así, en el mismo artículo 1°; artículo 3° (al referirse a las causales que facultan a no conceder la extradición, utiliza en 4 oportunidades la expresión “individuo inculcado”).
- Regla de compatibilidad con el objeto y fin del tratado: el artículo 31.3 dispone que el tratado debe interpretarse *“teniendo en cuenta su objeto y fin”*, o sea, conforme el propósito fundamental perseguido por el tratado y por el cual éste fue celebrado.

El objeto del tratado de extradición es precisamente “la entrega de individuos para su juzgamiento o el cumplimiento de condena”. Estos objetivos han sido recogidos en innumerables oportunidades por la jurisprudencia de esta Corte Suprema. Indiscutiblemente que interpretar la Convención de Montevideo entendiendo que la expresión “acusado” se refiere a la situación procesal de aquél en contra de quien se ha dictado “acusación fiscal”, iría contra el objeto del tratado, pues impediría su aplicación en Chile, particularmente en las extradiciones activas en las que, como hemos dicho, basta la sola formalización en ausencia para poder pedirla.

Así las cosas, los términos del tratado deben interpretarse entendiendo que muchas veces sus expresiones pueden ir variando en el tiempo, lo que se justifica plenamente si consideramos que la Convención de Montevideo de 1933 tiene más de 75 años de existencia, y lo que en aquella oportunidad podía entenderse como “acusado”, no necesariamente debe entenderse igual en el mundo de hoy, y ante tales eventuales inconsistencias, sólo debe interpretarse sus términos acudiendo al que permita darle mayor efectos y operatividad.

- Regla de la ulterior conducta de las partes: [interpretación auténtica], prevista en el 31.3, dispone que en la interpretación debe tenerse en cuenta *“todo acuerdo o toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado...”* [recordar el famoso caso de la sentencia arbitral del Rey de España, entre Honduras y Nicaragua, en donde la CIJ recogió este principio].

Desde 1980 hasta hoy, nuestra Corte Suprema ha recibido un total de 442 pedidos de extradición pasivas, dentro de los cuales, más del 92% provienen de Argentina; lo mismo ocurre con las extradiciones activas, en las que, considerando sólo la reforma procesal penal, de un total de 59 pedidos, el 94% de ellos son dirigidos a la República trasandina.

En el último pedido de extradición pasiva proveniente de Argentina, y acogido y confirmado por esta Corte, el imputado Luis Miguel Casado Córdova, fue extraditado sin existir “acusación” en su contra, sino un simple “auto de prisión”.

Lo mismo ocurre con los pedidos de extradición pasiva reglados en antaño y actualmente por el Código de Procedimiento Penal, en que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido uniforme en exigir la existencia de un “auto de procesamiento o prisión” en el Estado Extranjero.

En las extradiciones activas, repetimos, la situación es mucho más clara: hoy basta con haber formalizado al imputado, y prácticamente todas nuestras Cortes de Apelaciones a lo largo del país han accedido a los pedidos de extradición formulados a la Argentina con ese solo requisito de la “formalización en ausencia”, aplicando la Convención de Montevideo de 1933, y la Argentina, en la inmensa mayoría de todos estos casos ha concedido la extradición. Entender ahora que la persona “acusada” requiere “acusación fiscal”, generaría un rechazo sistemático de nuestras peticiones de extradición activa a la Argentina, generando una reciprocidad negativa en extremo peligrosa si entendemos el alto porcentaje de pedidos que se hacen a ese país.

- Regla de utilización de los trabajos preparatorios del tratado y circunstancias de su celebración: el artículo 32 señala que puede desentrañarse la “intención” de las partes a través de este elemento.

En el caso que nos convoca, la Convención Interamericana de Extradición de 1933, conforme lo expresan las Actas de Negociación y Debate publicadas en la VII Reunión del Comité Interamericano de Jurisconsultos, fue aprobada luego de que se discutiera el Proyecto presentado por el profesor argentino Luis Podestá Costa. Este profesor utilizó básicamente el modelo de los Tratados de Montevideo de 1888-1889, lo que, a su vez, en el apartado que nos interesa, siguió la resolución adoptada por el Institut du Droit International, en su sesión de Oxford [1880], y luego ratificada más tarde en sus resoluciones de Génova [1892]; París [1894] y Cambridge [1983]. Nuestro representante en la VII Reunión del Comité fue el profesor Miguel Cruchaga Tocornal, quien, expresan las Actas, junto a otros representantes, dejó expresa constancia que la extradición tenía por objeto entregar a las personas que fueran “inculpadas por delitos para poder juzgarlas...”, lo que ratifica la tesis que la expresión “acusación” debe tenerse en el sentido natural y obvio de la expresión utilizada por la lengua castellana para referir a quien se le inculpa o imputa de un delito.

Estas resoluciones sirvieron de base para el Proyecto de Tratado Interamericano que el Comité de Jurisconsultos aprobó en 1959 y que fuera la base de la Actual Convención Interamericana de Extradición de Caracas, de 1981, no suscrita por Chile pero que sirve de clara muestra de la concepción del Comité Interamericano en esta materia, al disponer en su artículo 1° que: “Los Estados Partes se obligan, en los términos de la presente Convención, a entregar a otros Estados Partes que lo soliciten, a las personas requeridas judicialmente para procesarlas, así como a las procesadas, las declaradas culpables o las condenadas a cumplir una pena de privación de libertad”.

8.- Que, la Convención de Montevideo de 1933, en su artículo 5°, al referirse a los documentos que deben acompañarse al pedido formal de extradición, distingue entre las personas condenadas por un delito y las acusadas por un delito: en el primer caso, exige que se presente una copia auténtica de la sentencia ejecutoriada; en el segundo caso, sólo exige *“una copia auténtica de la orden de detención; una relación precisa del hecho imputado; y una copia de las leyes penales”*. Esto ratifica nuestra tesis, pues *si se hubiera exigido acusación fiscal, el Tratado hubiera exigido que se acompañara una copia auténtica de la acusación fiscal y no una copia auténtica de la “detención”*, que puede ser dictada en contra de quien recién ha cometido un delito y no se encuentra en flagrancia.

9.- Por último, debe señalarse que esta no es una audiencia de “prueba”, y si la defensa alega que “el auto de apertura de la investigación” formulado por el Fiscal, o la misma resolución judicial que entendió que ella era una “acusación precoz” que satisfacía los requisitos de la Convención de Montevideo de 1933, o quisiera impugnar cualquier de las aseveraciones que el Estado requirente ha efectuado conforme su legislación, debió probar, en la audiencia de juicio oral del artículo 448 del CPP, y no en un alegato de apelación en que no es posible recibir prueba, una interpretación distinta del derecho extranjero. El derecho extranjero es un “hecho” y debe ser probado en juicio pues no se presume su conocimiento [art. 8° CC], y la defensa no propugnó incidencia alguna sobre la legislación adjuntada al pedido de extradición, no acompañó peritos que propusieran una interpretación distinta, y tampoco produjo alguna de las restantes pruebas de las cuales podía haberse valido para acreditar el derecho extranjero.

D).- Sentencia definitiva dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema:

El 13 de enero de 2009, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dictó la sentencia definitiva en esta causa, **“confirmando”** por cinco votos a favor la tesis sustentada por el Ministerio Público. En el fallo, redactado por el Excmo. Ministro Sr. Hugo Dolmestch, la Corte Suprema se pronunció expresamente sobre el fondo del asunto, señalando lo siguiente en sus considerandos:

“CUARTO:...los Tratados Internacionales, especialmente los que rigen estas materias, se suscriben y han de interpretarse y aplicarse de buena fe, de modo que surtan efecto en sus intenciones, cuidando siempre la ayuda mutua y el cumplimiento del principio permanente de reciprocidad; que los términos utilizados para una determinada condición procesal, como es el caso, no son unívocos, desde que en las distintas legislaciones poseen caracteres o alcances también no idénticos. A lo anterior ha de agregarse, además, la antigüedad del Tratado en estudio -corresponde al año 1933 y la necesaria evolución conceptual a su respecto, para lo cual basta con tener en cuenta que nuestro propio sistema procesal penal sufrió una reciente modificación sustancial y ciertamente, el concepto de “acusado” o “imputado”, por ejemplo, necesariamente no es el mismo que se tenía a la fecha de suscripción del Convenio Internacional”.

“QUINTO: Que, además de lo anterior, debe considerarse el texto positivo del Tratado, que en lo que nos interesa no es definitorio de modo alguno y así, la Convención sobre Extradición suscrita en Montevideo, entre otros por Argentina y Chile, utiliza indistintamente en su articulado diversas expresiones para referirse al requerido, como por ejemplo: “procesado” (artículo 6°), “condenado” (artículo 6°); “inculpado” (artículo 3°, y “acusado” (artículos 1° y 5°). Así, de una interpretación armónica del Tratado surge que dichas expresiones no tienen exclusivamente valor formal, como pretende la defensa, en el sentido de exigir una resolución expresa en cuya virtud se formulen cargos contra quien se ha iniciado un proceso penal”.

“SEXTO: Que confirma este aserto, además, el artículo 5°, letra b), del referido ordenamiento internacional que exige, para el caso de individuos que sólo se hallaren acusados en el país requirente, la copia de la orden de detención librada en su contra, a diferencia del que ya haya sido juzgado y condenado, en que debe remitirse, además, una copia auténtica de la sentencia ejecutoriada.

En el caso en estudio la orden de prisión del joven requerido, única exigencia que a este respecto contempla la Convención, además de las formales relativas a la restante documentación que debe acompañarse, se encuentra satisfecha con el arresto excepcional decretado...”.

El fallo al cual nos hemos referido es de inmensa importancia y fija un precedente judicial, pues la Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, terminó por zanjar de manera definitiva un conflicto de interpretación normativa muy delicado que podía haberse generado en estos procedimientos, y que no se había dado en las extradiciones activas y pasivas formuladas hasta la fecha con los Estados signatarios de la Convención de Montevideo de 1933 -tanto en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal como en el antiguo-, y, en este caso concreto, con la República de Argentina, lo que resulta de la mayor relevancia entendiendo que con este país mantenemos más del 90% de los pedidos de extradición activa que formulan el Ministerio Público de

Chile y los Juzgados del Crimen [así como también la judicatura militar], así como los pedidos de extradición pasiva que los Estados Extranjeros han solicitado a nuestro país. Celebramos la excelente fundamentación de la sentencia y, finalmente, la interpretación acogida por la Sala Penal, pues una distinta indudablemente hubiera afectado de manera seria y grave la reciprocidad que mantenemos con ese país en la cooperación mutua que ambos Estados se prestan con el objeto de combatir la delincuencia, ya que sencillamente hubiera dado lugar a que las autoridades de Argentina no concedieran en el futuro los pedidos de extradición activa formulados por el Ministerio Público de Chile, en donde constara sólo la simple formalización de cargos y concurrencia de los requisitos de la prisión preventiva, que son, por cierto, los únicos requisitos previstos por el Código Procesal Penal para dar inicio a ese procedimiento.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENTOS

LAS INVESTIGACIONES POR NEGLIGENCIAS MÉDICAS Y LA LEY AUGE

Macarena Car Silva¹

“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”²

No cabe duda que por estos días el acceso a la salud, como parte de los derechos fundamentales de las personas, y la responsabilidad médica, ha concentrado la atención de los medios de comunicación y de la opinión pública.

Es indudable que el desarrollo científico y tecnológico de las últimas décadas ha permitido grandes avances en medicina, que han impactado directamente en la esperanza de vida de las personas, así como han tendido a encarecer los diagnósticos médicos y la aplicación de tratamientos curativos o paliativos.

Teniendo presente lo anterior, y motivado por la tendencia de los países de la región de Latinoamérica y el Caribe, como por los compromisos adquiridos por el Estado de Chile en torno a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es que desde mediados de los años '90 y más intensamente desde la llegada del siglo XXI, Chile comenzó un proceso de reforma a su sistema de salud que busca mejorar el acceso a la salud de todos los chilenos, propendiendo a garantizar la igualdad de derechos e implementando políticas destinadas a lograr una mayor equidad, solidaridad y efectividad técnica del sistema, así como una optimización de la utilización de los recursos disponibles.

El desarrollo legislativo más importante de la reforma ha sido la dictación de la Ley 19.966 que constituye la “columna vertebral” de la reforma, toda vez que tiende a dotar de contenido a la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N°9 de la Constitución Política de la República.

La Ley 19.966, crea el Régimen General de Garantías de Salud, que no es otra cosa que un régimen de regulación sanitaria que establece las prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo a que tienen derecho tanto los usuarios del sistema público como privado de salud. Este Régimen General de Garantías de Salud, contiene un conjunto de Garantías Explícitas en Salud (GES) que apuntan al *acceso a la calidad, oportunidad y cobertura financiera* de las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de

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

2 Definición de la O.M.S., 1946.

programas, enfermedades o condiciones de salud que son determinadas por Decreto Supremo, suscrito por los Ministros de Hacienda y de Salud.

El establecimiento de las GES tiene como objetivo el acceso a la salud de todos los residentes del territorio nacional, sin discriminación, independientemente de su condición socioeconómica, sexo o edad, para lo cual el Estado ha asumido un rol contralor y coordinador del sistema público y privado. En efecto, el inciso 2° del artículo 2° de la ley en comento establece: *“Las garantías explícitas en Salud serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud o las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan”*.

Cabe tener presente que, en el establecimiento de las patologías GES que se hace por Decreto Supremo, el Ministerio de Salud ha establecido, por cada patología incorporada, una guía clínica que establece los procedimientos a seguir por parte de los profesionales de la salud ante la constatación de la existencia de la misma, guía que está destinadas a orientar a los equipos clínicos del sistema de salud para el mejor afrontamiento de cada una de las patologías GES.

Se trata de documentos orientadores, elaborados por expertos en cada área o especialidad médica que debiera intervenir en el diagnóstico, tratamiento y seguimiento de cada patología y están, por tanto, basadas en la mejor evidencia científica disponible para enfrentar los problemas incluidos en el GES, aunque no reemplazan lo establecido en el Decreto Supremo, ni el juicio clínico frente a pacientes individuales.

De esta forma, las guías clínicas constituyen documentos descriptivos del “estado de las cosas” en materia de la *lex artis* por cada una de las afecciones cubiertas por el plan de Garantías Explícitas en Salud.

Ahora bien, desde la perspectiva del derecho penal, cabe preguntarse qué relevancia adquiere la existencia de las guías clínicas al momento de investigar y determinar la existencia de responsabilidad cuasidelictual en la praxis médica.

A fin de dar respuesta a esta interrogante, daremos un breve repaso a los conceptos básicos en materia de responsabilidad médica.

En nuestro ordenamiento jurídico, un profesional de la salud podrá incurrir en una conducta que, de producir un resultado dañoso en las personas, permite su reproche a título de cuasidelito, siempre y cuando su accionar en el campo profesional esté rodeado de las siguientes circunstancias: imprudencia, negligencia, impericia o, finalmente, contravención a lo dispuesto en los reglamentos.

La *imprudencia*, en la doctrina nacional, se estima que consiste en “el afrontamiento de un riesgo con temeridad o ligereza, en la falta de previsión inexcusable”.

sable, comportamientos que por lo general se cometerán por vía de acción, esto es con una actividad positiva del hombre”³.

Pertinente parece aludir a la definición dada por Terragni, quien a su turno señala: “Imprudencia es la ausencia de prudencia, y ésta, una de las cuatro virtudes cardinales que enseña a discernir lo bueno de lo malo para actuar en concordancia. Es sinónimo de cordura, templanza, moderación en las acciones, supone sensatez, tacto, tino y sobre todo, reflexión”⁴.

En definitiva, parece apropiado señalar que la imprudencia, en términos generales, no es otra cosa que un actuar irreflexivo, falta de la meditación suficiente, que aumenta el riesgo permitido del actuar médico.

A este tipo de actuar aluden las normas contenidas en los artículos 490 y 492 del Código Penal, refiriéndose a su turno a la “imprudencia temeraria” y a la “mera imprudencia” respectivamente.

En la *negligencia*, “falta la precaución o sobra la indiferencia en el acto que se ejecuta”⁵, y según Etcheberry “se traduce en una falta de actividad: se pudo haber evitado el resultado desplegando más actividad de la desarrollada. La actividad no ha creado el riesgo, pero la actividad pudo haberlo evitado”⁶.

Terragni pone el acento en los elementos subjetivos propios del agente, toda vez que señala “un acto negligente revela una falta en la voluntad, que a su vez, guía la atención. Lo que puede ocurrir es un decaimiento momentáneo de la concentración puesta en lo que se está haciendo, por cansancio o porque otra cosa atrae el interés (...) El orden jurídico desvalora no la negligencia por sí misma (porque los factores psicológicos que la desencadenan forman parte de la estructura del ser humano y sería absurdo que el Derecho los descalificase), sino las consecuencias que de ella derivan: en la actividad médica, lesiones o muerte del paciente. De manera que quien no puede mantener una concentración constante, el que se distrae porque su atención salta permanentemente de una cosa a otra, no debe emprender una actividad peligrosa para la cual, por esos defectos no está dotado”⁷.

Entendemos por nuestra parte que el actuar negligente implica cierto grado de apatía, desidia, abandono, o pereza que implica una falta de precaución que

3 Teke Schlicht, Alberto. “Medicina Legal”. Editorial Mediterráneo. Santiago. 1993, p. 51.

4 Terragni, Marco Antonio. “El delito Culposo en la Praxis Médica”. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, p. 162.

5 Romo Pizarro, Osvaldo. “Medicina Legal: Elementos de Ciencias Forenses”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1992, p. 705.

6 Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal: Parte General”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. Santiago. 1997, p. 319.

7 Terragni, Marco Antonio, Op. cit., pp. 164-165.

importa un aumento del riesgo permitido por la norma (riesgo que está implícito en la naturaleza del acto médico).

Es a este tipo de conducta al que hace alusión la norma contenida en los artículos 491 y 492 del Código Penal.

En el caso de la **impericia**, en términos generales, la doctrina hace alusión a un escaso o mal manejo de la *lex artis*. Osvaldo Romo señala: “En la impericia, en el manejo de la gestión de la *lex artis* encontramos una relación entre la falta a los deberes profesionales u observancias a las norma técnicas de la *lex artis* y la imprudencia relativa a la aplicación práctica de estas normativas exigibles al profesional”⁸.

Coincidentemente con esta tesis, Etcheberry, a su turno, releva la importancia de la *lex artis* al determinar el deber de cuidado con que debe actuar el profesional médico, a propósito del tratamiento de la norma establecida en el artículo 491 del Código Penal, citando a Muñoz Conde en los siguientes términos: “...para determinar las normas de cuidado hay que recurrir en ocasiones a reglas de experiencia en el ejercicio de determinadas profesiones, lo que constituye la denominada *Lex Artis*, cuestión ampliamente aceptada por la doctrina en casos de responsabilidad médica por actos realizados en el ejercicio de su profesión”⁹.

Este tipo de conducta no se encuentra explícitamente establecida en las normas de los delitos culposos del Código Penal, empero, la impericia tiene una relación de género a especie con la imprudencia. En efecto Etcheberry es claro al señalar: “Ignorancia o impericia. Es una forma especial de culpa que se presenta en el ejercicio de ciertas actividades que requieren conocimientos o destrezas especiales: cirugía, manejo de máquinas peligrosas, etc. En el fondo se reduce a la imprudencia o negligencia: el médico de poca experiencia o habilidad que emprende una difícil operación, en la que el paciente muere, pese al cuidado puesto por el médico, resulta reprochable, no por no saber, sino por haber emprendido la operación a conciencia de su falta de habilidad, lo cual significa imprudencia”¹⁰.

La última de las formas que puede presentar la culpa en el actuar profesional médico, guarda relación con la **inobservancia de los reglamentos**, establecida en el artículo 492 del Código Penal.

A este respecto, Etcheberry señala: “En el Art. 492 se sancionan los cuasidelitos que se cometieren con infracción de los reglamentos y por mera impruden-

8 Romo Pizarro, Osvaldo, Op Cit., p. 705.

9 Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal: Parte Especial”. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. Santiago. 1997, p. 345.

10 Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal: Parte General”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. Santiago. 1997, p. 319.

cia o negligencia. Según se explicará al tratar de esta figura, es necesario que la infracción reglamentaria misma sea dolosa o culposa, y que entre ella y el resultado producido haya una relación de causalidad¹¹. En este mismo sentido, Terragni, a su turno, afirma: “Cuando la conducta a seguir está reglada: sujeta a deberes específicamente determinados por la ley, por las disposiciones dictadas por la autoridad administrativa, por la dirección de los establecimientos hospitalarios, por el laboratorio productor de los medicamentos o por el fabricante de los aparatos, el dejar de seguir las reglas puede constituir una infracción del deber objetivo de cuidado. Será imprescindible que la inobservancia de los reglamentos esté conectada con el resultado al que la ley se refiere, para que pueda formularse la imputación objetiva”¹².

Teniendo claras las hipótesis culposas en las cuales puede estimarse la concurrencia de responsabilidad criminal en el actuar médico, cabe relevar el rol que las guías clínicas ocupan en el contexto investigativo y jurisdiccional.

A este respecto parece lógico sostener que cumplen una doble función: por una parte, constituyen parte de la estructura reglamentaria emanada de la autoridad sanitaria, y por otra, que al ser elaboradas por un cúmulo de especialistas en las diversas materias, implican una definición, como ya se señaló, del desarrollo de la *lex artis* respecto del diagnóstico, tratamiento y seguimiento de cada una de las patologías. De esta forma, cabe al investigador conocerlas para determinar si en el caso concreto que se investiga existió bien una desobediencia dolosa o culposa al contenido reglamentario que haya influido en el resultado dañoso sufrido por el paciente, o si bien estamos en presencia de un actuar que implica cierta impericia por parte del profesional que ha llevado a cabo el acto médico.

BIBLIOGRAFÍA:

- Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal: Parte General”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. Santiago, 1997.
- Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal: Parte Especial”. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. Santiago, 1997.
- Garrido Montt, Mario. “Derecho Penal: Parte General”. Tomo II. “Nociones fundamentales de la Teoría del Delito”. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición. Santiago, 2001.
- Jordán D., Tomás. “Ley 19.966, que Crea un Régimen General de Garantías en Salud: Sinopsis y análisis desde la perspectiva de los Derechos

11 Etcheberry, Alfredo, op. cit., p. 320.

12 Terragni, Marco Antonio, Op. Cit., p. 171.

Humanos”. Anuario de Derechos Humanos 2005. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2005.

- Pizarro W., Carlos. “Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas”, Revista Médica de Chile, Santiago, 2008.
- Politoff L., Sergio; Matus A., Jean Pierre; Ramírez G., María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. Parte General. Segunda Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.
- Romo Pizarro, Osvaldo. “Medicina Legal: Elementos de Ciencias Forenses”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1992.
- Sánchez Rodríguez, Héctor. “Implicancias del AUGE en medicina y cirugía. Ley de Garantías Explícitas en Salud”. Revista Chilena de Cirugía, N°58, Diciembre de 2006.
- Terragni, Marco Antonio. “El delito Culposos en la Praxis Médica”. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2003.
- Vargas K., Víctor. “Gestión de Riesgos Jurídico Sanitarios y Judicialización de la Medicina”. Revista del Hospital Clínico de la Universidad de Chile. Santiago, 2006.
- Ley 19.966, publicada en el Diario Oficial el 03 de septiembre de 2004.
- Informe Anual de Derechos Humanos en Chile. “El derecho a la salud en el plan AUGE”. Hechos, 2006.

LAS EXPLICACIONES QUE DAN LOS ACUSADOS ANTE LA IMPUTACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN DEL ART. 361 N°1 DEL C.P. DURANTE LA AUDIENCIA DE JUICIO ORAL: SU REPERCUSIÓN EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Karen Guzmán Valenzuela¹

Introducción

En el artículo 361 N°1 del Código Penal, se tipifica el delito de violación en los siguientes términos: “Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes: 1° Cuando se usa de fuerza o intimidación. 2° Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia. 3° Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima”.

En palabras de Rodríguez Collao (2001), el término “violación” alude a la forma más grave de atentado contra la indemnidad sexual: aquella que consiste en acceder carnalmente a una persona que no ha prestado su consentimiento para la ejecución de la conducta sexual o que no está en condiciones de prestarlo, por razones físicas o mentales².

Una de las circunstancias comisivas de la violación es el uso de la fuerza, que el mismo autor define como: “la violencia material ejercida sobre el cuerpo de la víctima, con el propósito de anular o vencer la voluntad contraria de esta última a la realización del acceso carnal. Un importante sector de la doctrina sostiene que la fuerza debe ser ejercida con el propósito de vencer la resistencia de la víctima, lo que supone que la configuración del delito implica alguna forma de reacción en contra del ataque del agresor” (Rodríguez Collao, 2001, pp. 147-148). De este modo, la fuerza puede ser entendida como “violencia destinada a vencer la resistencia de la víctima pero también como violencia ejercida en contra de quien no ha consentido en la realización del acceso carnal” (Rodríguez Collao, 2001, p. 150).

Por otra parte, este mismo autor delimita el concepto de la intimidación -otra de las circunstancias comisivas de la violación del art. 361 N°1 del C.P.- en los siguientes términos: “como un acto de violencia moral mediante el cual se da

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

2 En términos similares, Politoff, S., Matus, J. y Ramírez, M. (2004). “Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial”, Editorial Jurídica de Chile, y gran parte de la doctrina nacional.

a conocer a la víctima la realidad inminente del daño a que se verá expuesta en el caso de no acceder a los requerimientos del agresor” (Rodríguez Collao, 2001, p. 150).

Ahora bien, si se deja el ámbito jurídico - penal y se analiza la investigación criminal de los casos de violación del art. 361 N°1 del C.P, se puede observar que cuando se denuncia este tipo de delitos, se investiga y se persigue una sanción penal para su autor, éste suele ser juzgado en un juicio que generalmente es oral, en el que podrá o no declarar. Si decide hacerlo, el juicio oral es una instancia a la que el acusado ya acude con una estrategia de defensa definida: ésta dependerá de la asunción o no de autoría. Aquellos que niegan la autoría centrarán sus esfuerzos en dar una buena imagen social a los jueces: acudirán vestidos muy correctamente, su postura corporal expresará rectitud y seguridad y hablarán con tranquilidad, frialdad y exactitud (Soria y Hernández, 1994).

Sus defensores aportarán informes periciales y declaraciones de testigos que reforzarán esta imagen social: ¿cómo esta persona socialmente tan valorada, puede cometer unos hechos como los que describe la víctima, propios de una mente depravada? (Soria y Hernández, 1994)

Por el contrario, cuando admiten la relación sexual con la víctima, la estrategia más común, además de su imagen social incrementada, será la culpabilización de esta última incluso aportando detalles de otras relaciones sexuales con el acusado u otras personas para demostrar una vida desordenada y, o promiscua de la afectada. Quienes admiten su autoría centrarán su defensa excusando su comportamiento en:

- Estrategias de locus control externo: la culpabilización de la víctima (afirmarán que la conducta de ésta supuso una provocación de la que se deriva de forma inexcusable su conducta), una situación ambiental que origina un estado psicológico especial como pérdidas afectivas o un delito previo (como un robo en una vivienda que acaba en agresión sexual) o la presión del grupo en violaciones con múltiples agresores.
- Estrategias del impulso irresistible (locus control interno patológico) basada en un trastorno de personalidad, parafilia u otro trastorno psicopatológico que es impredecible e incontrolable (el modelo clásico es el del alcohol, defendiendo la tesis de la desinhibición de los controles de la conducta bajo los efectos del alcohol) o el impulso parafilico (Soria y Hernández, 1994).

Ahora bien, si se contrasta lo anteriormente señalado por autores extranjeros con la experiencia nacional, se obtiene que de la lectura de numerosas sentencias de Tribunales Orales en lo Penal sobre casos de delitos de violación del art. 361 N°1 del C.P., surge la idea que los acusados que declaran en la audiencia

de juicio oral, efectivamente no siempre niegan los hechos que se les imputan, sino que en muchas oportunidades reconocen que existió contacto sexual con la víctima, aunque a veces sus explicaciones acerca del tipo de relación que se dio con esta última no parecen del todo coherentes.

En este contexto, surgen una serie de preguntas respecto al tipo de estrategia de la defensa que se asume en esta clase de casos:

- ¿De qué depende que los acusados tomen una u otra postura -reconocer o no los hechos- al declarar en el juicio oral: del tipo de relación o vínculo que tienen con la víctima, por ejemplo?
- ¿Qué explicaciones dan los acusados cuando son denunciados por este tipo de ilícitos, cuando ellos sostienen que no han mantenido ningún tipo de contacto sexual con la víctima o que éste era consentido?
- ¿Existen diferencias entre las explicaciones que dan los acusados a lo acontecido y su condena o absolucón?

Algunas de estas cuestiones se tratarán de responder en este estudio a través del análisis de la declaración de diversos acusados por el delito de violación en la audiencia de juicio oral.

Metodología de trabajo

En este estudio se realizó, en primer lugar, una selección de fallos de los Tribunales Orales en lo Penal recaídos en el delito de violación del art. 361 N°1 del C.P.

La recolección de estas sentencias se efectuó desde la base de fallos de los Tribunales Orales en lo Penal del país, recaídos sobre delitos sexuales, de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile.

Del total de sentencias judiciales en las que se acusaba por el delito de violación del art. 361 N°1 del Código Penal, se eligieron aquellas en las que el acusado declaró durante el juicio oral, y que fueron dictadas entre el 4 de mayo de 2002 al 22 de agosto de 2006.

Por medio de esta selección, se recopilaron 114 sentencias. De las cuales, 87 corresponden a fallos condenatorios y 27 a sentencias absolutorias. El detalle de los fallos revisados se describe en la siguiente tabla:

REGIONES	SENTENCIAS CONDENATORIAS	SENTENCIAS ABSOLUTORIAS	TOTAL
I REGIÓN	5	4	9
II REGIÓN	6	1	7
III REGIÓN	7	3	10
IV REGIÓN	8	2	10
V REGIÓN	8	3	11
VI REGIÓN	2	0	2
VII REGIÓN	4	4	8
VIII REGIÓN	7	2	9
IX REGIÓN	17	4	21
X REGIÓN	13	1	14
XI REGIÓN	0	3	3
XII REGIÓN	4	0	4
REGIÓN METROPOLITANA	6	0	6
TOTAL	87	27	114

La diferencia de fallos entre una y otra región puede explicarse por la implementación escalonada que tuvo la Reforma Procesal Penal en Chile, de ahí que las regiones que entraron en reforma antes, presentan también más fallos. La Región Metropolitana que fue la última región en sumarse, en consecuencia, presentaba escasos fallos al momento de seleccionar las sentencias para desarrollar este estudio y es por esta razón que éstas se presentan como un número total no diferenciado por cada una de las Fiscalías Regionales Metropolitanas.

Luego de la recolección de los fallos, se efectuó una lectura exhaustiva de la declaración que hicieron los acusados en la audiencia de juicio oral transcrita en las sentencias seleccionadas. A partir de esta lectura, se registraron aquellas frases que aludían a las explicaciones y justificaciones que daban los acusados respecto a los hechos por los cuales se les acusaba (violación del art. 361 N°1 del C.P.) al momento de declarar en juicio oral³.

3 La metodología descrita para trabajar con la información recopilada desde los fallos, corresponde a lo que se denomina en Metodología de la Investigación como Análisis de Contenido. Éste es un conjunto de procedimientos interpretativos de *productos comunicativos* (mensajes, textos o discursos) que proceden de procesos singulares de comunicación previamente registrados, y que, basados en técnicas de medida, a veces *cuantitativas* (estadísticas basadas en el recuento de unidades), a veces *cualitativas* (lógicas basadas en la combinación de categorías) tienen por objeto elaborar y procesar datos relevantes sobre las condiciones mismas en que se han producido aquellos textos, o sobre las condiciones que puedan darse para su empleo posterior (Piñuel Raigada, 2002: p. 2).

A modo de ejemplo, se consideraron frases como:

“y luego comenzaron a besarse, que nada fue a la fuerza y después tuvieron sólo sexo vaginal, pero él no eyaculó, que el tiempo que estuvieron juntos fueron aproximadamente 10 o 15 minutos. Indicó que ella misma se sacó la ropa y cuando terminaron cada uno caminó por su lado... ese día cuando invitó a la niña a consumir, ella no se negó, tampoco cuando se besaron, ni al momento de tener sexo y que no gritó pidiendo auxilio, que él no la golpeó e ignora las razones por las cuales lo acusa” (TOP Antofagasta, 19 de enero de 2005, RUC 0400322819-9).

“que en el trayecto se encontró con la niña y en ese momento no sabe qué le pasó, pero que la tomó de los brazos y la llevó a un lugar apartado de allí, donde le sacó la blusa y los pantalones, la acostó, sin que ella se opusiera a nada, le abrió las piernas y la penetró, luego le señaló que no le dijera nada a nadie y que se fuera a su casa” (TOP Copiapó, 14 de febrero de 2004, RUC 0310001314-1).

“es inocente de los cargos que se le imputan, que jamás abusó o violó a su hija, sólo le dio el cariño que un padre entrega a una hija... Que nunca violó o abusó a su hija, que él piensa que está siendo acusado a raíz de lo estricto que se puso con ella, pues la castigó y golpeó con un cinturón, ya que se le estaba “escapando” el comportamiento de las manos... manifestó que mantiene su inocencia, que quiere mucho a sus hijos al igual que a su hija y que la disculpa y perdona” (TOP Cañete, 21 de noviembre de 2005, RUC 0400359514-0).

Una vez identificadas todas las frases que se referían a estas explicaciones, se procedió a su categorización, esto es, a su ordenación y sistematización. De esta forma, se pudo establecer que el contenido de estas frases se reiteraba según si el acusado negaba los hechos, reconocía que había mantenido relaciones sexuales con la víctima o aceptaba que la había violado.

A continuación, se presentan las definiciones de las categorías utilizadas para realizar el análisis, con algunos ejemplos para cada caso.

1.- Negación de los hechos: Frases que aluden a que el acusado no mantuvo relaciones sexuales con la víctima.

“Nunca ha tocado a su hija, sólo trató de alejar a su pololo, de 30 años, pues ella tenía sólo 16. Sabe que él tiene otro hijo de una niña menor. Su intención fue cuidarla, que tuviera un futuro mejor y ha pagado con cuatro meses de cárcel... quería que su hija fuera distinta a su madre, S., quien ejerce desde muy joven el comercio sexual. Vivieron juntos más de un año, se casaron y se separaron, al poco de nacer N. Quiso formar hogar, pero no pudo porque ella tenía otro tipo de vida que no podía sujetar... “si por ser estricto debo estar aquí, déjenme aquí, pero yo a mi hija jamás la he tocado” (TOP Viña del Mar, 4 de abril de 2006, RUC 0500120389-6).

“No conozco a la víctima y nunca he estado con ella” (TOP Villarrica, 19 de abril de 2005, RUC 0400101696-8).

2.- Reconocimiento de haber mantenido relaciones sexuales con la víctima:

Frases en las que el acusado señala que efectivamente accedió carnalmente a la víctima, pero sin haber usado la fuerza o la intimidación, ya sea porque la víctima no se opuso a ello, o aceptó mantener relaciones sexuales a cambio de dinero u otro tipo de contraprestación económica, o por existir una relación sentimental previa con el acusado.

“reconoce haber sostenido relaciones sexuales con la víctima, aunque manifestando que éstas fueron consentidas, ya que la menor lo había seducido en varias ocasiones, tocándole el pene y los testículos, siendo la primera vez que sostenían relaciones sexuales” (TOP La Serena, 17 de enero de 2003, RUC 0200043504-2).

“declaró que conocía de hace tiempo a la afectada y que en ningún momento la obligó, le estaba pagando por un trabajo, en el momento ella aceptó y no sabe por qué lo acusó de violación” (7° TOP, 9 de mayo de 2006, RUC 0500493058-6).

“No niega sus antecedentes penales, nunca violó a L., todo fue una relación consentida, existía una relación extra marital...la víctima salió a mirar, le dijo que lo estaba esperando porque quería conversar con él. Fue a la casa de ella, se sentaron en la cama, conversaron, trató de evadir la conversación, él le conocía el punto débil, se puso cariñoso e hicieron el amor. Después ella volvió a abordar el tema, le dijo que iban a terminar porque había vuelto con su pareja, él se molestó y le pegó un golpe en la cara, ella tomó un cuchillo, él le tomó las manos para soltarle la cuchilla, ella se cortó en un dedo, se arrojó sobre él, cayeron al suelo y gritó porque se había pegado en el cuello. Sólo le fue infiel y desleal a su conviviente. El temía que de lo que iban a conversar era del término de la relación” (TOP Chillán, 23 de julio de 2005, RUC 0400360597-9).

3.- Reconocimiento de la existencia de una violación: Frases que indican que efectivamente el acusado accedió a la víctima contra su voluntad, mediando el uso de la fuerza o la intimidación.

“...cuando no quedaba más vino y estaba mareado, como estaba helado se fue a acostar al medio de las niñas, vio a E. y F., que ya estaban grandes, con el trago se le metió el demonio en la cabeza y comenzó a tocar a E., le bajó sus pantalones y calzones, le afirmó sus brazos, tapó su boca con la mano y empezó a penetrarla, quien despertó llorando con el dolor, también despertó F., prendió la luz, lo encontró sobre ella, refiriendo que estaba arrepentido y que pedía perdón” (TOP San Antonio, 15 de julio de 2005, RUC 0400238485-5).

“...que pedía perdón a Dios por lo hecho, también pedía perdón a las mujeres que se encontraban en la audiencia, a las que se cruzaron con él en su camino reconociendo su culpa y específicamente en los casos de la agredida en un portón blanco de la calle 4 oriente, de la menor U. y la de la violación de la camioneta” (TOP Talca, 30 de junio de 2004, RUC 0200064696-5).

Resultados

Una vez referidas las categorías desarrolladas en este estudio, se pasa a presentar los resultados obtenidos.

En un **primer nivel de análisis de la información**, se describe el contenido explícito o manifiesto de cada una de las categorías antes indicadas:

1.- Negación de los hechos: En este caso, los acusados declaran en el juicio oral que no han mantenido relaciones sexuales con la víctima y ningún otro tipo de acercamiento sexual.

La explicación que dan a la denuncia que realiza la víctima en su contra la fundan en que ésta ha sido manipulada por terceras personas, o por una especie de venganza de la víctima (cuando se trata de una hija o hijastra) por haber sido estrictos con ellas, por despecho o celos (al tener el acusado otra mujer) o sólo para perjudicarles.

Otros acusados sólo niegan los hechos y no dan una explicación a la denuncia, o indican que no recuerdan lo sucedido, que no conocen a la víctima o que se encontraban en otro lugar cuando ésta fue atacada.

Por otra parte, en los casos de absolución, el acusado declara en el juicio que no ha mantenido relaciones sexuales con la víctima.

2.- Reconocimiento de haber mantenido relaciones sexuales con la víctima: Bajo esta categoría, se analizan tres tipos de situaciones. En todas ellas, el acusado reconoce haber mantenido relaciones sexuales con la víctima, pero explica esta relación que entiende consentida, ya sea porque la víctima no se opuso o porque fue a cambio de dinero u otro tipo de contraprestación económica o porque existía una relación sentimental previa entre la víctima y el acusado. A continuación, se analiza cada una de estas subcategorías:

Relación sexual consentida: Varios acusados señalan que las relaciones sexuales mantenidas con la víctima fueron “a la buena, no a la mala” y que “se dejaron llevar por la pasión”. Algunos hacen referencia a que la víctima llegó voluntariamente hasta sus domicilios o les habían buscado, andaban a una hora inapropiada en la calle, habían consumido alcohol y, o, drogas (marihuana) o tenían una conducta sexual inapropiada.

Varios acusados indican que fueron las víctimas quienes comenzaron a excitarlos con caricias y que ellos sólo respondieron a dicha provocación. También, hay casos en los que el acusado señala que después de un acercamiento sexual previo con la víctima, ésta se arrepiente y no quiere ser penetrada o, se molesta cuando intenta penetrarla vía anal.

Otros sostienen que en ningún momento obligaron a la víctima, no la golpearon, forzaron o intimidaron con algún tipo de arma blanca; en algunos casos incluso plantean que no intimidaron a la víctima aunque mantenían un cuchillo en su mano o cerca del lugar donde se produjeron los hechos. Es importante destacar la referencia que hacen los acusados al hecho que fue la propia víctima quien se sacó sus ropas y que ésta no gritó, no pidió auxilio, ni se resistió o dijo que no quería.

En este punto, llama la atención el concepto de violación que manejan algunos acusados y cómo interpretan algunos indicadores externos de falta de consentimiento como presencia de éste. Así, por ejemplo:

“después, su señora le pidió hacer el amor por última vez, lo cual hicieron por vía vaginal, en el suelo y al lado del refrigerador... nunca forzó a su señora para hacer el amor, que no la golpeó y tampoco la violó. Agregó que el día de los hechos su mujer gritaba pero no pedía auxilio” (TOP Antofagasta, 20 de mayo de 2005, RUC 0400438563-8).

“se encontraron con tres gringas que estaban fumando marihuana; que después de que entablaran conversación las invitaron a comprar cervezas, que después que bebieron él se fue del lugar y la gringa lo siguió porque quería comprar más marihuana; que estaba enojada por lo que forcejearon. Que ella se sacó la ropa y entonces él la obligó a tener relaciones... insiste en que ella se sacó la ropa y que para él violación es “hacerle tira la ropa, no que ella se la saque”. Que tuvieron relaciones en la playa, en donde están las rocas, dice haber mantenido relaciones dos veces, la primera, por delante y que ella consintió, y la segunda, por atrás y entonces allí ella se negó; por lo que sólo la obligó en la relación por atrás; que también a la relación bucal ella quiso. Que la pelea y los golpes fueron por la marihuana; que al forcejear ella se cayó en las rocas porque andaba sin zapatos. Que la trató de ahorcar para defenderse, porque ella tenía más fuerza” (TOP Viña del Mar, 20 de octubre de 2004, RUC 0410006383-8).

De las declaraciones transcritas se observa que varios acusados entienden que para que exista una violación, hay que tomar a la fuerza a la víctima, romper su ropa y dejarle marcas, siendo que muchas veces las víctimas no se opondrán activamente al acceso carnal ante el temor de daños mayores si se resisten.

En cuanto a la explicación acerca de la denuncia en su contra, sostienen que se trata de una venganza de la víctima por terminar con la relación sentimental existente con el acusado o plantean que ésta fue manipulada por terceras personas (amantes, padres, hermanos u otras personas) para denunciarlo. También, varios señalan que las víctimas les pidieron mantener relaciones sexuales, se desvistieron, comenzaron el acercamiento sexual pero el acusado se arrepintió, sin explicar la razón, o eyaculaban antes de penetrarla, y estas situaciones generaron una respuesta airada en la víctima, con insultos y amenazas de denuncias en contra del acusado, o con golpes ante lo cual éste sólo se defendió, agrediendo. También hay situaciones en las que refieren que la víctima, después de

mantener relaciones sexuales con el acusado, es notificada por éste del término de la relación, lo que hace que éstas les agredan y ellos tengan que defenderse. Todo ello como una forma de dar explicación a las lesiones presentadas por las afectadas.

En las sentencias absolutorias, los acusados indican que la víctima les buscó o provocó la situación, siendo éstas quienes se sacaron la ropa, sin que hubiera amenazas o golpes.

Relación sexual por dinero u otra contraprestación económica: En estos casos, el acusado declara que efectivamente mantuvo una relación sexual con la víctima, a cambio de dinero u otro tipo de contraprestación económica como un anillo, droga, un kilo de leche.

Los acusados refieren que cuando se niegan a pagar más de lo pactado originalmente con la denunciante, ésta se enfada, se producen forcejeos en los que el acusado se defiende y la agrede. En otras situaciones, indican que se pacta el precio y la víctima presta el servicio y allí termina todo, no entendiendo las razones por las que han sido denunciados.

En las sentencias absolutorias, los acusados indican que pagaron por un trabajo, que en algunos casos la mujer era una prostituta o que, al menos, la víctima tenía un comportamiento que hacía pensar que lo era.

Relación sentimental previa: En esta subcategoría, los acusados sostienen que mantenían una relación sentimental previa con la víctima ya sea como amantes o como pareja y que incluso, en algunos casos, esta relación era conocida por terceras personas.

Explican la denuncia como una consecuencia de la comunicación a la víctima o al acusado del término de la relación, lo que produce un altercado entre ambos que desemboca en agresiones, o también algunos acusados plantean que la denuncia es una forma de perjudicarles por otro tipo de intereses.

“No niega sus antecedentes penales, nunca violó a L., todo fue una relación consentida, existía una relación extra marital... la víctima salió a mirar, le dijo que lo estaba esperando porque quería conversar con él. Fue a la casa de ella, se sentaron en la cama, conversaron, trató de evadir la conversación, él le conocía el punto débil, se puso cariñoso e hicieron el amor. Después ella volvió a abordar el tema, le dijo que iban a terminar porque había vuelto con su pareja, él se molestó y le pegó un golpe en la cara, ella tomó un cuchillo, él le tomó las manos para soltarle la cuchilla, ella se cortó en un dedo, se arrojó sobre él, cayeron al suelo y gritó porque se había pegado en el cuello. Sólo le fue infiel y desleal a su conviviente. El temía que de lo que iban a conversar era el término de la relación” (TOP Chillán, 23 de julio de 2005, RUC 0400360597-9).

En las sentencias absolutorias, los acusados también señalan que mantenían una relación de pareja con la denunciante.

3.- Reconocimiento de la existencia de una violación: En estas circunstancias, los acusados reconocen que mantuvieron relaciones sexuales con la víctima mediante el uso de la fuerza o la intimidación.

Ante esta situación se muestran arrepentidos, piden disculpas o perdón a su familia o a Dios, y justifican su conducta por la influencia del alcohol, porque “se le metió el demonio”, o porque en ese momento no saben lo que les pasó. Algunos explican lo sucedido porque ellos también fueron violados cuando eran niños, o porque la víctima les provocó o no se opuso ni gritó, o sólo realizaron tocaciones a la víctima pero no la accedieron carnalmente.

“que en el trayecto se encontró con la niña y en ese momento no sabe qué le pasó, pero que la tomó de los brazos y la llevó a un lugar apartado de allí, donde le sacó la blusa y los pantalones, la acostó, sin que ella se opusiera a nada, le abrió las piernas y la penetró, luego le señaló que no le dijera nada a nadie y que se fuera a su casa” (TOP Copiapó, 14 de febrero de 2004, RUC 0310001314-1).

“la relación sexual habida con su hija se debió a la soledad, y a que su señora se fue a trabajar a Santiago, dejándolo solo con los hijos, lo que lo llevó al vicio, y al trago” (TOP Valdivia, 30 de julio 2005, RUC 0400439389-4).

A partir de lo expuesto y si se avanza a un **segundo nivel de análisis** de las categorías desarrolladas sobre las explicaciones que dan los acusados por el delito de violación del art. 361 N°1 del C.P. durante el juicio oral, se pueden observar ciertas ideas o creencias básicas que cruzan y estructuran las declaraciones de los acusados en torno a los hechos por los cuales se les acusa. Ellas son: la externalización de la responsabilidad en los hechos y el consentimiento en las relaciones sexuales. A continuación, pasamos a desarrollar este segundo nivel de análisis⁴:

1.- Externalización de la responsabilidad en los hechos: la Culpabilización de la víctima o de fuerzas externas al acusado por lo ocurrido. De la lectura detenida de las categorías elaboradas a partir de las declaraciones de los acusados en juicio oral, se pueden deducir algunos temas que se reiteran en gran parte de las mismas, más allá que los acusados hayan negado o reconocido los hechos que se les imputan y que se resume en la siguiente frase: “Yo no soy responsable de lo ocurrido”.

En efecto, para aquellos acusados que niegan los hechos, se observa que ellos indican que no han violado a las víctimas y que éstas les denunciaron para

4 En la Técnica de Análisis de Contenido, se suele denominar a este segundo nivel de análisis como desarrollo de ejes temáticos.

perjudicarles, ya sea porque ha habido manipulación de terceras personas, por venganza o celos de la víctima o por ser estrictos con esta última en la administración de la disciplina y de los permisos, cuando hay algún vínculo familiar con las afectadas. En definitiva, los acusados se consideran como las víctimas de la situación que se ventila en juicio oral, pues están siendo juzgados por algo que no hicieron.

Cuando los acusados reconocen haber mantenido relaciones sexuales con la víctima y alegan que éstas fueron consentidas, suelen señalar que éstas les provocaron y que ellos sólo reaccionaron a dicha provocación, o que la víctima tenía un comportamiento que les hacía deducir que querían mantener relaciones sexuales con ellos ya sea porque habían consumido alcohol, por la hora inapropiada en la que andaban en la calle o porque estas víctimas tenían una conducta promiscua. En otros casos, los acusados manifiestan que las afectadas no expresaron su falta de anuencia para el acceso carnal ya sea porque al momento de los hechos no gritaron, no pidieron ayuda, o porque ellas se sacaron la ropa por sí mismas o no explicitaron claramente que no querían hacerlo. En definitiva, los acusados culpan a la víctima de lo sucedido.

Aquí los acusados entienden que la denuncia que hace la víctima en su contra está determinada por diversas motivaciones tales como la venganza, la manipulación de terceras personas, los celos o el despecho. Nuevamente se observa en el relato de los acusados la idea que las víctimas buscaron perjudicarles.

Para las situaciones en las que el acusado reconoce haber mantenido relaciones sexuales con la víctima pero por dinero u otro tipo de contraprestación económica, éstos suelen sostener que la relación entablada con ésta fue a propósito de la ejecución de un trabajo –la prestación de un servicio sexual a cambio de dinero– y nada más o, en otras circunstancias, que la reacción airada de la víctima –que se traduce en un forcejeo y la consiguiente denuncia– se debió a que no quisieron pagar más por los servicios prestados y esta situación provocó el enfado de la denunciante. Cuando los acusados alegan que existía una relación sentimental previa con la víctima, sostienen que la imputación de una violación se debe al despecho de esta última o a que se les quiere perjudicar. Como se observa, aquí también los acusados atribuyen a la víctima la intención de perjudicarles.

Finalmente, en el caso de los acusados que reconocen haber forzado a la víctima para mantener relaciones sexuales, justifican su conducta por el hecho de haber consumido alcohol, porque se les “metió el demonio”, porque ellos también fueron víctimas de violación durante su infancia, o porque la víctima les provocó o ésta no se opuso o, indican que efectivamente tocaron a la víctima pero no la accedieron o lo hicieron sólo una vez y no en varias ocasiones como se les imputa.

Aquí es interesante observar que en el relato de varios acusados, en forma un tanto soterrada e implícita, aparece la mención a un impulso sexual masculino irresistible o irrefrenable que cuando se manifiesta ya no es posible detener. Este tipo de justificación favorece la falta de asunción de responsabilidad de los acusados en el devenir de los hechos al explicar su desenlace sobre la base de fuerzas biológicas ajenas que no pueden controlar.

En todos los casos analizados, pareciera ser que las verdaderas víctimas no son quienes resultaron perjudicadas o dañadas con el actuar de los acusados sino que éstos que, no teniendo responsabilidad en los hechos, fueron involucrados en una investigación y arrastrados a un juicio que se inicia por una denuncia de las afectadas que sólo persigue perjudicarles.

Cuando los acusados reconocen la violación, nuevamente pasan a ser las víctimas o sujetos pasivos de la situación en la que se encuentran involucrados puesto que alegan no haber actuado en sus cabales (cometieron los hechos movidos por el alcohol, el demonio, la soledad, un trauma infantil), es decir, nuevamente no tienen responsabilidad en los hechos, pues fuerzas externas les llevaron a forzar a las víctimas.

Como se observa, surgen aquí algunas ideas relacionadas con las víctimas de delitos sexuales, especialmente cuando son mujeres, que recuerdan algunos estereotipos y prejuicios muy comunes en estas materias, tales como (Redondo, 2002):

- La mujer es una seductora que atrae al hombre inocente y confiado a la relación sexual. La víctima dio el primer paso, o aceptó mantener relaciones sexuales a cambio de dinero, drogas, etc.
- Las mujeres dicen que no cuando quieren decir sí: Es común que los acusados describan a sus víctimas diciendo que al principio ellas se resistían, pero se defienden señalando que creían que en el fondo ellas lo aprobaban. La resistencia es considerada parte del juego sexual. Negar la violación, la víctima o las circunstancias del hecho es una actitud común en los acusados por violación. También puede suceder que el hombre conciba aquel acto como una prerrogativa que como hombre tiene derecho a realizar en aquella situación. Se considera que si la víctima sobrevivió sin un daño físico demasiado grave, no se puede hablar de violación.
- Las buenas chicas no son violadas: La reputación de la víctima, sus características (vestimenta, apariencia física, ocupación) o comportamiento no acorde con las expectativas normativas de los roles sexuales, se considera que contribuyen a causar el delito. La víctima no tiene honra: era prostituta, una perdida, una promiscua, estaba divorciada, hacía *auto-stop*.

- Sólo es una falta leve: Los acusados sólo aceptan un delito leve pero no aceptan la definición del acto como una violación. Prevalece en ellos la normalidad o rechazan la desviación alegando abuso de alcohol o drogas, problemas emocionales y ofrecen la imagen de un buen ciudadano.

En definitiva, los acusados no asumen su responsabilidad en los hechos o la minimizan en el mejor de los casos.

2.- El consentimiento en las relaciones sexuales: Es un lugar común en el relato de varios acusados la mención a que *“mantuvieron relaciones a la buena con la víctima, no a la mala”*.

Esta expresión característica en varias declaraciones de los acusados se refiere a que no tomaron a la fuerza a la víctima, no la golpearon, no la forzaron, no la intimidaron o amenazaron. Y desde la óptica de la víctima, que ésta no gritó, no pidió auxilio, no se resistió, no dijo que no quería, o fue ella quien se sacó la ropa o tenía un comportamiento que hacía pensar que era una prostituta y que, por lo tanto, consentía en mantener relaciones sexuales. De todas estas conductas, los acusados refieren deducir el consentimiento sexual de la víctima.

Cuando los acusados reconocen haber mantenido relaciones sexuales con las víctimas, y alegan que éstas fueron consentidas suelen señalar que ellas les provocaron y que sólo reaccionaron a dicha provocación, o que la víctima tenía un comportamiento que les hacía deducir que éstas querían mantener relaciones sexuales con ellos ya sea porque habían consumido alcohol y andaban “de carrete”, por la hora en que andaban en la calle o porque llegaron voluntariamente a su domicilio o porque las afectadas tenían una conducta promiscua. A partir de estos comportamientos, los acusados deducen anticipadamente la anuencia de las ofendidas para mantener relaciones sexuales, que ellos entienden desde ya como consentidas.

Del relato de los acusados se observa también una percepción respecto de la falta de consentimiento que se asocia con la fuerza, entendida ésta como una violencia física que se traduce en la rotura de ropas, golpes y marcas en el cuerpo de la víctima, cuya ausencia en una situación concreta lleva a interpretarla como falta de fuerza para mantener relaciones sexuales.

En general, los acusados no consideran que además de la fuerza física, la intimidación –entendida como la amenaza de un mal mayor para la víctima u otras personas cercanas a ella si se resiste– pueda llevar a una persona a mantener relaciones sexuales aunque esta situación no implique ciertamente que haya consentido en el acceso carnal. O, por otro lado, que la actitud pasiva de la víctima (no gritar, no pedir auxilio) no esté relacionada con haber consentido al contacto sexual sino que con el temor a sufrir daños mayores si ella se resiste activamente.

En este sentido, pareciera ser que los acusados esperan una resistencia más activa por parte de la víctima cuando ésta no quiere mantener relaciones sexuales con ellos, que se traduzca en la petición de auxilio, o en la manifestación explícita que no consienten en el contacto sexual.

No obstante lo anterior, una lectura más detenida y contrastada con los relatos de las víctimas nos muestra que los acusados no sólo las forzaron o intimidaron sino que éstas muchas veces sí se resistieron activamente.

Conclusiones

A partir del estudio realizado, se han obtenidos interesantes elementos para el análisis de la declaración de los acusados por un delito de violación en un juicio oral.

Al retomar las preguntas planteadas al inicio de este estudio, es posible señalar que, en principio, el vínculo previo que mantenga el acusado con la víctima no es importante para determinar si reconocerá o no los hechos durante el juicio, ni tampoco es un factor relevante al momento de absolverle o condenarle.

En cuanto a las explicaciones que dan los acusados por la denuncia interpuesta en su contra por las víctimas, aunque ellos sostengan que no han mantenido ningún tipo de contacto sexual con éstas o que éste era consentido, se centran ya sea en la negación de los hechos; su reconocimiento pero alegando que se trató de una relación sexual consentida, por dinero o porque existía una relación sentimental previa o, finalmente, en la aceptación de una violación. En los fallos absolutorios, las explicaciones son las mismas, salvo que en ellos el acusado no reconoce la existencia de un acceso carnal forzado al declarar en el juicio oral.

En definitiva, y a partir del análisis efectuado respecto de los relatos de los acusados, destacan dos ideas centrales: su falta de responsabilidad en los hechos por los que han sido denunciados, y la justificación de su actuar a través de la culpabilización de la víctima o de situaciones externas a ellos que, en definitiva, les exime de responsabilidad. Además, también es importante relevar la explicación de la denuncia en su contra fundada en la creencia que la víctima buscó perjudicarles.

Tampoco hay grandes diferencias en las explicaciones que dan los acusados frente a lo acontecido y el resultado del juicio (condena o absolución). Las justificaciones esgrimidas son muy parecidas en uno y otro caso. De este modo, el resultado del juicio pareciera no estar relacionado con el contenido de la explicación, sino que más bien con otros factores como podrían ser la credibilidad de la víctima y, o del acusado o de sus relatos en relación con el resto de pruebas presentadas ante el tribunal.

Por otra parte, resulta muy interesante indagar los significados que los acusados atribuyen al término “violación”, las diferencias que hacen al concebir una violación causada por la fuerza o por la intimidación, la forma en que entienden la fuerza (muy vinculada al daño físico grave) y los indicadores externos en la víctima o en su comportamiento que interpretan como consentimiento sexual.

Respecto del consentimiento, pareciera ser que, de algún modo, opera en los acusados la siguiente creencia: si la víctima provocó la situación, luego no se puede arrepentir de mantener el contacto sexual. El consentimiento sexual no podría fraccionarse, de acuerdo con el relato de los acusados, desde el momento en que comienza el juego sexual, éste supondría un consentimiento general para todo aquello que pudiera venir con posterioridad.

Si bien estas cuestiones pueden explicarse sobre la base de la estrategia de defensa de los acusados, puesto que si éstos reconocen que mantuvieron relaciones sexuales con la víctima, pasa a ser fundamental convencer al tribunal oral que esta última consintió en ello para lograr su absolución, también entran en juego algunas creencias profundamente arraigadas en nuestra sociedad y que son recogidas en los relatos de los acusados respecto de la sexualidad masculina, concebida como un impulso irrefrenable que no se puede controlar y que hay que satisfacer, así como también la creencia que el consentimiento sexual de la víctima se puede deducir a partir de indicadores externos del comportamiento de esta última, escasamente reveladores del mismo tales como su vestimenta, el consumo de alcohol o drogas, el horario en el que la víctima permanece en espacios públicos, etc.

La respuesta a varias de las preguntas planteadas en este estudio puede influir en la forma que se investiga este tipo de denuncias. Así, aspectos tales como ciertos elementos que hay que considerar e indagar cuando se toma declaración a la víctima y al imputado, tales como el contexto témporo espacial en el cual se desarrollaron los hechos; la determinación de la existencia de rastros de violencia en el sitio del suceso o en el cuerpo de la víctima; el uso de armas para lograr el acceso carnal o un contexto de intimidación; la existencia o no de consumo de alcohol y, o, drogas, lo que hace indispensable la solicitud de las pericias pertinentes para detectar estas sustancias en la víctima y en el imputado, en los casos de delitos flagrantes; la existencia de algún tipo de transacción comercial por la relación sexual, resultando nuevamente fundamental la recolección de la evidencia pertinente en los casos de flagrancia o, la existencia de una relación sentimental previa entre la víctima y el imputado, haciéndose necesario indagar esta cuestión en el entorno más cercano de ambos. Todos estos aspectos parecen ser fundamentales para alcanzar un buen resultado investigativo en esta clase de delitos.

Por otro lado, resulta especialmente relevante al tomar declaración a los imputados durante la investigación y el juicio oral, la exploración de los significados asociados a una relación sexual consentida y a una violación, así como los elementos que los acusados tuvieron presentes para deducir el consentimiento de la víctima en el caso particular. También es fundamental investigar si la denuncia de la víctima en contra del imputado supone algún tipo de ganancia secundaria para ésta, es decir, si la víctima tendría razones para querer perjudicar al acusado.

Por último y dentro de las limitaciones que presenta este estudio, se encuentra el hecho que las declaraciones de los acusados analizadas corresponden a la transcripción que de ellas se ha hecho en el fallo judicial en los casos que se llevaron a juicio oral, de ahí que es necesario considerar, al analizar los resultados obtenidos, un posible sesgo de la información en una triple vertiente: los casos denunciados que llegan al sistema de persecución penal (que no necesariamente corresponden a todos los casos de violación que se dan en la comunidad), la selección hecha por los fiscales para llevar ciertos casos de violación denunciados a juicio oral y, el hecho que la declaración de los acusados en el juicio oral analizada en este estudio corresponde a una transcripción realizada en el fallo que no necesariamente refleja la declaración completa de los acusados en dicha instancia y que puede haber sufrido errores al momento de su reproducción.

Referencias bibliográficas

Bardin, L. (2002). "Análisis de Contenido". Ediciones Akal, 3ª edición, Madrid, España.

Echeburúa, E y Guerricaechevarría, C. (2000). "Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores". 1ª edición. Editorial Ariel, Barcelona.

Garrido, V. (2003). "Psicópatas y otros delincuentes violentos", Tirant lo Blanch, Valencia.

Garrido Martín, Eugenio. (1995). "La psicología de las sentencias judiciales en materia de delitos sexuales", Marzo 1995, Poder Judicial, 2ª época, N°37, Consejo General del Poder Judicial de España, p. 93 a 139.

Marshall, W. (2001). "Agresores sexuales". Editorial Ariel, 1ª edición.

Noguerol, V. (2005). "Agresiones sexuales", Editorial Síntesis, Madrid.

Piñuel Raigada, José. (2002). "Epistemología, metodología y técnicas de análisis de contenido". Estudios de Sociolingüística 3 (1) en <http://web.jet.es/pinuel.raigada/A.Contenido.pdf>

- Politoff, S., Matus, J. y Ramírez, M. (2004). "Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial". Editorial Jurídica de Chile.
- Redondo, S. (coordinador). (2002). "Delincuencia sexual y sociedad". Editorial Ariel, 1ª edición.
- Rodríguez Collao, L. (2001). "Delitos Sexuales". Editorial Jurídica de Chile.
- Soria, M. y Hernández, J. (1994). "El agresor sexual y la víctima". Editorial Boixareu Universitaria, Barcelona, España.
- Taylor, S. J. y Bogdan, R. (1992). "Introducción a los métodos cualitativos de investigación. La búsqueda de significados". Ediciones Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México. 1ª reimpresión en España.
- Valles, M. (1997). "Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional". Síntesis Sociológica, Madrid.
- Worling, J. y Curwen, T. (2001). "Eraser (Estimate of risk of adolescent sexual offense of recidivism)". Safe T Program, Canadá.

ASPECTOS DOGMÁTICOS DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS DEL ARTÍCULO 3° DEL PROTOCOLO DE PALERMO

Francisco Soto Donoso¹

I. Introducción

La trata de personas, como fenómeno normativo, es una realidad instalada en la conciencia jurídica internacional. En la actualidad ya es largo el camino recorrido, tanto por el Derecho Internacional como por las legislaciones internas, en torno a esta nueva forma de esclavitud generadora de grandes dividendos económicos para quienes participan de ella como agentes. Esta simple expresión puede advertir al lector en cuanto a la gama de aspectos que pueden ser abordados a propósito de ella: el político criminal, el relativo a la política de migraciones, el criminológico, el victimológico, entre otros anexos. Así también, es variada la literatura referente a estos tópicos vinculados a la trata de personas, todos de absoluta relevancia a la hora de enfrentar integralmente esta forma de criminalidad. Sin embargo, las líneas siguientes sólo pretenden abordar un aspecto del tema, tan importante como los otros, cual es el tipo penal de trata de personas a la luz de las categorías dogmáticas del Derecho Penal, cuestión que en definitiva redundará en una correcta aplicación de esta figura creada por la normativa internacional y que está siendo adoptada, en sus líneas generales, por los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

Es el tipo penal del artículo 3° del Protocolo de Palermo, instrumento anexo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el que se someterá a análisis desde la perspectiva histórica del Derecho Internacional y, más importante aún, a la luz de algunas instituciones dogmáticas de la parte general del Derecho Penal, con el fin de adelantar algunas discusiones que pueden ventilarse en la aplicación práctica luego de su adopción por los distintos ordenamientos penales de los países suscriptores del Protocolo de Palermo. En razón de ello es que se tratará, entre otros temas de relevancia, lo relativo a los bienes jurídicos que intenta proteger, sus circunstancias comisivas, la estructura de sus verbos rectores, las hipótesis de explotación y algunos aspectos subjetivos de importancia.

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

II. Antecedentes de tipificación del delito de trata de personas en el Derecho Internacional

El Derecho Internacional ha hecho un esfuerzo por delimitar el campo de punibilidad de la trata de personas. Eso sí, este derrotero normativo ha sido verdaderamente complejo y confuso, esencialmente debido, por un lado, a la necesidad inicial de la comunidad internacional de afrontar este problema desde otras perspectivas, desatendiendo primeramente el enfoque punitivo, y, por otro, a la falta de tratamiento armónico de los hechos que constituyen propiamente la trata de personas. En relación a esto último, vemos regulados en ciertos instrumentos cuestiones relativas tan sólo a la explotación sexual de mujeres, mientras que en otros se aborda el tema de la esclavitud u otros análogos.

Sin embargo, de esta falta de sistematicidad podemos extraer algunos hitos importantes que, en buenas cuentas, vinieron a constituirse en los antecedentes de la legislación que hoy comienza a regirnos en esta materia. Es así como en 1904 se suscribe en París el Convenio para la Supresión de la Trata de Blancas, primer instrumento internacional que establece ciertos compromisos de los Estados firmantes encaminados a la persecución de los sujetos que propiciaban el llamado “tráfico” de mujeres y niñas. Posteriormente, en 1910, trece estados europeos suscribieron, también en París, la Convención Internacional para la supresión de la Trata de Personas, en la que expresamente se comprometen a adoptar medidas penales contra quienes fueren o induzcan la prostitución de mujeres menores de veinte años. En el marco de la Convención para Supresión del Tráfico de mujeres y niños, de 1922, se creó un Comité de expertos que emitió un informe en donde por primera vez se conceptualizaba la trata como delito, señalándose que consistía en el *“proxenetismo y el transporte directo e indirecto de mujeres y jóvenes para satisfacer la pasión sexual de otras personas, todo ello presidido por el correspondiente ánimo de lucro”*, concepto que constituye un claro pero incipiente intento por establecer los límites típicos de la conducta constitutiva de trata de personas.

Con todo, uno de los instrumentos más importantes dictados en esta línea fue el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 1949, cuyo objetivo no fue el que los Estados prohibieran la prostitución en sí misma, sino que se castigaran aquellas prácticas que suponían la incitación, el traslado y la explotación de la prostitución de otra persona. Así, dicho convenio estableció cuatro conductas susceptibles de ser sancionadas, a saber: concertar la prostitución de otra persona, aun con su consentimiento; explotar la prostitución de otra persona, aun con su consentimiento; mantener una casa de prostitución, administrarla o, a sabiendas, sostenerla o participar en su financiamiento; dar o tomar en arriendo, a sabiendas, un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena.

Con posterioridad al Convenio del año 1949, los instrumentos internacionales atingentes no centraron sus esfuerzos en conceptualizar este fenómeno para efectos punitivos, sino que volvieron su mirada hacia aspectos programáticos proteccionales y de cooperación². Recién en 1996 surge en la comunidad internacional un concepto moderno de trata de personas, pues en una resolución del 18 de enero de 1996, el Parlamento Europeo definió la trata de seres humanos como el *“acto ilegal de quien directa o indirectamente favorece la entrada o permanencia de un ciudadano proveniente de un tercer país con fines de explotación, utilizando el engaño o cualquier forma de constreñimiento o abusando de una situación de vulnerabilidad o incertidumbre administrativa”*. En este concepto se pueden vislumbrar tres de los elementos centrales que suelen ser característicos en el delito de trata de personas: el traslado de un lugar a otro produciendo una situación de desarraigo de la víctima, la explotación económica lucrativa y la utilización de medios engañosos o violentos para ello³.

La señalada era la realidad jurídica internacional al momento de suscribirse el año 2000, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuyo mérito es constituir el instrumento más universal que ha generado la comunidad internacional en las materias delictuales que aborda, incluida por cierto, la trata de personas. Dicha Convención contempló dos protocolos facultativos suscritos por la mayoría de los países partes de aquella: el **Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire**, y el **Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños**. Dentro de lo destacable de estos protocolos está la distinción conceptual que realizan de las voces “trata” y “tráfico”, abordando esferas de ilicitud que, aunque cercanas ontológicamente, corresponden a estructuras normativas disímiles, tanto en su objeto de protección como en su estructura. De esta manera, el tráfico ilícito de migrantes queda reservado a aquellas situaciones en que se facilita la entrada ilegal de una persona a un Estado, con fines financieros o de orden material, destacándose en este caso no sólo la afectación de bienes jurídicos de la víctima sino que también la vulneración de las normas migratorias de los Estados. La “trata de personas”, por el

2 A este respecto se pueden señalar los siguientes instrumentos internacionales: el Convenio Suplementario de Ginebra sobre Abolición de la Esclavitud, Trata de Esclavos e Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (1956); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); la Declaración sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993) y el Proyecto de Resolución de Naciones Unidas sobre Tráfico de Mujeres y Niñas (1997).

3 En relación a la evolución histórica de los instrumentos internacionales relativos a la trata de personas, REBOLLO VARGAS, RAFAEL; CUGAT MAURI, MIRIAM; RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ, “Normativa Internacional y Derecho Comparado” en “Trata de Personas y Explotación Sexual”, Coordinación de Mercedes García Arán, pp. 33 y ss., Estudios de Derecho Penal y Criminología, N°79, Primera Edición, Editorial Comares, Granada, 2006.

contrario sólo se referirá a aquellas situaciones en que se trasladen personas de un lugar a otro con fines de explotación, siendo exclusiva en ella la protección de bienes jurídicos individuales.

El artículo 3° del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, también conocido como Protocolo de Palermo, señala un inédito y completo concepto de trata de personas. Además, por sus propias características, lo que establece dicho precepto no es más que un tipo penal base sobre el cual los países partes del protocolo deben trabajar para adecuar los tipos penales en sus respectivas legislaciones internas. Contiene una exhaustiva descripción de la conducta punible, cuestión que denota la atención que puso el legislador internacional en los aspectos fenomenológicos del delito de trata de personas, pues se consideran en él muchas acciones frecuentes realizadas por las organizaciones criminales dedicadas a estas actividades ilícitas. Es por ello que, luego de casi un siglo de constatación de la realidad de la trata, y también de generación de instrumentos internacionales que tuvieron por fin, entre otras cosas, la delimitación conceptual de aquélla, el artículo 3° del Protocolo de Palermo logra establecer el delito de trata de personas con la siguiente estructura típica: *“a) Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por niño se entenderá toda persona menor de 18 años”.*

III. Bien jurídico protegido

No es recomendable iniciar el estudio de un tipo penal sin hacerse la pregunta acerca del bien jurídico. Y es que, desde la perspectiva de su función crítica, el bien jurídico es el norte del legislador a la hora de decidir acerca de la intromisión del Derecho Penal como instrumento necesario y apropiado. En lo que a la trata de personas respecta, en vez de adentrarnos en la difusa y compleja intención proteccional que hay detrás de la implementación de este tipo penal, es preferible aproximarse al problema del bien jurídico tomando como punto de partida aquél, y así delimitar su objeto de tutela para, de esta manera, colaborar con elementos útiles en favor de su correcta interpretación.

En el plano de la trata de personas el problema del bien jurídico se torna complejo, no por su debilidad o carencia, sino que al contrario, por la frondosidad de su contenido, pues la comunidad internacional ha entendido que son variados los valores comprometidos en la realización de las conductas constitutivas de la trata de personas. Ahora, es necesario determinar cuáles son aquellos valores o bienes jurídicos y, consiguientemente, establecer cómo se comporta el tipo penal en función de la forma de afectación de aquéllos.

Debido a su reciente aparición, ni la doctrina ni la jurisprudencia han tenido ocasión de pronunciarse acerca de los bienes jurídicos que pretende proteger el delito consagrado en el artículo 3° del Protocolo. Las opiniones expresadas a propósito de este tipo penal se han basado en la configuración de éste como un ilícito vinculado a la prostitución, lo que no ocurre en la norma señalada, ya que se consideran en ella otras formas de explotación tales como los trabajos forzados, la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos. Así, en consideración a estas formas de explotación, en íntima relación con las circunstancias comisivas reveladoras de falta de voluntad o de una voluntad viciada por parte de la víctima, es dable sostener que se trataría de un delito pluriofensivo que lesiona una gama considerable de bienes jurídicos: vida e integridad física y psíquica, libertad y seguridad personal, libertad sexual, indemnidad sexual, libertad de tránsito y de residencia, libertad de trabajo, vida privada y honra de la persona. De lo dicho, perderían validez aquellos planteamientos que sostenían que detrás de la implementación de los tradicionales tipos penales de trata, vinculados esencialmente a la explotación de la prostitución ajena, se consagraba la protección de bienes jurídicos de corte moral, cuestión sostenida con fuerza respecto de la figura simple de nuestro tipo penal de trata del artículo 367 bis del Código Penal. En ese sentido, GUZMÁN DÁLBORA, haciendo una revisión del panorama del derecho comparado en la materia destaca, en relación con lo señalado, la importancia de delimitar el reproche de la trata de personas en bienes jurídicos individuales y no en conceptos moralizantes, así como también el avance que significó en este orden la figura del artículo 3° del protocolo: *“El concepto gira en torno de comerciar con personas, como si de cosas u objetos se tratase, lo cual supone que quien las atrae o conduce obre contra o sin su voluntad (...). Todo aquello que no satisfaga esta pareja de requisitos queda al margen del tema y no puede ser “tratado como trata”; será acaso otra figura delictuosa, cuyo mérito habría que indagar al hilo de un criterio metodológico distinto, un bien jurídico diferente, supuesto que el Derecho en cuestión lo provea”*⁴.

A partir de lo ya dicho respecto de los variados bienes jurídicos comprometidos en este ilícito es necesario referirse a la posibilidad que exista una afectación a la dignidad de la persona. Por las características propias del delito,

4 GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS, “La trata de personas y el problema de su bien jurídico”, Revista Procesal Penal, N°62, p. 12, Primera Edición, Lexis Nexis, Santiago, 2007.

su forma de comisión, la entidad que tiene o puede llegar a tener la afectación de los bienes jurídicos particulares mencionados y, en definitiva, los efectos denigratorios e ignominiosos que se pueden producir en la víctima, surge de manera casi intuitiva la idea de colocar a la dignidad humana como su objeto de tutela jurídica. Más allá de la situación particular de la trata de personas, han sido variadas las voces que se han manifestado en contra de esta opción de considerar la dignidad humana como un valor que pueda ser tutelado por el Derecho Penal. Un resumen de aquellas posturas es expresada por RODRÍGUEZ COLLAO al señalar que: *“Es claro que la dignidad de la persona, desde un punto de vista conceptual, no puede ser reducida a la idea de derecho. (...) En tal virtud, mientras cualquier derecho es susceptible de ser lesionado hasta el punto de su total supresión (por ejemplo: privación de la vida o de la libertad), no existe, en realidad, procedimiento alguno que pueda privar a una persona de su dignidad. (...) En verdad, todos los delitos que atentan contra intereses individuales (...) importan también un ataque al valor de la dignidad humana, en cuanto privan al afectado de la posibilidad de ejercer la plenitud de las facultades de que está investido en su condición de ser humano”*⁵. Esta última expresión nos da algunas luces en torno a lo que sucede con la trata de personas en relación con la dignidad de las personas: recordemos que ésta supone, ya sea a título de peligro o a título de lesión, una afectación de diversos y numerosos bienes jurídicos, lo que otorga a este delito caracteres particulares. Si bien es cierto, tal como señala el propio RODRÍGUEZ COLLAO, la noción de dignidad humana se encuentra al margen de la de derechos fundamentales, siendo aquélla el sustento y fundamento de éstos,⁶ existen algunos delitos que por la extensión, real o potencial, de los bienes jurídicos que involucran, merman la dignidad humana de la víctima. Por cierto, esa acumulación de valores afectados supone que, en definitiva, lo vulnerado sea “algo más” que aquellos bienes jurídicos particulares, lo que ocurre cada vez que la afectación de esos bienes jurídicos va acompañada de un trato vejatorio que implique la cosificación del ser humano. Al respecto, apoyando esta postura de considerar la dignidad humana como objeto de tutela en este tipo penal específico, ALONSO ÁLAMO señala: *“Son de destacar las palabras de Romeo Casabona quien, después de sostener que la dignidad humana puede ser lesionada a través de o en conexión con la agresión de los concretos derechos fundamentales, afirma que no toda lesión de los mismos implica necesariamente la lesión de la dignidad. De donde se deriva que la dignidad es algo que está detrás e informa los citados derechos, pero “algo” distinto. Dicho “remanente” o “residuo”, ese “algo” singular y distinto, que paradójicamente constituiría la esencia*

5 RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, “Delitos sexuales”, pp. 81 y 82, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

6 En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, op. cit., pp.75 y ss.

*misma de la persona, podría ser directamente atacado por acciones que comporten la cosificación, instrumentalización, envilecimiento o humillación de la persona*⁷⁷.

Por otra parte, en consideración a la estructura que ofrece el tipo penal de trata del artículo 3° del Protocolo, en general podemos sostener que éste se comporta como un delito de peligro. En efecto, para entender que estamos frente a un delito consumado basta que se verifiquen los verbos rectores con las circunstancias comisivas correspondientes, lo cual ciertamente produciría una lesión concreta de bienes jurídicos tales como la libertad ambulatoria y la seguridad personal (amenazas, uso de fuerza u otras formas de coacción), sin perjuicio de otros delitos que se puedan configurar en virtud de ello, dándose lugar al correspondiente concurso de delitos. Sin embargo, las hipótesis de explotación que contempla la norma no son requeridas para la consumación, por lo que respecto de los bienes jurídicos involucrados en ellas (libertad sexual, libertad laboral, vida e integridad física), así como respecto de la noción de dignidad humana a la que hicieramos mención, habría sólo un peligro de lesión. Lo interesante a propósito de esto es determinar el carácter del peligro, pues recordemos, existe la posibilidad de que la valoración del peligro tenga que ser realizada en términos concretos y efectivos por el juez, evento en el que estamos frente a los llamados delitos de peligro concreto, o que esa evaluación sea hecha *ex ante* por el propio legislador, sin necesidad de verificación en los hechos, caso en que estamos frente a los llamados delitos de peligro abstracto. Pues bien, al analizar la forma en que se configuró el delito de trata de personas en el Protocolo, creemos que no es posible clasificarlo en ninguno de los dos. Más bien, el tipo penal se puede incluir dentro de los llamados delitos de aptitud (también conocidos en doctrina como delitos de peligro abstracto-concreto, delitos de peligro hipotético o delitos de idoneidad), pues no se trata propiamente de un delito en donde se sostenga una presunción de peligro por el solo hecho de la realización de los verbos rectores, ni en donde sea necesario probar un peligro concreto al bien jurídico, sino que el hecho se torna peligroso en la medida que puedan acreditarse ciertas condiciones que en sí, sin necesidad de probanza ulterior, son consideradas aptas para lesionar el bien jurídico. En este mismo sentido, refiriéndose a los delitos de aptitud, MALDONADO sostiene: “*De lo que se trata es de sancionar la ejecución de una conducta que en el caso concreto suponía para el actor, y para cualquiera en su lugar, una puesta en peligro para el bien jurídico, con independencia del resultado que derive de un juicio ex post y aun cuando se acredite que éste no concurría*”⁷⁸. En el caso de la trata de

7 ALONSO ÁLAMO, MERCEDES, “¿Protección penal de la dignidad?. A propósito de los delitos relativos a la prostitución y la trata de personas para la explotación sexual”, Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo, N°17, p. 176, Legis Editores, Bogotá, 2006.

8 MALDONADO, FRANCISCO, “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados *“Delitos de Peligro”* en el moderno Derecho Penal”, Revista de Estudios de Justicia, Universidad de Chile, N°7, p. 49, Santiago, 2006.

personas, claramente la aptitud lesiva se aloja en la finalidad de explotación, por cuanto es ella la que tiñe de ilicitud los verbos rectores y los acerca a una lesión de los bienes jurídicos que se manifiestan detrás de dichas hipótesis de explotación, no siendo necesaria la verificación en concreto de dicho peligro, sino que basta con la acreditación de dicha intención.

IV. Tipo penal de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo

El tipo penal de trata de personas del Protocolo de Palermo ofrece una particular estructura, la que podemos resumir de la siguiente forma:

- a) Verbos rectores ordenados de tal forma que otorgan a la trata de personas el rótulo de delito de emprendimiento.
- b) Circunstancias comisivas que suponen falta de consentimiento o voluntad viciada de la víctima.
- c) Hipótesis de explotación que operan como elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

A partir de la distinción de estas tres esferas podemos realizar un análisis del contenido de cada una de ellas, sin perjuicio de tratar en cada apartado, otros temas atinentes vinculados, tales como los problemas de autoría y participación a propósito de la especial configuración de los verbos rectores.

a) Verbos rectores

El tipo penal de trata de personas no se funda sobre la base de un verbo rector único, sino que se contemplan en él diversos verbos rectores estructurados como un delito de emprendimiento. Estos verbos rectores, conforme al artículo 3° del Protocolo, son “*la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas*”, lográndose abarcar con ellos todas las formas fácticas que pueden configurar el hecho general consistente en desarraigar y trasladar a personas de un lugar a otro para fines de explotación. Lo interesante de estos verbos rectores consiste en que cada uno de ellos, a su vez, puede ser desglosado en un sinnúmero de actos. Así, “captar” consiste en realizar cualquier acción que suponga atraer la presencia de la víctima y reclutarla (ej.: publicar avisos, entrevistar a la víctima, convencerla, etc.). Por otro lado, “Transportar” y “trasladar” son verbos que van en el sentido de facilitar y lograr, a través de cualquier medio, que la víctima abandone el lugar en que se encontraba y se desplace hacia otro. Finalmente, “Acoger” y “repcionar” son acciones que se realizan en el lugar de arribo de la víctima, las que pueden consistir en brindar o facilitar el hospedaje u otras acciones análogas.

Son variadas las conclusiones que se pueden obtener a partir de esta configuración de los verbos rectores. Una de ellas, tal como se adelantó, es la caracterización de este tipo penal como un delito de emprendimiento. Esta forma que se utiliza para describir una empresa criminal que se compone de varias acciones, tiene la ventaja de otorgar cierta flexibilidad en el tratamiento penal de ella, pues se pretende castigar cada una de las etapas como delito consumado y a título de autor, no importando qué verbos rectores se realizaron ni cuántas veces. Una conceptualización de esta forma delictual la entrega POLITOFF, quien señala que los delitos de emprendimiento son aquellos en los que *“el autor participa una y otra vez en una empresa criminal iniciada o no por él, en la cual cada participación es punible por sí sola, pero, en atención al sentido de la ley, su reiteración no puede ser sometida a las reglas concursales comunes”*⁹. En este orden de ideas, el delito de emprendimiento supone la realización de varias conductas en momentos distintos, pero en donde ellas aparecen *“como modalidades independientes de una misma actividad compuesta de una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por el autor, y en las que éste participa una y otra vez”* y en donde el criterio unificador es *“la identidad subjetiva del autor que opera dentro de una empresa criminal existente o iniciada por él”*¹⁰. De esta manera, la empresa criminal en que consiste la trata de personas podría ser ejercida por una persona, caso en el cual la realización de uno o varios de los verbos rectores implicaría para él la realización de un solo delito y no una reiteración delictual; así también, si dos o más personas realizan la misma acción o acciones distintas (por ejemplo uno de ellos realiza el traslado y el otro la recepción de las víctimas), cada uno sería autor (o coautor) de un delito consumado de trata de personas. Por tanto, la intención detrás de la configuración de la trata como delito de emprendimiento es en definitiva, el poder castigar la empresa criminal en todas sus etapas cronológicas y a todos sus partícipes con igual grado de reproche.

No obstante lo señalado, la redacción de estos verbos rectores no da cuenta de toda la gama de actividades posibles que se pueden desplegar a propósito de la trata de personas. Así, quienes no están necesariamente en contacto directo con las víctimas, en razón a que cumplen funciones “superiores” de organización o de financiamiento, no son captados por los verbos rectores señalados, por cuanto las actividades que se describen hacen referencia más bien a funciones concretas (imaginemos al sujeto que viaja a un país para publicar avisos y reclutar personas, o quien acompaña directamente a la víctima en su viaje). En grupos delictivos u organizaciones criminales pequeñas, quien asume la dirección o quien financia la actividad podría realizar esas conductas directa o

9 POLITOFF L., SERGIO; MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE; RAMÍREZ GUZMÁN, MARÍA CECILIA, “Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General”, p. 189, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

10 MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE, “Texto y Comentario del Código Penal chileno”, Tomo I, p. 387, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

indirectamente (por ejemplo, si contacta a la víctima a través de algún medio electrónico y, siempre a través de ese medio, realiza la compra de pasajes), hipótesis en las que el sujeto realiza propiamente las acciones descritas en el tipo. Sin embargo, si pensamos en organizaciones criminales de mayor envergadura, caracterizadas por una real división de funciones, en las que las labores de dirección y de financiamiento se encuentran en la cúspide de la pirámide organizacional, sin que tengan los sujetos que las ejercen injerencia en labores operativas concretas, pero siendo ellos fundamentales en la existencia y funcionamiento de aquélla, podemos concluir que los verbos rectores que describe la norma no logran captar dichas labores de dirección, conformándose tan sólo con aquellas acciones que hacen operativa la organización. Desde la perspectiva de nuestras normas sobre autoría y participación (artículos 15 y siguientes del Código Penal), la estructura de los verbos rectores del artículo 3° del Protocolo definen la autoría directa de quienes realizan labores ejecutivas en la organización (captar a las víctimas, trasladarlas de un lugar a otro, recibirlas en un lugar determinado). Sin embargo, quienes tienen labores de dirección o de financiamiento sólo podrían ser castigados bajo la figura de la autoría por inducción (artículo 15 N°2 del Código Penal), la que no supone una autoría propiamente tal sino que una forma de participación criminal que el legislador castiga con las penas de la autoría. Esta situación aparece como muy cuestionable desde la perspectiva de los principios de lesividad y de culpabilidad, pues si bien el nivel de reproche podría ser el mismo, o incluso diferenciarse a nivel de determinación concreta de la pena, el mensaje que entrega la norma es que quienes son el sustento y motor de esta actividad criminal sólo realizarían acciones accesorias a las ejecutadas por los mandos medios e inferiores de la organización, que en el precepto aparecen descritas como acciones principales.

Sin perjuicio de aquello, existen países suscriptores del Protocolo que ya superaron estas dificultades, diseñando los verbos rectores en forma tal de abarcar todas las potenciales conductas constitutivas de la trata de personas. En efecto, el Código Penal peruano en su artículo 153, establece el delito de trata de personas sobre la base de dos niveles de verbos rectores: en primer lugar, aparecen verbos que describen acciones de colaboración análogas a las que señala nuestro artículo 367 bis (promover, facilitar, favorecer), y en segundo lugar, se conectan éstos con las acciones operativas concretas (captar, trasladar, acoger), estructura típica que pone el acento en quienes merecen el mayor reproche en estos delitos (directores y financistas), castigándolos como verdaderos autores y no relegándolos a un reproche inferior a título de mera participación¹¹.

11 El artículo 153 del Código Penal peruano establece el tipo penal de trata de personas en los siguientes términos: *“El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que*

b) Circunstancias comisivas

La realización de los verbos rectores del tipo penal de trata de personas está condicionada por ciertas circunstancias comisivas que dan cuenta de la falta o vicio del consentimiento de la víctima para la práctica de las actividades que en definitiva implican la explotación, y cuya introducción es importante desde la perspectiva del principio de lesividad, pues con ellas se puede concluir que el delito no puede cometerse si no hay un atentado a la libertad de la persona, fundándose en dicho atentado la punibilidad de estas conductas.

Podemos destacar la paridad que muestra el tipo penal entre la falta de voluntad y la voluntad viciada, cuestión frecuente en los delitos vinculados a situaciones de explotación, en donde al legislador no le interesa esta clásica distinción propia de los delitos sexuales comunes en donde ambas situaciones definen tipos penales con estructuras y niveles de reproche disímiles. En la trata de personas el recurrir a amenazas, al uso de fuerza, al rapto o a cualquier forma de coacción es igual de reprochable, desde el punto de vista del injusto típico, que realizar los verbos rectores mediando fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

De lo dicho se desprende que si no es posible acreditar en el proceso ninguna de estas circunstancias la conducta sería atípica, no contemplándose en el tipo penal del Protocolo alguna hipótesis simple que permita imponer una pena no obstante la ausencia de dichas circunstancias. El artículo 3° establece una lógica excepción a esta regla, señalando que respecto de menores de 18 años no es necesaria la consideración de circunstancia alguna. Además, se establece en el mismo precepto una cláusula que cumple una función probatoria antes que sustantiva, señalándose que no se considerará el consentimiento de la víctima cuando se verifiquen las hipótesis de comisión que señala el tipo penal, cuestión fundamental a la hora de enfrentar a muchas víctimas que, sometidas a abuso de su situación de vulnerabilidad, o que hayan recibido pagos o beneficios para facilitar su explotación, se van a mostrar en los hechos de acuerdo con la situación ilícita que viven, negando su condición de víctimas y no colaborando con la investigación respectiva. Sólo vislumbramos en esta disposición de la letra b) del artículo 3° del Protocolo un llamado de atención a los operadores jurídicos en orden a no atender exclusivamente a las apreciaciones favorables que pueda

ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior”.

tener la propia víctima frente a su situación de desmedro, indagando más allá de ellas su real condición. No implica aquella, por lo tanto, la consagración de una hipótesis simple del delito de trata, en que la no consideración de la voluntad de la víctima suponga, a nivel dogmático, el castigo de situaciones en que la persona es plenamente libre al aceptar ser trasladada de un lugar a otro para realizar las actividades que señala la norma del Protocolo.

Dentro de las circunstancias comisivas que se señalan podemos destacar aquellas que suponen un consentimiento viciado de la víctima, ya que siempre ofrecen un campo de análisis más interesante en atención al deslinde que se produce entre aquellas y las situaciones de plena libertad. En este plano, el umbral que establece el tipo penal para traspasar al campo de lo ilícito se adelanta bastante, pues se señala como hipótesis la mera concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de personas unidas al hechor por vínculos de autoridad, sin exigencia subjetiva adicional alguna (a diferencia de lo que ocurre con el *abuso* de poder o de una situación de vulnerabilidad), lo cual facilita bastante el ejercicio probatorio y de configuración típica de la circunstancia.

Por otro lado, atendiendo a la cantidad de casos en que concurre la circunstancia del engaño, es importante referirse a sus contornos. El problema a resolver a este respecto, considerando la cantidad de elementos que ostenta el tipo penal, consiste en determinar la extensión del objeto del engaño. Pues bien, pensamos que, en función de la gama y entidad de los bienes jurídicos protegidos por la norma, el engaño podría recaer tanto en el contenido de las labores a realizar por la víctima (por ejemplo, se le señala que realizará un trabajo de mesera y termina prostituyéndose), como en las condiciones del mismo (se le señala a la víctima que realizará actividades vinculadas a la prostitución, lo cual la víctima acepta, pero en condiciones económicas y de salubridad sustancialmente distintas a las ofrecidas). Lo relevante en estos casos es que se haya utilizado un ardid para convencer a la víctima y que, producto de dicho ardid, ella consienta en realizar una labor que no le generará realmente beneficio sino que en los hechos se lo generará al tratante. Siendo una circunstancia que se delimita en función de los elementos particulares del tipo penal (como objetos sobre los cuales debe recaer el engaño), no ha existido gran desarrollo doctrinario referente a ella, sin perjuicio de lo cual la doctrina comparada, interpretando los tipos penales nacionales, ha tendido a darle una aplicación amplia. Así, en el marco de análisis del delito de “tráfico” del artículo 318 bis del Código Penal español, en donde el engaño se comporta como una calificante de responsabilidad penal, otorgándose una amplia extensión a esta circunstancia, se ha dicho por parte de la doctrina que ésta *“supone la determinación de la decisión del inmigrante mediante informaciones falsas que le proporciona quien promueve o*

*favorece su inmigración (...) el engaño recae sobre el mismo hecho de la inmigración y con ello basta para integrar la agravación*¹².

c) Hipótesis de explotación

Del análisis de las hipótesis de explotación que se señalan en el tipo penal se destaca el avance que se produjo en la legislación internacional en orden a superar la recurrente vinculación de la trata de personas con la prostitución. El artículo 3° del Protocolo contempla situaciones de explotación que, tal como señala su texto, son sólo un mínimo a considerar por las legislaciones nacionales. Ellas se refieren, por cierto, a todo tipo de explotación sexual, utilizando todavía la anacrónica expresión “prostitución” para referirse a una de esas formas, además de mencionar otras formas relativas a la explotación laboral (esclavitud, servidumbre y trabajos o servicios forzados) y también la extracción de órganos. En todas ellas se manifiesta claramente la intención del sujeto activo de transformar en “cosa” u “objeto” al ser humano, todo lo cual, tal como se señaló, no sólo afecta la gama de bienes jurídicos involucrados, sino que también merma potencialmente su atributo más inherente: la dignidad humana. Por otra parte, en la implementación de estas formas de explotación se denota el propósito de dejar fuera del ámbito de protección todo bien jurídico de naturaleza moralizante, por cuanto lo realmente importante es el sometimiento del ser humano y su “cosificación”. Es por ello que se contempla una hipótesis que incluso va más allá de la mera explotación como lo es la extracción de órganos, en que el cuerpo de la víctima, particularmente sus miembros y tejidos, se convierten en objeto de lucro por parte de terceros.

Ahora bien, asumiendo un punto de vista crítico, podemos señalar que estas hipótesis podrían haberse estructurado con cláusulas más amplias y comprensivas, tales como “explotación sexual” y/o “explotación laboral”, con el objeto de poder abarcar todas las posibles situaciones que se pueden verificar en la práctica y que son susceptibles de ser calificadas dentro de esta noción de utilización de un ser humano para el provecho económico de otro¹³.

12 MORÓN LERMA, ESTHER; GARCÍA ARÁN, MERCEDES; JIMÉNEZ VILLAREJO, CARLOS, “Los Tipos Penales acogedores del Tráfico de Personas”. En “Estudios de Derecho Penal y Criminología”, N°79, coordinación de Mercedes García Arán, p. 234, Primera Edición, Editorial Comares, Granada, 2006.

13 En este sentido, conviene tener en cuenta el tipo penal contenido en el proyecto de ley sobre trata de personas que se encuentra en Segundo Trámite Constitucional en el Congreso Nacional, pues respecto de las hipótesis de explotación, no hace mención a situaciones concretas sino que precisamente utiliza expresiones generales para referirse a ellas. El tipo penal en comento señala: *“Artículo 411 quater. El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño o abuso de poder capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación laboral o sexual, incluyendo la pornografía, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales”*.

Desde un punto de vista dogmático, estas hipótesis de explotación no pueden ser consideradas como resultados de la acción. Si, en este sentido, asumimos que la trata de personas es un delito de mera actividad y de peligro, el ejercicio de las actividades relativas a la explotación propiamente tal no pueden integrar el tipo penal como un resultado, sino que deben ser ubicadas en una esfera distinta. La redacción del tipo penal en el Protocolo habla de “fines de explotación”, por lo que es fácil concluir que estas situaciones de explotación son dentro de su estructura, meras finalidades que operan en el fuero interno del sujeto activo. Estas finalidades se enmarcan dentro de la llamada faz subjetiva del tipo penal, tomando el cariz de un elemento subjetivo distinto al dolo.

A este respecto, recordemos que los delitos con elementos subjetivos distintos del dolo pueden ser clasificados, por un lado, en delitos de intención trascendente, que son aquellos en los que el sujeto quiere “algo” que está más allá de su conducta, siendo ese algo un fin cuyo medio para ser obtenido coincide con la conducta que castiga la ley, y, por otro, en delitos de tendencia, en donde la configuración del delito requiere de un ánimo que le da a la conducta un sentido específico, pero sin correlato en la realidad. A su vez, los primeros se clasifican por un lado en delitos imperfectos en dos actos, en donde la finalidad del sujeto consiste en una propia actuación suya, la que no es necesario realizar para que el delito esté consumado, y por otro, en delitos de resultado cortado, en los que la acción típica se complementa con la mira de conseguir un resultado que debe producirse por sí mismo, sin la intervención del hechor¹⁴.

En el marco de esta clasificación, el delito de trata de personas claramente se ubica dentro de los delitos de intención trascendente, pues existe una finalidad de explotación de la víctima que puede concretarse efectivamente en los hechos, no siendo esa finalidad un mero ánimo que tiñe de antijuridicidad la conducta. Más complejo es dilucidar si se trata de un delito imperfecto en dos actos o de resultado cortado, pudiendo a nuestro juicio, ostentar ambas calidades en función de la complejidad fáctica que puede adoptar la realización del fin, el que en algunos casos puede depender de la propia víctima (por ejemplo, la víctima sin mediar intervención directa del sujeto activo, comienza a prostituirse por iniciativa propia debido a las amenazas y coacciones iniciales), y en otros estará supeditada la explotación a la realización de nuevas acciones por parte del sujeto activo (por ejemplo, una vez trasladada la víctima, el tratante debe hacer uso de amenazas para lograr que se prostituya).

V. Conclusiones

En general, es indiscutible el avance que para la comunidad internacional significó el establecimiento del Protocolo de Palermo, y en particular, la consa-

¹⁴ En este sentido, POLITOFF L., SERGIO; MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE; RAMÍREZ GUZMÁN, MARÍA CECILIA, op. cit., p. 192.

gración del tipo penal de trata de personas de su artículo 3°. Esta importancia no sólo radica en el mismo hecho de su creación, sino que por sobre todo en la forma que adoptó el ilícito en función de la protección de bienes jurídicos individuales y en los contornos amplios que se establecieron para el tipo penal. Por ello, más allá de algunas imperfecciones técnicas que pueden ser superadas en la implementación del delito en cada una de las legislaciones nacionales, creemos que el surgimiento de una tipificación moderna que, por sobre todo, permita una eficaz persecución penal de estos ilícitos vinculados al flagelo de la criminalidad organizada, y que afectan la esencia misma del ser humano, es el mayor logro que puede atribuírsele a esta normativa internacional. Sólo nos queda verla reflejada adecuadamente en cada uno de los países firmantes del referido Protocolo.

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

LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS VINCULADOS AL ROBO Y RECEPCIÓN DE CABLES: UN EJEMPLO DE PERSECUCIÓN PENAL INTELIGENTE

Alejandro Moreira Dueñas¹

1. Gestación de un nuevo fenómeno delictivo

Desde inicios del año 2004, el precio del cobre, una de las principales exportaciones de nuestro país, experimentó un alza que lo llevó a superar los 350² ¢/lb. Este hecho ha tenido efectos muy importantes en nuestra economía, siendo el más evidente, generar un superávit en nuestra balanza comercial, circunstancia que ha permitido a nuestro país afrontar las actuales crisis financieras mundiales en mejores condiciones generales.

Sin embargo, esta situación también provocó otro tipo de efectos, ya que al subir el incentivo económico por la exportación de cobre, con demandas extranjeras bastante rígidas, creció en nuestro país la conveniencia de recopilar objetos que estuvieran conformados por dicho metal para enviarlos a potencias como China o Estados Unidos. Luego, comenzando a proliferar la existencia de establecimientos comerciales en los que se compraba cobre (chatarra) y era común ver cómo en esos establecimientos se compraban importantes cantidades, las que luego eran vendidas a otras empresas que después las exportaban, ya sea en la misma forma o previa transformación (fundición).

¿De dónde provenían estos materiales? Muchas veces de objetos abandonados o en desuso, como cuando queda material sobrante en la construcción de algún edificio, pero en otras ocasiones provenían del tendido eléctrico o de comunicaciones, es decir, previamente habían sido sustraídos de las redes de electricidad o comunicaciones. Esto último se demostró con el explosivo aumento en todo el país de las denuncias y querellas por el delito de robo en bienes nacionales de uso público, que es el tipo penal que comprende este tipo de hechos. Entonces, la respuesta era evidente: aprovechando los altos precios del metal rojo, se intentaba obtenerlo por cualquier medio para luego transportarlo, transformarlo y exportarlo, logrando así ingentes ganancias ilícitas.

Las motivaciones de las personas que escalaban postes, dinamitaban torres de alta tensión o asaltaban camiones que transportaban material de cobre, eran, y siguen siendo, bastante obvias: el producto de su accionar puede venderse fácilmente ya que parte del mercado nacional no cuestiona mayormente el

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Fuente: COCHILCO www.cochilco.cl

origen de las especies transadas. Además, el cumplimiento de exigencias administrativas mínimas, como llevar el registro de actas de procedencia a que se refiere el DL 2460 (Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones) “legítima” las transacciones³. Pero ¿cómo explicar el comportamiento de los administradores o representantes de empresas que, existiendo más de un motivo para dudar del origen de las especies recibidas, de todas maneras deciden comercializarlas?

Más allá del aprovechamiento de la estructura de nuestra economía, que facilita e incentiva enormemente la actividad exportadora⁴, criminológicamente pueden esbozarse algunas respuestas que principalmente, a nuestro parecer, podrían encuadrarse dentro de la visión de Merton⁵ (teoría de la anomia), ya que existiendo un fin socialmente aceptado, el progreso económico personal, los medios disponibles para lograrlo en forma regular son siempre escasos, luego, se opta por las vías ilícitas, que en estas materias se manifiestan en la comisión de una serie de delitos.

2. Desafíos enfrentados desde la persecución penal

La situación anteriormente descrita planteaba algunas dificultades desde el punto de vista del abordaje de su persecución penal; por ejemplo, en cuanto a la sustracción de los cables, las características de este delito lo hacían difícilmente pesquizable ya que, especialmente en zonas rurales, la clandestinidad y falta de vigilancia eran las circunstancias ideales para sustraerlos. En algunas ocasiones los responsables lamentablemente sufrían las consecuencias de tan peligroso accionar y resultaban con lesiones graves o incluso fallecidos por las descargas de electricidad recibidas, pero en la mayoría de las situaciones

-
- 3 **Artículo 29.-** “En las casas o agencias de empeño y en los establecimientos que se dediquen a la compraventa de artículos usados, será obligatorio llevar un Libro de Actas de Procedencia, en que se anotarán el nombre y los apellidos del vendedor o empeñante, el número de su cédula de identidad y su impresión dígito pulgar derecho, junto con una declaración por la que asegure ser dueño de los objetos que venda o empeñe. Las características de este libro, que sólo podrá ser revisado por orden judicial o por funcionarios de Investigaciones, se ajustarán a las disposiciones del Reglamento. La infracción de esta disposición será penada con una multa de 20 sueldos vitales mensuales de la Región Metropolitana; la reincidencia, con una multa equivalente al doble, y la tercera infracción, con la clausura definitiva del establecimiento o negocio. De estas infracciones conocerán los Jueces de Letras de Mayor Cuantía con jurisdicción en lo criminal.” Esta normativa debe complementarse con lo dispuesto en los artículos 80 y 81 del DS N°41 de 1987, Reglamento Orgánico de la PDI. El registro respectivo está a cargo de ASETEC.
- 4 En especial por el beneficio consagrado en el artículo 36 de DL 825 que faculta a los exportadores para recuperar el IVA recargado en sus adquisiciones anteriores a la exportación.
- 5 Sobre el particular puede consultarse “Introducción a la Criminología” Hassemmer Winfried, Muñoz Conde, Francisco. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia año 2001, p. 108 y ss.

tenían éxito y lograban apropiarse de cantidades variables de cables de cobre. Por tanto, salvo los escasos casos de flagrancia en que se podía detener a los sospechosos, la gran mayoría de las investigaciones no tenían imputado conocido, disminuyendo las posibilidades de terminar los procesos con sentencias o salidas alternativas.

En una primera instancia, las empresas afectadas intentaron reforzar las medidas de seguridad que resguardaban a sus cables, se instalaron alarmas o se crearon rondas de vigilancia, sin embargo, la gran atomicidad de estos hechos provocaron que esta forma de prevención no fuera tan exitosa como se pensaba.

Las compañías que experimentaban la mayoría de estos hechos representaron su situación al Fiscal Nacional del Ministerio Público. Una vez estudiada la situación, y luego de constatarse el explosivo aumento de estos delitos, se decidió impartir instrucciones generales para la persecución de estos delitos, las que se plasmaron en el Oficio N°917 de fecha 13 de septiembre de 2006⁶.

Destacamos este instrumento, pues en él queda claramente reflejada la forma en que el Ministerio Público se organizaría para encarar este tipo de hechos; se resta importancia global a los robos puntuales y se concentran los esfuerzos en la detección de la cadena de comercialización de cobre, desde su acopio en diversas compraventas pequeñas hasta su exportación. La lógica era muy sencilla: atacándose el poder comprador de estos materiales se lograría desincentivar la apropiación de cables pues quién los sustrajera no tendría a quién vendérselos o al menos le sería más difícil.

Para llevar adelante esta forma de encarar el fenómeno arriba descrito, las Fiscalías del país tomaron la iniciativa de investigar estos hechos siguiendo las mencionadas directrices generales, y, por ejemplo, las Fiscalías Metropolitanas Occidente, Centro-Norte, Sur, de la Región del Maule, del Bio-Bío entre otras, se hicieron cargo de investigaciones en las que se buscaba llegar al principal comprador y luego exportador de cobre o chatarra de cobre.

Los motivos de la persecución también variaron, ya no se investigaba el robo o hurto, sino que los tipos penales que guiaban la investigación eran los de receptación, delitos aduaneros y tributarios, siendo entonces imprescindible contar con la colaboración del Servicio de Impuestos Internos (SII) y el Servicio Nacional de Aduanas (SNA). Esta última institución daba la señal de alarma respecto de los intentos de exportar cables de cobre, realizándose los aforos físicos correspondientes y comprobando que el material exportado no era “chatarra de cobre”, como se declaraba por los exportadores, sino que cables que demostraban evidentes signos de haber sido sustraídos o cortados. Lo

6 Instrucciones que en términos generales se reiteran en Oficio FN N°60/2009 de fecha 30 de enero de 2009.

anterior llevaba al SNA a presentar acciones penales por delitos contemplados en la ordenanza de aduanas, como por ejemplo el descrito en el artículo 169 que castiga a quien incurra en falsedad en los documentos de exportación, en particular en este caso, el Documento Único de Salida (DUS).

Por su parte, el Servicio de Impuestos Internos prestó una colaboración decisiva en la ejecución de esta política de persecución. Antes de referirnos a su participación en concreto, es necesario destacar que nuestra legislación otorga al SII el monopolio de la acción penal por delitos tributarios, es decir, el Ministerio Público no puede investigar ilícitos penales tributarios sin contar previamente con la denuncia o querrela de dicha repartición pública. Relacionado con lo anterior, recordemos que el Código Tributario consagra un sistema denominado “recopilación de antecedentes”, cuyo objetivo es reunir la información necesaria para que el Director del Servicio decida si interpone acciones penales en un caso determinado. Para este tipo de casos, era vital el trabajo previo, o a requerimiento de la fiscalía ya durante la investigación penal, en el que los funcionarios del Servicio pudieran cruzar los datos respecto de los proveedores de las empresas que eran la cadena final de la comercialización del cobre, luego, la revisión de proveedores, documentos que sustentaran sus operaciones y la capacidad económica para efectuar las ventas cuestionadas, constituían los tópicos que debían ser revisados. De esta manera, fueron tomando cuerpo las imputaciones por delitos de comercio clandestino e irregular, al realizar actos de comercio sobre bienes respecto de los cuales no se han pagado los impuestos devengados en etapas anteriores, o al comercializar clandestinamente los mismos, y también otras por delitos “clásicos”, como la incorporación a la contabilidad de facturas falsas o la declaración maliciosa de impuestos, entre otros.

Lo anterior es sin perjuicio de la investigación y prueba del delito de receptación, que presenta ciertas particularidades que más adelante detallaremos.

Al cambiar la orientación de la investigación, y dirigirla hacia la acreditación de ilícitos como los arriba señalados, es evidente que también cambió la naturaleza de los presuntos responsables pues ya no se trataba de imputados que fueran sorprendidos en un poste del alumbrado público, sino que de empresarios y comerciantes, personas que tenían montado una estructura económica principalmente dedicada a la comercialización de metales. Luego, surgían dos de los problemas que más frecuentemente se encuentran en derecho penal económico: la posibilidad de imputar responsabilidad penal a quienes dirigen una compañía y si las consecuencias penales de un proceso de estas características pueden afectarlas.

Sobre la primera de las dificultades mencionadas, y sin necesidad de recurrir a la abundante doctrina sobre la materia, se debe tener presente que en nuestra legislación existen normas legales que marcan una clara tendencia en este punto, como por ejemplo, el artículo 99 del Código Tributario, disposición

que hace aplicables las penas corporales a los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de éstos y a los socios de una persona jurídica en cuyo seno se hubieren cometido ilícitos tributarios, que para este tipo de investigaciones soluciona desde el principio cualquier dificultad teórica sobre el punto, quedando eso sí, bajo la responsabilidad de la Fiscalía demostrar los extremos fácticos que hacen aplicable dicha disposición⁷.

En cuanto a la segunda problemática enunciada, esto es, acerca de la posibilidad que las consecuencias (pecuniarias) de los hechos investigados puedan afectar a una persona jurídica, es útil destacar que nuestros Código Penal y Código Procesal Penal, siguiendo una antigua tradición jurídica, no contemplan mecanismos o disposiciones que regulen la situación que se presenta cuando una persona natural es declarada culpable por delitos cometidos a través de una compañía o empresa, abriendo una brecha de irresponsabilidad casi insostenible en un ordenamiento jurídico moderno, pues bastaría que los frutos y ganancias obtenidos por el actuar ilícito se mantengan siempre a nombre de personas jurídicas y nunca podrían ser objeto de persecución, aún cuando, por ejemplo, el imputado utilice todos los días el auto que ha adquirido con fondos espurios o viva en un inmueble que formalmente no le pertenece.

Acercas de lo anterior, cabe destacar que durante la tramitación de uno de los procesos penales iniciados bajo esta lógica de persecución, la Fiscalía y el Servicio de Impuestos Internos, intentaron que se decretaran medidas cautelares reales sobre los bienes (dineros) que estaban depositados en cuentas corrientes bancarias a nombre de personas jurídicas. Nótese la diferencia con los casos en que se pide la incautación de dichos fondos fundado en que aquellos constituyen objeto del delito sino que derechamente se intentaba cautelar el patrimonio de la compañía para asegurar el pago de multas y costas, estrellándose esta intención con el artículo 157 del Código Procesal Penal que, en principio, parece negar toda posibilidad de cautela de bienes respecto de personas distintas del imputado. Esta discusión llegó a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, que en un fallo dividido, acogió la petición de los acusadores decretando la retención de dineros, destacándose la interpretación sistemática de las normas que siguieron los Ministros⁸.

7 Otra norma similar puede encontrarse en el artículo 232 de la ley de quiebras, hoy incorporada al Código de Comercio como Libro IV.

8 Rol ingreso Corte N°681-2007 “Que esta Corte ha entendido, en virtud de lo alegado por el abogado del Servicio de Impuestos Internos en estrados, que dicha solicitud de embargo se ha efectuado teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 98 del Código Tributario, que expresa lo siguiente: “*De las sanciones pecuniarias responden el contribuyente y las demás personas legalmente obligadas*”, y siendo esta última una regla especial frente al artículo 12 del Código Procesal Penal y, por consiguiente, el artículo 157 del Código Procesal Penal debe interpretarse, en este caso en que se ventilan ilícitos tributarios, de manera sistemática, tal como lo dispone el artículo 22 del Código Civil”.

No obstante haber sorteado con éxito las dificultades señaladas, es evidente que nuestra legislación común requiere urgentes modificaciones sobre este punto, siguiendo el ejemplo de la legislación especial (como por ejemplo la Ley 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y tipifica el delito de lavado de dinero) que consagra herramientas procesales eficientes para la persecución penal patrimonial.

La investigación, prueba y juicio de cualquier delito tributario y aduanero presenta particularidades especiales que requieren esfuerzos coordinados entre la Fiscalía y los servicios involucrados, pero generalmente existen altas posibilidades de lograr pronunciamientos judiciales condenatorios si los antecedentes del caso lo ameritan. Sin embargo, y refiriéndonos a la estrategia que estamos explicando, las mayores dificultades derivaron de la persecución penal del delito de receptación, ya que lamentablemente la forma en que nuestros Tribunales han interpretado este tipo penal y las exigencias probatorias que reclaman de parte del Ministerio Público, lo han transformado en un ilícito que prácticamente no puede acreditarse. Acerca de esta realidad, quisiéramos detenernos en algunos aspectos:

¿Es necesario demostrar en un juicio por receptación que el objeto material del delito proviene de un ilícito de robo o hurto respecto del cual se conozcan espesamente todos sus detalles, como lugar de ocurrencia, imputados que cometieron el ilícito, cantidad sustraída, etc.? ¿Debe existir una condena previa por el hurto o robo de esas especies? ¿Cómo acreditar el elemento subjetivo del delito de receptación?

Para encontrar respuestas a estas interrogantes, es ineludible tener presente que la ley no excluye a cosa alguna de la posibilidad de constituir el objeto material del delito de receptación, en otras palabras, es perfectamente posible cometer este ilícito cuando se trata de cables del tendido eléctrico o de comunicaciones. La circunstancia que sea igual o parecido a otro no es óbice para la perpetración del injusto típico.

Resuelto lo anterior, se debe tener presente que el legislador exige que dichos objetos hayan sido previamente hurtados o robados. No existe ninguna expresión en el texto de la ley que lleve siquiera a interpretar que dicho ilícito debió previamente haber sido investigado o menos haberse dictado una sentencia condenatoria a su respecto. En este debate queda patente la confusión de los conceptos de “verdad material” y “verdad procesal”, pues existen muchas razones para que un robo o hurto no se haya investigado, como por ejemplo la situación más obvia que puede presentarse cuando la víctima de un hurto no se ha dado cuenta que algún objeto le fue sustraído, ¿o acaso también es exigencia del tipo de hurto que la persona afectada sepa que fue víctima de un ilícito? También puede ocurrir que nunca se denuncie el hurto o robo, verbigracia, cuando el afectado no tiene interés en iniciar un proceso penal. ¿Esto quiere

decir que la sustracción no fue ilícita? Y para qué referirnos a los casos en que por alguna situación de fuerza mayor no logran iniciarse las acciones penales correspondientes, como cuando la víctima fallece.

Sobre la necesidad de una sentencia condenatoria precedente, es evidente que esto no puede constituir un elemento del tipo, ya que ello implicaría no reconocer la posibilidad que la investigación penal no necesariamente concluye con una sentencia condenatoria. En efecto, las distintas alternativas de término que reconoce nuestro Código Procesal Penal, como por ejemplo la suspensión condicional o un acuerdo reparatorio, justamente están orientadas en un sentido contrario, luego, ¿puede afirmarse seriamente que si un imputado es suspendido condicionalmente por un delito de hurto significa que dicha ofensa no se cometió y por ende, si un tercero tiene la cosa hurtada, no podría ser objeto de una imputación por receptación? Para qué mencionar los casos en que el imputado fallece o cae en enajenación mental.

En cuanto a la precisión del hecho que constituya hurto o robo (lugar, fecha, objeto), nuevamente quedan en evidencia las exigencias probatorias irrealizables de nuestra judicatura, ya que se olvida que cuando se juzga un hecho como receptación, no se está juzgando el hurto o robo, en otras palabras, es obvio que si se acusa a una persona de haber sustraído alguna cosa, debieren precisarse las circunstancias fácticas de dicho ilícito, pero no cuando se trata de un delito de receptación, la lógica del juicio debe orientarse de otra manera.

La circunstancia que el objeto haya sido previamente hurtado o robado, como todo elemento del tipo objetivo, puede ser acreditado mediante cualquier medio de prueba, por lo que en atención a las características de los cables y de la forma en que son sustraídos, no puede esperarse prueba directa del hurto o robo previo, al contrario, es la prueba indiciaria el método que en la mayoría de los casos debe intentarse dentro de una estrategia de litigación. Si se demuestran más allá de toda duda razonable una serie de hechos que apreciados en conjunto y aplicando las máximas de experiencia se direccionan inequívocamente hacia una conclusión, es responsabilidad de nuestros Tribunales realizar el esfuerzo que el peso de la prueba rendida en juicio los justifica para tomar una decisión. Al revisar algunas sentencias dictadas en estas materias, es recurrente apreciar que existe una suerte de confusión, pues el juicio por el delito de receptación, no es ni puede ser un juicio por el delito de hurto o robo, hecho que parece no entenderse.

En cuanto a los hechos que constituyen los indicios, sólo a modo ejemplar, cabe mencionar los siguientes: las características de corte de los cables, el reconocimiento de las empresas afectadas como material de su propiedad, inconsistencias en los proveedores, horas y lugares en que se recibía o transportaba el material, precios involucrados, acciones desarrolladas sobre los cables (para disimular su origen), entre otros.

Un último tema en relación con la prueba de este ilícito: en algunas ocasiones se justifican las decisiones absolutorias en la falta de prueba sobre el tipo subjetivo de la receptación.

Si se tiene presente que la ley señala que este elemento subjetivo corresponde al conocimiento del origen ilícito, o que “no pueda menos que saberse” su procedencia, destacamos que usualmente se intenta refutar este conocimiento exhibiendo documentación, como facturas, guías de despacho o actas de procedencia, con los cuales se pretende demostrar que se ha adquirido el material a una persona que aparentemente era el dueño o poseedor legítimo, luego, se elimina toda posibilidad de representarse la ilicitud del origen si se cuenta con aquellos documentos. Al acogerse este tipo de argumentaciones, no se vislumbra que justamente quién pretenda comercializar este tipo de productos usualmente tratará de tomar la mayor cantidad de resguardos posibles para justificar su adquisición. Pues bien, el mercado de compraventa de metales no es asimilable a una transacción en una tienda del retail o en un importante centro comercial, en efecto, la participación de los actores del mercado “chatarrero” les exige tomar resguardos más allá de los formalismos, como la existencia de facturas o actas de procedencia, que claramente son insuficientes, en especial al constatar que la totalidad de los documentos antes señalados pueden ser emitidos y confeccionados por el propio vendedor, luego, si una persona al vender algún objeto exhibe un documento que ella misma ha confeccionado, en el que obviamente se afirma su propiedad sobre el objeto comercializado, ¿es esto suficiente resguardo para excusarse de toda responsabilidad?

Pareciera que no, luego, estimamos plenamente aplicable a este tipo casos la construcción de los jueces norteamericanos, quienes bajo el argumento de la “ignorancia deliberada” (willful blindness), reprochan al comerciante o empresario la no realización de acciones que hayan estado orientadas a verificar la real procedencia de las cosas adquiridas. Llevado esto al caso concreto, es sencillo para los comerciantes comprobar el origen de los objetos desde que existen varios tipos de cables que pueden asociarse a empresas en particular, entonces, simplemente basta con ponerse en contacto con dicha empresa y así obtener la información respectiva. Pareciera que las importantes ganancias que reporta este rubro no hacen aparecer este tipo de exigencias como desmesuradas.

3. Logros de la estrategia de persecución penal implementada

Más allá de las distintas sentencias condenatorias que han sido pronunciadas en el marco de estas investigaciones, los reales resultados de esta estrategia de persecución penal han podido constatarse en dos ámbitos distintos; por un lado, ha podido apreciarse la forma en que los participantes del mercado de la “chatarra” aparentemente se encuentran realizando una serie de esfuerzos para profesionalizar esta actividad y tomar los resguardos necesarios para

evitar situaciones irregulares, y por otro, se ha observado cómo los índices de criminalidad por delitos de sustracción de cables han descendido de manera importante, no siendo exagerado afirmar que esto se debe al trabajo de fiscales y funcionarios del Ministerio Público, junto con la participación de actores privados y públicos que han colaborado de manera relevante en la consecución de estos resultados.

ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE USURPACIÓN DE AGUAS. RÉGIMEN LEGAL DE LAS AGUAS Y PARTICULARIDADES DEL DELITO

Verónica Rosenblut Gorodinsky¹

1. Contexto

Desde comienzos del año 2008, producto de la creciente escasez del recurso hídrico, catalogada incluso por los medios como una “guerra por el agua”, que desde hace ya un par de años es posible observar en diferentes zonas del país, y frente a la cual la autoridad ha reaccionado reforzando su labor de fiscalización en materia de extracciones ilegales; el Ministerio Público ha experimentado un incremento significativo de denuncias por delitos de usurpación de agua.

Si bien a partir de un estudio estadístico recientemente realizado al interior de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado de este Ministerio, pudo determinarse que desde el mes de enero de 2008 hasta el mes de marzo de 2009, ingresaron 601 denuncias, lo que evidentemente constituye un ingreso marginal en el universo total de investigaciones iniciadas en igual período en las distintas fiscalías del país, la práctica ha demostrado que la aplicación de esta figura presenta mayores complicaciones que las que a simple vista pudieran preverse en base a su descripción típica, requiriéndose además el manejo de conocimientos técnicos extrapenales, vinculados al régimen de constitución, otorgamiento y ejercicio de los derechos de aguas en Chile.

Por este motivo, a continuación se realiza un análisis de la estructura típica del delito de usurpación de aguas, concretamente de la figura contemplada en el artículo 459 N°1 del Código Penal, que se presenta con mayor frecuencia y que genera mayores dificultades en su aplicación, efectuándose una revisión del régimen legal de aguas con el objeto de interpretar adecuadamente sus elementos, y comentándose además algunas de sus particularidades con el objeto de despejar ciertas dudas que la aplicación de este tipo penal pudiera despertar en el intérprete.

2. Tipo penal de usurpación de aguas

El artículo 459 C.P. sanciona diversas conductas que tienen en común consistir en la apropiación de aguas sobre las que no se tiene derecho alguno, o en que el titular posee un derecho de contenido menor al que en los hechos ejerce.

¹ Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

La relación del titular con el agua se encuentra constitucionalmente amparada mediante el reconocimiento de un derecho de aprovechamiento cuya naturaleza jurídica es la de un derecho real, sin que este delito de apropiación comparta con los demás tipos penales de esta misma clase el requisito de que el objeto de la apropiación sea “cosa ajena”, por cuanto el titular que resulta afectado con la apropiación no es dueño de la cosa, esto es, de las aguas, sino que sólo posee un derecho real sobre las mismas, debido a que tal como se establece en el artículo 5° del Código de Aguas, estas son bienes nacionales de uso público, cuyo dominio pertenece a la nación toda.

La conducta descrita en el N°1 del artículo 459 consiste en sacar agua de los lugares que allí se mencionan, empleando para ello cualquier medio. Pero además de describir la conducta típica, el tipo requiere que la misma sea realizada con la finalidad de apropiarse de las aguas para hacer de ellas un uso cualquiera, y como requisito común a las demás figuras del artículo 459, que dicha conducta se realice sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos.

Partiendo de la base que por apropiarse entenderemos, al igual que en los demás delitos contra la propiedad, la realización de actos de dominio sobre las aguas o de actos que importen comportarse como señor y dueño de las mismas, debe aclararse en primer lugar, cuál sería el “título legítimo” que facultaría a un sujeto para sacar aguas, para apropiarse de las mismas y hacer de ellas un uso cualquiera.

De acuerdo a lo establecido en el Código de Aguas, siendo las aguas bienes nacionales de uso público, se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de las mismas mediante la constitución en favor de los particulares interesados de un derecho real, derecho que tal como se señala en el artículo 20 del referido código, se constituye originariamente por acto de autoridad, adquiriéndose la posesión de estos derechos, mediante la inscripción.

En segundo lugar, al exigir el tipo penal que la conducta típica se realice “invadiendo derechos ajenos”, se está señalando que el simple hecho de extraer agua de un cauce no debe incriminarse como usurpación, sino cuando el agua sea efectivamente de dominio privado (se refiere a que existan derechos reales de aprovechamiento constituidos a favor de particulares), o cuando dicha extracción signifique una efectiva afectación para el legítimo ejercicio del titular del derecho de aprovechamiento constituido por otro sobre ellas².

En cuanto a la naturaleza jurídica de este delito, si bien se trata de un delito de mera actividad en la medida en que el tipo no requiere que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio temporalmente de

2 ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal Parte Especial, Tomo III, Tercera Edición, p. 376, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1999.

la conducta³, nos encontramos también ante un tipo de lesión, en el que se requiere la efectiva afectación del bien jurídico protegido, esto es, de la propiedad, lesión que se verifica con la sustitución, embarazo o molestia que el titular de un derecho real de aprovechamiento experimenta respecto del goce del mismo, mediante la conducta de apropiación que despliega el agente, en el caso particular del N°1 del artículo 459 C.P., al sacar aguas y destinarlas a un uso cualquiera.

De acuerdo con ello, los requisitos típicos de la figura del N°1 del artículo 459 del Código Penal, serían los siguientes:

2.1. Elementos comunes a todas las figuras del artículo 459:

a) Que el sujeto activo carezca de título legítimo para sacar aguas

Como se dijo anteriormente, de acuerdo con lo establecido en el Código de Aguas, las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del mismo código. Por su parte, el derecho de aprovechamiento de aguas, es definido por éste cuerpo de leyes como un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, estableciéndose además, que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.

En cuanto a la forma en que los sujetos pueden convertirse en titulares de tales derechos, el mismo código establece que el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad, y que la posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción, estableciendo sin embargo una importante excepción respecto a los derechos de aprovechamiento sobre las aguas que corresponden a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad, como asimismo, sobre las aguas de lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas, de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad y en las cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos a favor de terceros, a la fecha de vigencia del código, según la cual la propiedad de estos derechos de aprovechamiento pertenece, por el solo ministerio de la ley, al propietario de las riberas.

En cuanto a lo que debe entenderse por vertientes o corrientes que mueren dentro de la misma heredad, el código explica que son aquellas que permanentemente se extinguen dentro de aquélla sin confundirse con otras aguas, a menos que caigan al mar.

3 MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal Parte general, 6ª Edición, p. 219, Editorial Reppertor, Barcelona 2002.

Otra importante excepción la encontramos en el artículo 56 del Código de Aguas, en cuyo inciso segundo se establece que *“Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación”*, por lo que los titulares de pertenencias mineras por el solo ministerio de la ley adquieren tales derechos, respecto de las aguas halladas en sus labores que sean necesarias para la explotación, sin necesidad de que los mismos sean constituidos ni reconocidos por acto de autoridad.

Por último, en relación con la constitución de los derechos reales de aprovechamiento, resulta importante tener en consideración que conjuntamente con los derechos constituidos por acto de autoridad, existen también los denominados derechos “reconocidos”, es decir, derechos que ya sea por su uso consuetudinario inmemorial o por tener el carácter de usos mínimos o limitados, son reconocidos por la ley.

Dentro de estos usos mínimos se encuentra aquél a que se refiere la excepción del artículo 20 del Código de Aguas antes comentada, señalando a su respecto la doctrina en relación con la extensión y límite de este reconocimiento que *“No necesita una concesión de aguas aquella persona que desea aprovechar ese hilo de agua que nace en una quebrada de su propiedad, que corre por su propiedad, y que luego muere, o se infiltra nuevamente o se seca en alguna vega, o en algún sitio de tal propiedad. Ahora, esto también puede ser abusivo; y hay que tener cuidado: es el uso mínimo el que está aceptado limitadamente por la legislación”*⁴.

A la situación de los usos consuetudinarios inmemoriales, por su parte, se refiere el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, cuando luego de señalar en su inciso primero que *“Los derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en vigencia este código, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo...”*, agrega en su inciso final que *“El mismo procedimiento se aplicará en los casos de las personas que, cumpliendo todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural”*.

Por lo tanto, para los efectos de determinar cuándo una extracción se encuentra amparada por un derecho real de aprovechamiento, no sólo debe estarse a los derechos constituidos por acto de autoridad, sino que también a aquellos denominados reconocidos, así como a las situaciones de excepción descritas en

4 VERGARA BLANCO, Alejandro, Artículo “Estatuto Jurídico, Tipología y Problemas actuales de los derechos de aprovechamientos de aguas”, Revista de Estudios Públicos, Santiago, 1998.

los artículos 20 y 56 del Código de Aguas, en que no se requiere la constitución de un derecho.

b) Que se invadan derechos ajenos

Siendo el bien jurídico protegido por este delito la propiedad, entendida como comprensiva del dominio, los derechos reales y aún los créditos de que una persona es titular⁵, para que pueda configurarse este delito, es necesario que exista un tercero que a diferencia del sujeto activo, sí tenga un derecho real de aprovechamiento constituido o reconocido sobre las aguas que están siendo usurpadas, señalando por ello la doctrina que lo que aquí se sanciona es *“la acción de sacar sin tener título legítimo las aguas ajenas (sobre las que existe un derecho real de aprovechamiento constituido por otro u otros)...”*⁶.

Enfatizando lo anterior se ha señalado también, que *“el extractor de agua, el que la saca y se la apropia, aunque carezca de título legítimo, no comete el delito del artículo 459 N°1 si nadie ha constituido ni es titular de derechos de cualquier naturaleza sobre las aguas subterráneas del acuífero correspondiente. En cambio, si alguien tiene tales derechos, se configura inmediatamente el delito: la delictuosidad misma de la acción brota del atropellamiento de los derechos ajenos”*⁷.

La importancia de esta exigencia típica, radica en que la misma permite distinguir el tipo penal de la infracción administrativa consistente en la extracción ilegal de aguas cuya sanción es perseguida por la Dirección General de Aguas (DGA) como órgano fiscalizador, ante el tribunal civil correspondiente por aplicación de los artículos 173 y 175 del Código de Aguas, ilícito que se configura por el sólo hecho de extraer aguas sin tener título legítimo, es decir, sin detentar un derecho real de aprovechamiento, siendo indiferente si respecto de las mismas aguas, existen o no terceros que teniendo la titularidad de tales derechos, puedan verse afectados por tal conducta.

Ahora bien, la duda que surge en relación con la concurrencia de este elemento en los casos concretos, radica en determinar cuál es el espectro dentro del cual debe buscarse la existencia de un tercero que tenga constituido un derecho real de aprovechamiento de aguas, con el objeto de que pueda estimarse que la conducta del sujeto activo efectivamente ha invadido derechos ajenos. ¿Debiera tomarse en consideración todo el acuífero, cuenca u hoyo hidrográfica a la cual pertenezca la fuente superficial o subterránea de la cual se está extrayendo ilegalmente el agua? O por el contrario, ¿el análisis debiera restringirse única-

5 Ob. cit. 2.

6 KÜNSEMÜLLER, Carlos, Informe en Derecho elaborado a solicitud de SOQUIMICH S.A. en Investigación RUC N°0610000136-7 de la Fiscalía local de Pozo Almonte.

7 ETCHEBERRY, Alfredo, Informe en Derecho elaborado a solicitud de SOQUIMICH S.A. en Investigación RUC N°0610000136-7 de la Fiscalía local de Pozo Almonte.

mente a los derechos constituidos sobre la misma fuente, o a aquellos constituidos dentro de un determinado radio respecto de la misma cuenca?

Para los efectos de responder esta interrogante, una primera alternativa sería considerar todos los derechos reales de aprovechamiento constituidos sobre el acuífero al cual pertenece la fuente desde la cual se está sacando el agua, lo que si bien sería correcto en la medida en que efectivamente tales derechos serían los que potencialmente podrían verse afectados con la extracción, supondría dificultades a la hora de establecer en el marco de una investigación, si efectivamente dicha extracción los ha “invadido”, en la medida que deberían realizarse peritajes por toda la hoya hidrográfica mediante los cuales se estableciera la forma y cantidad en que aquélla estaría perturbando esos derechos, impidiendo que los mismos sean total o parcialmente ejercidos de acuerdo a sus respectivas cabidas y demás características.

En atención a tales dificultades, una segunda alternativa sería intentar reducir el radio de afectación que deba considerarse para los efectos de determinar la invasión de los derechos ajenos, para lo cual podría resultar útil recurrir a la normativa extrapenal existente en materia de aguas, utilizando así para una facilitadora interpretación de este requisito, los criterios que dicha regulación maneja para los efectos de conceder los derechos reales de aprovechamiento y a la vez restringir su concesión.

De acuerdo a los artículos 62 y ss. del Código de Aguas, la DGA podrá declarar como zona de restricción⁸ y/o como zona de prohibición⁹ de nuevas explotaciones, determinados acuíferos, cuando considerare que continuar o ampliar la explotación del mismo pudiera perjudicar a los titulares de los derechos reales de aprovechamiento de agua previamente constituidos.

Paralelamente, la Resolución N°341 de la DGA¹⁰, señala en su artículo 22 que dentro de los requisitos copulativos que deben verificarse para los efectos que la DGA acceda a la constitución de nuevos derechos respecto de un acuífero, se encuentra la circunstancia de “e) *Que el punto de captación desde donde se solicita captar el derecho de aprovechamiento, se encuentre ubicado a más de 200 metros de otras captaciones de aguas subterráneas, cuyos derechos se encuentren reconocidos o constituidos en conformidad a la ley...*”; y en su artículo 25, señala que “*No podrán constituirse derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a una distancia menor de 200 metros de afloramientos o vertientes, si de ello resultare*

8 Art. 65. *Serán áreas de restricción aquellos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que exista el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él.*

9 Art. 63. *La Dirección General de Aguas podrá declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones, mediante resolución fundada en la protección del acuífero, la cual se publicará en el Diario Oficial.*

10 Resolución N°341, de 7 de octubre de 2005.

perjuicio o menoscabo a derechos de terceros o afectare la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas". Por último, en relación con las áreas de protección, la misma resolución señala en su artículo 28, que "...la dimensión de la franja o radio (de protección)...será de 200 metros".

A partir de estas normas, podría entonces sostenerse, en primer lugar, que en el caso de las declaraciones de "restricción", que se formulan en relación a todo un acuífero cuando el mismo se encuentra en grave peligro de disminución, existiendo una extracción de aguas que no se encuentre amparada por un derecho real de aprovechamiento existente con anterioridad a dicha declaración, debiera siempre estimarse que se está "invadiendo derechos ajenos".

En segundo lugar, podría también afirmarse que dado que la legislación de aguas considera un radio de 200 metros a la redonda tanto para los efectos de conceder nuevos derechos de aprovechamiento como para declarar zonas de prohibición de nuevas explotaciones, sin perjuicio de que una extracción no amparada por un derecho real, efectivamente pudiera de todas formas invadir todos los derechos ya constituidos respecto un acuífero, podría establecerse como criterio práctico que dicha invasión también concurrirá cuando se compruebe que existen derechos previamente constituidos o reconocidos dentro del radio de los 200 metros del lugar desde el cual se encuentra siendo realizada dicha extracción, y con mayor razón, cuando se confirma que en el mismo radio existe alguna declaración de prohibición de nuevas explotaciones.

2.2. Elementos particulares de la figura del N°1 del artículo 459:

c) Que el sujeto activo saque aguas, apropiándose las

Pese a que de la redacción del artículo en comento, pudiera pensarse que la conducta típica estaría integrada por dos acciones distintas; por un lado, sacar aguas, y por otro, apropiárselas, al igual que en los demás delitos de apropiación por medios materiales que se regulan en el Código Penal, la conducta es una sola y consiste en la apropiación, es decir, en una sustracción (elemento material) que se realiza con ánimo de señor y dueño (elemento psicológico), y que en este caso particular consistiría en sacar el agua de la esfera de resguardo de su titular para comportarse respecto de ella como si se fuese titular de un derecho real de aprovechamiento.

d) Que el objeto de la apropiación sean aguas superficiales o subterráneas

Como ya se señaló anteriormente, de acuerdo con lo dispuesto por el Código de Aguas, al igual que por la Constitución Política de la República, las aguas son bienes nacionales de uso público, pudiendo concederse a su respecto derechos reales de aprovechamiento.

En este orden de cosas, el objeto material de este delito son todas las aguas “ajenas”, entendiéndose por ello, todas aquellas respecto de las cuales se haya otorgado un derecho de aprovechamiento, otorgándose igual protección tanto si aquellas son superficiales como si son subterráneas, ya que respecto de ambas clases de agua se constituyen y otorgan tales derechos, y la ley en ninguna parte utiliza dicha distinción para los efectos de protegerlas penalmente.

Existiendo cierta controversia en relación con este punto, atendido que algunas defensas han intentado restringir la aplicación del tipo penal exclusivamente a aquellos casos de extracción de aguas superficiales, resulta importante mencionar los argumentos doctrinarios que connotados autores nacionales han formulado para los efectos de sostener la punibilidad de la extracción de aguas realizada sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos tanto respecto de aguas subterráneas como superficiales.

En primer lugar, en cuanto a los argumentos de índole gramatical en virtud de los cuales se señala que dadas las definiciones aportadas por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el tipo penal del artículo 459 N°1 C.P., sólo sancionaría la usurpación de aguas superficiales (define represas, estanques, depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales y acueductos), el profesor Etcheberry ha señalado que de acuerdo con las normas de interpretación contenidas en el Código Civil, particularmente con aquella contemplada en su artículo 20, a falta de definición legal, las palabras usadas por el legislador deben interpretarse en su sentido natural y obvio, de acuerdo con el uso general de las mismas, el que no tiene por qué coincidir con el uso léxico, debiendo en caso de que difieran, preferirse aquél a éste¹¹.

Así explica, por ejemplo, que consistiendo la conducta típica en “sacar” aguas, esto es, en *poner algo fuera de donde está cerrado o contenido*, no existiría ninguna razón aparente para afirmar que no pueden ser aguas subterráneas las que se saquen del lugar en que se encuentran encerradas o contenidas. Pero además, dentro de lo que se entiende por depósito, *lugar o recipiente en que se deposita*, perfectamente pueden quedar comprendidas aquellas aguas subterráneas que se encuentran depositadas al interior de la tierra, en el mismo sentido que la Constitución y el Código de Minería hablan de los depósitos de carbón, hidrocarburos y demás substancias fósiles (artículos 19 N°24 inciso sexto y artículos 1° y 16, respectivamente) que evidentemente están situadas en las “entrañas” de la tierra.

De la misma forma, atendiendo al uso general de las palabras, el concepto de “río” mencionado en el tipo penal en análisis, que debe entenderse como una *corriente de agua continua y más o menos caudalosa que desemboca en otra corriente, lago o mar*, es el mismo a que hace referencia el artículo 3° del Código de

11 Ob. cit. 7

Aguas, cuando señala que las *“aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoyo hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente. La cuenca u hoyo hidrográfica de un caudal la forma todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente”*.

En relación con este mismo punto, el profesor Hernández señala que ni el legislador, ni la doctrina, ni la jurisprudencia, han efectuado nunca la distinción que pretende alegarse, en orden a entender que mediante tal figura sólo se sanciona la usurpación de aguas superficiales, no pudiendo estimarse como interpretación extensiva y por tanto como constitutiva de una violación a alguna garantía aquella en virtud de la cual no se distingue donde la letra de la ley tampoco lo hace. En este sentido, afirma también que si la letra de la ley penal, tanto por sus términos amplios como por la ausencia de distinciones expresas, abarca naturalmente a todas las aguas susceptibles de encontrarse en los lugares a que se hace referencia, simplemente no hay ninguna razón legal para restringir los alcances del tipo penal.

Agrega, además, que incluso desde un punto de vista gramatical o lexicológico, la interpretación alegada por la defensa resulta insostenible, en la medida que cuando la ley utiliza la expresión “depósito”, hace referencia a un *lugar o recipiente donde se deposita*, significando “depositar”, *colocar algo en un sitio determinado y por un tiempo indefinido*, de tal suerte que debe entenderse que un depósito es simplemente un lugar que encierra o contiene agua, significado amplísimo que ciertamente no admite ninguna distinción, ni en términos del origen del depósito (naturaleza u obra del hombre) ni en términos del carácter de las aguas contenidos en el mismos (superficiales o subterráneas)¹².

En cuanto a la historia fidedigna del establecimiento del artículo 459 C.P., el profesor Etcheberry aclara que la norma fue incorporada al texto del C.P. primitivo, en la forma en que fue personalmente propuesto por RENGIFO, modificándose sólo a propósito de la discusión legislativa, de forma de establecer en su inciso primero como requisito de carácter general para todas las figuras, el que la conducta se realizara sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos, por lo que no existiendo constancia en las actas de que se haya pretendido limitar la aplicación del tipo penal del N°1 de dicho artículo, únicamente a la conducta de sacar aguas superficiales, y estableciéndose expresamente en ellas que este delito se consideraba de suma importancia, incluso más importante que el hurto o el robo, como a la época de la dictación del Código Penal Chile era un país eminentemente Minero, resulta impensable considerar que

12 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Informe en Derecho elaborado a solicitud de SOQUIMICH S.A. en Investigación RUC N°0610000136-7 de la Fiscalía local de Pozo Almonte.

haya estado en el espíritu del legislador, el restringir de esa forma su aplicación¹³.

En el mismo sentido el profesor Hernández señala que históricamente los comentaristas del Código Penal y demás autores dedicados al estudio del delito de usurpación de aguas han debido remitirse invariablemente a la legislación de aguas existente en su tiempo, por lo que siendo el Código de Aguas el que establece las formas en que nacen los derechos ajenos que se afectan con este delito, así como las aguas sobre las que se constituyen, dentro de las cuales se encuentran expresamente mencionadas las aguas subterráneas, resulta innegable que el tipo penal en comento se aplica tratándose tanto de la usurpación de aguas superficiales como subterráneas¹⁴.

En cuanto al bien jurídico que se protegería mediante esta figura, el profesor Künsemüller señala que aquél sería la propiedad en un sentido amplio, representada en este caso por los derechos reales de aprovechamiento de aguas constituidos sobre los cauces o depósitos de los que se saca el recurso hídrico sin tener título legítimo. En este sentido agrega que cualquier afectación a tal bien jurídico, es decir, a cualquier derecho real de aprovechamiento legalmente constituido, genera la consumación del delito, por lo que de ello pudiera sin duda desprenderse que señalando expresamente el inciso final del artículo 19 N°24 de la CPR que los derechos de los particulares sobre las aguas reconocidos o constituidos de conformidad a la ley otorgan a sus titulares la propiedad sobre ellos, y el Código de Aguas, que el derecho real de aprovechamiento existe tanto respecto de aguas superficiales como subterráneas, cualquier conducta que afecte un derecho real de aprovechamiento constituido o reconocido sobre aguas subterráneas, da lugar a la configuración del tipo penal¹⁵.

Por último, desde un punto de vista funcional y teleológico, el profesor Hernández apunta que la restricción de la aplicación del tipo penal que se plantea (únicamente a la usurpación de aguas superficiales), no sólo no tendría fundamento alguno, sino que además, contravendría el reconocido carácter accesorio que el derecho penal tiene en materias sofisticadas configuradas fuertemente por el ordenamiento jurídico, como es común en el ámbito de los delitos referidos a la actividad económica, en donde el derecho punitivo suele limitarse a ejercer una función de reforzamiento de las decisiones de fondo adoptadas en el seno de las regulaciones extrapenales, empleando para ello la técnica de la remisión.

Lo anterior se hace especialmente evidente en el caso del artículo 459 N°1 CP, en donde en estricto cumplimiento a los principios de legalidad y deter-

13 Ob. cit. 7.

14 Ob. cit. 12.

15 Ob. cit. 6.

minación, se señala con amplitud pero con toda precisión la conducta típica, consistente en sacar aguas y apropiarse de ellas, para remitirse luego al derecho de aguas para la precisión de las circunstancias bajo las cuales dicha conducta es punible, a través de la exigencia normativa de que ésta se realice “sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos”.

Desde el punto de vista jurisprudencial, resulta importante tener presente que recientemente se ha pronunciado una sentencia en virtud de la cual en segundo juicio oral se condenó al representante legal de una importante minera que opera en la primera región, como autor del delito de usurpación de aguas, por la extracción de aguas subterráneas realizada sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos, señalando para ello el tribunal en el considerando décimo quinto de la sentencia *“Que será rechazada la alegación formulada por la defensa, en el sentido de que no existió el delito de usurpación de aguas del artículo 459 N°1 del Código Penal, atendido los antecedentes y razonamientos expuestos anteriormente y que el delito mencionado sanciona la usurpación de agua, sin distinguir entre subterráneas o superficiales, y sólo atendiendo a sancionar la usurpación de este elemento desde cualquier depósito, esta interpretación resulta concordante, primero, por su tenor literal, el texto expreso de la norma referida señala las fuentes de las cuales pueden ser extraídas, y al señalar depósito, se cumple esta figura respecto del acuífero en que se encontraba el agua, y, en segundo lugar, por aplicación de elementos de interpretación lógico y sistémico, la protección jurídica de los derechos reales de las personas sobre las aguas está establecida en el artículo 19 N°24 en su inciso final de la Constitución Política de la República, sin discriminar a las personas que tengan derecho sobre aguas subterráneas. Que la distinción que realiza el Código de Aguas, en su artículo 2°, en nada contraría lo razonado dado que siguen siendo este elemento en cualquiera de la posición geográfica que se encuentre, respecto del plano terrestre”*¹⁶.

Pero más contundente que lo anterior, resulta lo recientemente afirmado por el Tribunal Constitucional¹⁷ al pronunciarse sobre un recurso de inaplicabilidad interpuesto respecto del artículo 459 N°1 del Código Penal, precisamente en contra de la causa en que fue pronunciada la sentencia precedentemente citada, por medio del cual se solicitaba se declarara inconstitucional la aplicación que el Juez de Garantía de Pozo Almonte había efectuado de la mencionada norma, al sancionar mediante la misma la usurpación de aguas subterráneas.

En efecto, dicho fallo el Tribunal Constitucional señaló, en su considerando QUINCUGÉSIMO NOVENO, *“Que de acuerdo a todo lo anterior, entonces, por una parte, el juez tiene libertad para interpretar el concepto jurídico “aguas” que*

16 Fallo Juzgado de Garantía de Pozo Almonte, 16 de septiembre de 2008. La vista del recurso de nulidad interpuesto en contra de este segundo fallo se encuentra suspendida por haberse interpuesto un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el TC.

17 Fallo de 13 de agosto de 2009

emplea el delito del artículo 459 N°1 del Código Penal. Por la otra, el juez puede legítimamente y sin incurrir en inconstitucionalidad, considerar como parte del tipo penal a las aguas subterráneas, pues hay normas constitucionales involucradas, hay una historia constitucional de por medio, una sistemática y una evolución normativa de rango legal, que establece el Código de Aguas, que dan sustento a esa interpretación.”

e) Que la apropiación de las aguas se realice para hacer de ellas un uso cualquiera

En cuanto a la faz subjetiva de este delito, teniendo claro que se trata de una figura dolosa, la exigencia de que la apropiación de las aguas sea hecha “*para hacer de ellas un uso cualquiera*”, no debe llevar a equívocos, ya que, como ha señalado la doctrina “*Esa forma de expresarse que las leyes penales emplean con alguna frecuencia, caracteriza a los llamados delitos de tendencia, en los que aparte del dolo propio de cada figura, se requiere la concurrencia de un ánimo o propósito especial en el hechor, sin cuya existencia no es posible castigar el delito. Pero no se persigue que el propósito exigido se haya logrado por parte del responsable, lo que transformaría el delito en delito de resultado...*”¹⁸.

De esta suerte, la prueba que deberá rendirse deberá estar orientada a acreditar la existencia de dicho ánimo, más no a la prueba de que las aguas efectivamente fueron usadas, ya que según lo señalado, se trata de un elemento subjetivo adicional al dolo y no de un requisito objetivo del tipo penal.

f) ¿Se requiere perjuicio?

Como se señaló anteriormente, el bien jurídico que se intenta proteger mediante este delito se verá lesionado con toda acción que impida, menoscabe, entorpezca o perturbe el poder gozar real y libremente de ellas en la forma que autoriza el derecho real de aprovechamiento que sobre las mismas se tenga, no siendo un requisito del tipo penal, la producción de un perjuicio, esto es, de un daño efectivo y cuantificable, salvo en el caso de la figura del artículo 461 en la que los autores consideran que por la utilización de la expresión “*fraudulentamente*”, debería requerirse de la concurrencia de un perjuicio para la configuración del tipo penal.

Lo anterior dice directa relación con el hecho de que la doctrina unánimemente considera que la figura del artículo 459 N°1 es un delito de mera actividad, formal, en que el tipo de injusto se agota en la acción del autor sin que el resultado, en el sentido de un efecto externo diferenciable espacio temporalmente, deba sobrevenir¹⁹.

18 Ob. cit. 5.

19 Ob. cit. 5.

ABSOLUCIÓN POR EL DELITO DE LAVADO DE DINERO CULPOSO: CONTENIDO Y LÍMITES DEL CONCEPTO DE “NEGLIGENCIA INEXCUSABLE”

Antonio Segovia Arancibia¹

1. Antecedentes generales

Con fecha 30 de abril de 2009, el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago (TOP) dictó sentencia condenatoria en contra de F.G.F. por su responsabilidad como autora directa e inmediata de diecinueve delitos reiterados de malversación de caudales públicos, dieciocho consumados y uno frustrado, delitos previstos y sancionados en el artículo 233 N°s 2 y 3 del Código Penal². Asimismo, resolvió condenar a G.A.S. y H.E.C. por su responsabilidad en calidad de autores en la hipótesis del artículo 15 N°3 del Código Penal, de dieciséis delitos reiterados de apropiación indebida de dineros, quince consumados y uno frustrado, delito tipificado en el artículo 470 N°1 en relación al artículo 467 N°1, ambos del Código Penal.

El tribunal, a su vez, decidió absolver a C.M.Z. de la acusación formulada en su contra por su participación en la comisión del delito de malversación de caudales públicos, y absuelve también a M.G.F. de los cargos en su contra por el delito de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable, o tipo culposo de lavado de dinero. La sentencia definitiva fue impugnada por la defensa de F.G.F. mediante la interposición de un recurso de nulidad, el cual fue rechazado por la Quinta Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en resolución de fecha 9 de julio de 2009³, encontrándose en consecuencia el fallo del TOP firme y ejecutoriado.

Los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público son resumidamente los siguientes: la acusada F.G.F. desempeñaba funciones en la Secretaría Regional Metropolitana del Ministerio de Educación (SEREMI), teniendo a su cargo, durante el año 2006, caudales y efectos públicos. En tal posición, durante distintas fechas del año 2006 se apropió de cheques, los emitió y/u ordenó su emisión, simulando en el sistema de tramitación interna de la SEREMI que correspondían al pago de sostenedores reales, a quienes ya se les había cancelado los montos respectivos en oportunidades diversas o por montos inferiores. En otras ocasiones, extendió cheques sin respaldo alguno en el

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Causa RUC N°0600867745-8, RIT N°27-2009.

3 Recurso de Nulidad N°Ingreso Corte 1000-2009.

sistema de tramitación interna. Para posibilitar el cobro de los cheques, se los entregaba al acusado H.E.C., quien los depositaba en la cuenta bancaria de su conviviente, la acusada G.A.D., a nombre de quien iban extendidos los cheques. En otras oportunidades, F.G.F. depositaba los cheques directamente en la cuenta de esta última. Una vez depositados, H.E.C. y G.A.S. le devolvían a F.G.F. parte del importe depositado en dinero en efectivo u otros documentos, dinero que en definitiva era utilizado para su provecho personal y de terceros. El mismo *modus operandi* se habría verificado respecto de C.M.Z.⁴, quien finalmente fue absuelta por el tribunal.

Respecto al delito de lavado de dinero, el Ministerio Público sostuvo en su acusación que, con el objeto de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes percibidos por F.G.F. (los delitos de malversación de caudales públicos), sus dos hermanos adquirieron camiones con dineros provenientes de los delitos precedentes reseñados⁵. Asimismo, y también con el objeto de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes, la acusada M.G.F., también hermana de la principal acusada F.G.F., le facilitó su cuenta corriente para que en ella fueran depositados los dineros que le reembolsaban a F.G.F. los acusados H.E.C. y G.A.S. Parte de los dineros depositados en su cuenta corriente fueron utilizados para que uno de sus hermanos adquiriera un camión. Como ya se adelantó, M.G.F. fue absuelta por el tribunal de la acusación de ser autora del delito de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable.

El fallo en comento es sumamente relevante desde un doble punto de vista: en primer término, porque es la condena más alta impuesta desde el inicio de la Reforma Procesal Penal respecto de delitos funcionarios o de corrupción pública. En segundo lugar, y en lo que nos interesa para los fines de este artículo, porque es la primera sentencia que, en juicio oral, se pronuncia sobre el delito culposo de lavado de dinero, razonando sobre el contenido y límites del concepto “negligencia inexcusable”. En lo sucesivo intentaremos analizar el razonamiento utilizado por el TOP para absolver a la acusada por el delito culposo de lavado de dinero utilizando el siguiente orden: en primer lugar, mostraremos los principales argumentos esgrimidos por los jueces para absolver a la acusada, especialmente en lo que concierne a su definición de “negligencia inexcusable”; enseguida, nos abocaremos a revisar qué se ha entendido por negligencia inexcusable. Para ello tendremos necesariamente que referirnos, aunque brevemente, a algunos aspectos generales del delito culposo de lavado de dinero y a la estructura en general del delito culposo. Por último, intentare-

4 De acuerdo a la acusación del Ministerio Público, F.G.F. le habría entregado, depositado o mandado depositar a C.M.Z. cheques emitidos con cargo a la cuenta del Ministerio de Educación.

5 Los hermanos de F.G.F., J.P.G.F. y E.G.F. fueron condenados por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago con fecha 10 de febrero de 2009, en procedimiento simplificado, como autores del delito de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable.

mos conciliar lo que entendemos por negligencia inexcusable con la definición utilizada por los jueces del TOP, con el fin de revisar críticamente su decisión absolutoria.

2. Motivos de absolución por el tipo culposo de lavado de dinero

En el considerando vigésimo del fallo en comento se encuentran los principales argumentos del TOP en relación a la absolución de la acusada M.G.F.⁶. En esencia, el tribunal entendió que la acusada “... *había actuado en estos hechos con la diligencia esperada dentro del contexto de sus relaciones familiares*”. Para arribar a dicha conclusión, los jueces señalaron que, con la creación del tipo especial de lavado de dinero culposo, el legislador había impuesto un deber de cuidado general cuyo objetivo habría sido impedir que los ciudadanos o las estructuras económicas fueran utilizados para el ocultamiento o disimulación de bienes de origen ilícito, agregando que el propio legislador señaló que la conducta culposa punible es la negligencia inexcusable⁸.

El tribunal agrega que es su labor el fijar los parámetros que den contenido a la expresión “negligencia inexcusable”, ya que el legislador no ha definido la expresión utilizada, como pasaría por lo demás en el común de los delitos culposos. Con ello en mente, el TOP estimó que la voz “negligencia inexcusable” era equivalente a aquella conducta que el Código Penal define como “imprudencia temeraria”, la cual, luego de revisada parte de la doctrina (Garrido Montt y Cury), consistiría en “... *un descuido mayor, un actuar sin miramientos de los riesgos que se generan con la propia actividad, sin tomar las mínimas precauciones que la vida en sociedad aconsejan*”.

El contexto normativo utilizado por los jueces permitió que éstos estimaran que en la conducta desplegada por la acusada M.G.F. había cumplido con estándares de diligencia que no permitían calificarla como negligencia inexcusable. En este sentido, se señala en el fallo que M.G.F. “... *preguntó el origen de los dineros y recibió explicaciones posibles de su hermana, no pareciendo razonable, a la luz de los niveles de negligencia que impone el tipo penal, el que recordemos, exige una diligencia aún por debajo de lo que cualquier persona haría, sancionarla precisamente por haber confiado en las explicaciones de su hermana*”¹⁰.

6 La decisión absolutoria fue adoptada por mayoría. El magistrado Cristián Soto Galdames previno que, en su opinión, la absolución de M.G.F., además de los argumentos esgrimidos en el fallo, se debió haber producido porque en el juicio no se produjo prueba suficiente que permitiera estimar que la utilización de la cuenta corriente de la acusada por parte de su hermana, tuviera como objetivo el ocultamiento de los dineros malversados.

7 Considerando vigésimo.

8 *Ibíd.*

9 *Ibíd.*

10 *Ibíd.*

El tribunal también tuvo presente, para arribar a su conclusión, que la acusada no había facilitado irreflexivamente su cuenta a F.G.F., sino que le había preguntado en variadas ocasiones sobre el origen de los dineros que eran depositados en ella, obteniendo, en opinión de los jueces, respuestas plausibles de ésta, que se relacionaban con las actividades que normalmente ésta realizaba, y no “... engaños de los que cualquier persona desconfiaría”¹¹. En suma, los jueces estimaron que M.G.F. había actuado con la diligencia esperada y subsecuentemente su conducta no podía calificarse como “inexcusablemente negligente”, situación que obligó a su absolución.

3. Tipo culposo y negligencia inexcusable

3.1. El tipo culposo de lavado de dinero

El delito culposo de lavado de dinero, se encuentra tipificado en el artículo 27 inciso 4° 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, publicada en el Diario Oficial con fecha 18 de diciembre de 2003. La inclusión de una modalidad culposa en la tipificación del delito de lavado de dinero fue una de las innovaciones que se realizaron al momento de debatirse sobre la reformulación del delito, que antiguamente estaba previsto y sancionado en el artículo 12 de la Ley N°19.366, que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y que no contemplaba un correlato culposo.

La norma actual en concreto señala:

“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 tipificación de este delito culposo no estuvo exenta de debate en sede legislativa, la cual de alguna manera reflejó la discusión que sobre la tipificación o no de un delito culposo de lavado de dinero se ha dado en la doctrina, tanto nacional como comparada. Aquellos contrarios a la inclusión de una modalidad culposa argumentan que su tipificación obedece exclusivamente a la creación de un recurso del cual pueda valerse la fiscalía cuando no pueda probar el dolo (conocimiento del origen ilícito de los bienes). Adicionalmente, se hace notar la amplitud con la cual se construye el tipo penal y las desmesuradas obligaciones que impone a las personas. Aquellos a favor de la inclusión del delito argumentan que es necesaria por la gravedad que representa el delito en cuanto afectación de bienes jurídicos, desde la perspectiva del deber de diligencia que

11 Ibid.

les es exigible a los destinatarios de la norma, y también por su rol como facilitador ante dificultades probatorias¹².

El debate legislativo en Chile sobre la inclusión o no de esta figura culposa, concluyó con su efectiva incorporación en el artículo 27 de la Ley N°19.913, aunque su *ámbito de aplicación* fue restringido. En efecto, el legislador prefirió limitar la aplicación de la figura culposa exclusivamente a la hipótesis de lavado de la letra a) del artículo 27, o lavado por ocultamiento¹³. En otros términos, la conducta desplegada por el agente con negligencia inexcusable sólo puede referirse a aquellos actos de *ocultamiento o disimulación*, y no a aquellos de *adquisición, posesión, uso o tenencia*. No queda muy claro, de la historia de la ley, las razones que llevaron al legislador a limitar la aplicación del tipo culposo exclusivamente a las conductas descritas en la letra a) cuando pareciera que incluso es más plausible entender el desconocimiento negligente del origen de los bienes en la hipótesis de contacto que en la de ocultamiento. Las críticas por la tipificación de un delito culposo realizadas por parte de los invitados a exponer sobre el proyecto habrían llevado al Ejecutivo a plantear una indicación que restringía su aplicación, pero mantenía de todas formas la figura en la ley. Dicha indicación fue aprobada por los legisladores, consignándose que “... la Comisión aceptó aprobar la sanción a la negligencia inexcusable, pero limitada a los casos de mayor gravedad, como son las conductas de la letra a)”¹⁴.

Por último, convendría señalar que se produjo un interesante debate legislativo, que se mantiene plenamente vigente, en torno al *sujeto activo* de esta figura culposa. Existen autores que consideran que el delito culposo de lavado de dinero sólo puede ser cometido por alguno de los sujetos obligados a Reportar Operaciones Sospechosas (ROS) a la Unidad de Análisis Financiero (UAF), es decir, se trataría de un sujeto activo *especial o calificado*. Otros, por el contrario, estiman que el sujeto activo es amplio ya que la norma no hace ninguna distinción explícita. Volveremos sobre esta interesante discusión más abajo,

12 PALMA HERRERA, José Manuel. “Los Delitos de Blanqueo de Capitales”. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editorial Edersa, p. 598. Para una visión crítica sobre el delito culposo de lavado de dinero en Chile puede verse PRAMBS JULIÁN, Claudio. “El Delito de Blanqueo de Capitales. Estudio Teórico-Práctico.” Editorial LexisNexis, 2005, pp. 477 y ss.

13 El artículo 27 de la Ley N°19.913, que tipifica el lavado de dinero, contempla dos modalidades del mismo, además de la culposa: en su inciso primero letra a) se castiga el ocultamiento o disimulación del origen ilícito de los bienes o los bienes en sí mismos (tipo de ocultamiento); en su letra b) se castiga la adquisición, posesión, tenencia o uso de dichos bienes, con ánimo de lucro (tipo de aislamiento o contacto).

14 Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el Proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el Código Penal en materia de lavado de dinero (boletín N°2975-07).

pues se encuentra relacionada con el nivel de cuidado o diligencia que impone la expresión “negligencia inexcusable”.

3.2. Estructura del tipo culposo y clases de culpa

en nuestra legislación, el elemento subjetivo que por regla general fundamenta el reproche penal es el dolo. Por esto, la mayor parte de los delitos se ha construido sobre la base del tipo doloso, constituyendo la tipificación del delito culposo la *excepción*. Lo anterior se desprende de lo dispuesto en los artículos 2°, 4° y 10 N°13 del Código Penal, que establecen como regla general la impunidad de los delitos culposos salvo cuando la ley excepcionalmente los sancione. En términos generales podría decirse que incurre en culpa quien ejecuta un acto típico al infringir el deber de ciudadano que le es exigible¹⁵. Para Etcheberry, culpa es “... la voluntad de obrar, sin atender a las consecuencias típicas previsible del acto o confiando en poder evitarlas”¹⁶. Cury, por su parte, sostiene que comete un delito culposo quien omite imprimir a su acción la dirección final de que era capaz, permitiendo así un resultado lesivo para un bien jurídico protegido¹⁷.

En esta temática, nos detendremos brevemente en la estructura del tipo culposo para de esta manera ubicar sistemáticamente el lugar que ocupan las *clases de culpa*, y dentro de ellas la negligencia inexcusable. En general, es posible señalar que la estructura del tipo culposo es igual a la del doloso, es decir contiene una fase objetiva y una fase subjetiva. El aspecto subjetivo del delito culposo sería irrelevante para algunos autores, pero ciertamente su inclusión permitiría mantener un concepto unitario de la acción en la teoría del delito¹⁸. Para otros autores, la existencia de un aspecto subjetivo del delito culposo aparece como una concreción del carácter garantista de un derecho penal moderno en donde es indispensable exigir que el sujeto conozca que está llevando a cabo una acción riesgosa y que justamente por ello se le exige un determinado cuidado¹⁹.

En suma, la estructura del delito culposo se asemeja bastante a la del delito doloso, por lo que en ellos podremos encontrar elementos puramente descriptivos, un sujeto (activo u omitente y pasivo), un comportamiento (activo

15 GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal. Parte General Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito.” Cuarta Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 209.

16 ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal, Parte General”. Tomo I, Tercera Edición Revisada y Actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 314.

17 CURY URZÚA, Enrique. “Derecho Penal, Parte General”. Séptima Edición Ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 326.

18 GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit. p. 214.

19 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “El Delito Culposo”. Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 42.

u omisivo), un objeto material y eventualmente modos de comisión²⁰. El elemento fundamental y específico de la tipicidad del delito culposo es, naturalmente, la culpa o la no observancia del cuidado debido, la que en este tipo de delitos se determinará a partir del análisis de la concurrencia de dos factores:

- a) *Previsibilidad del riesgo o peligro* que conllevaba la acción desarrollada de acuerdo a las circunstancias fácticas y personales, determinada conforme la experiencia ordinaria y constante y la situación particular del que ha obrado²¹. Tal previsibilidad constituiría un elemento normativo que debe determinarse conforme a la teoría de la adecuación, es decir, será el juez, mediante un juicio ex ante, quien determinará qué riesgos o peligros aparecerían como adecuados al momento de actuar²². Representa, en otras palabras, una obligación para quien realiza una actividad peligrosa, que se traduce en advertir los riesgos que su ejecución involucra²³. Este elemento permitiría diferenciar entre la culpa con y sin representación, o consciente e inconsciente, vale decir, la diferencia que existe cuando el sujeto se ha representado o no el riesgo o peligro, aunque para otros autores la diferencia fundamental estaría en la imprevisión o rechazo del resultado posible²⁴. Dicha distinción es importante sobre todo para efectos de trazar los límites entre la culpa y el dolo, el cual se encuentra entre la culpa consciente o con representación y el dolo eventual.
- b) *Infracción del deber de cuidado*, es decir, la realización de una acción que sobrepase el riesgo permitido, por una parte, y por otra, el incumplimiento del deber de emplear la prudencia necesaria cuando se ejecuta una acción riesgosa pero permitida²⁵. Cury ofrece como criterio para saber si estamos o no frente a una acción que constituye un riesgo permitido según si es o no *socialmente adecuada*, señalando que “... *la magnitud del riesgo permitido es directamente proporcional a la necesidad social del acto, deducida de su naturaleza y la del caso concreto en que se la ejecuta*”²⁶. Ahora bien, uno de los problemas que genera este deber de cuidado es su extensión, vale decir, qué

20 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 31.

21 ETCHEBERRY, Alfredo. Ob. cit., p. 315.

22 Ibid., p. 45.

23 GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 219.

24 Etcheberry considera esta distinción entre culpa consciente e inconsciente en un tercer elemento de la culpa, que él llama imprevisión o rechazo del resultado posible. Si el sujeto se representa y acepta el resultado se encuentra en dolo. En cambio si lo rechaza estará en culpa. Si ni siquiera se representa el acaecimiento del resultado estará en culpa inconsciente, ob. cit., p. 317. Bustos tiene una postura similar, cuando señala que en la culpa con representación existe un elemento subjetivo específico referido a la actitud de la persona frente al resultado representado.

25 Ibid.

26 CURY URZÚA, Enrique, ob. cit., pp. 339-40.

estándar de cuidado se debe seguir y respecto a qué tipo de actividades. Como señalábamos, la teoría de la adecuación social nos permitiría distinguir, en principio, si una determinada conducta sobrepasa o no el riesgo permitido, lo cual en definitiva deberá ser ponderado por el juez en el caso concreto. Respecto al nivel de cuidado o diligencia en cada situación en particular, cuestión que también deberá valorar el juez en el caso concreto, la ley sin embargo ha ofrecido criterios valorativos o una cierta “graduación” de la culpa para que sirvan de guía al juez al momento de ponderar la conducta del sujeto en el caso concreto.

Es en este elemento de la culpa donde encontramos criterios valorativos o “clases de culpa”, a los cuales el legislador nombró con términos como “negligencia inexcusable”, “imprudencia temeraria”, “mera imprudencia”, etc. Como ya se apuntó, el legislador de la Ley N°19.913 optó por la expresión “negligencia inexcusable”, y es el término analizado por los jueces en este fallo como principal argumento para decidir que la conducta de la acusada cumplió con los estándares de diligencia o cuidado exigidos por la ley. Ahora bien, cabría señalar que dichos criterios valorativos no son los únicos que puede tener en consideración el juez al momento de evaluar la conducta en el caso concreto, ya que puede recurrirse a conceptos como el del hombre medio o a principios como el de confianza, según el cual quien observa una conducta prudente puede confiar en que otros también la observarán²⁷.

3.3. Negligencia inexcusable

Los autores nacionales han definido o asignado diverso contenido a la expresión “negligencia inexcusable”. Garrido Montt, por un lado, estima que nuestro Código Penal considera distintos grados de intensidad de la infracción al deber de cuidado, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal: a) imprudencia temeraria; b) mera imprudencia o negligencia, y c) mera imprudencia o negligencia con infracción del reglamento. La imprudencia temeraria, para este autor, sería el grado de mayor intensidad de culpa susceptible de sanción, consistente en la omisión de aquel cuidado que puede exigirse a las personas menos diligentes al realizar una actividad creadora de riesgos, o en la inobservancia de la diligencia más elemental, equiparable este concepto al de culpa lata que utiliza el Código Civil. Mera imprudencia o negligencia, por su parte, se identificaría con la falta de cuidado que el hombre medio emplea en la actividad que desarrolla, correspondería en otros términos a actividades creadoras de riesgos que exigen de quien las realiza mayor acuciosidad. Este tipo de culpa sería equiparable a la llamada culpa leve civil.

²⁷ Cury opina que el principal criterio que permite precisar el contenido de los delitos culposos es el del hombre medio empírico, ob. cit., p. 334. Sobre el principio de confianza se pronuncian en general Etcheberry, Bustos y Garrido.

Por último, señala que la mera imprudencia o negligencia con infracción de reglamento es igual en intensidad a la mera imprudencia pero concurre además la infracción de una norma reglamentaria²⁸.

Para Garrido Montt, la imprudencia temeraria sólo se aplica al delito de homicidio y lesiones, mientras que en el caso de la mera negligencia o imprudencia, llamada también “impericia”, se aplicaría en el caso de los profesionales del área de la salud, por ser sus actividades altamente riesgosas. Sin embargo, apunta que a pesar del distinto grado de intensidad de la culpa, que vendría dado por los calificativos *mera* y *temerario*, los conceptos de imprudencia y negligencia serían expresiones distintas que aluden a situaciones análogas, es decir, no serían distintas modalidades de culpa²⁹. En el mismo sentido se pronuncian Politoff, Matus y Ramírez, para quienes además en los casos en que el legislador utiliza expresiones como “negligencia inexcusable” u otras similares, éstas deben asimilarse a la imprudencia temeraria³⁰. Cury, por su parte, está de acuerdo en que no existen diferencias conceptuales entre la imprudencia y la negligencia³¹.

Si bien Bustos también es de la opinión que los diferentes términos utilizados por el Código Penal son equivalentes en cuanto a su indicación de culpa, reconoce que existen acentos diferentes en la falta de cuidado debido. En este sentido, Bustos estima que la voz “imprudencia” se relaciona con cualquier ámbito de relación de una persona, vinculada al concepto de prudencia en el actuar. “Negligencia”, por su parte, ya no sería un problema de prudencia, sino de la falta de un deber específico de cuidado en relación a la actividad o función propia a esa persona (juez, funcionario público, médico, etc.). De esta manera, cuando se trate de negligencia, el juez deberá tener en consideración no sólo la “prudencia” en el caso concreto, si se tratare de imprudencia, sino además normas legales precisas en relación a los deberes que les incumben a los sujetos calificados. Agrega que adjetivos como “temeraria”, “culpable”, “inexcusable” y “mera” indican determinados grados de *exigencia* de cuidado. De esta manera, la imprudencia *temeraria* plantearía un grado máximo de falta de cuidado, propio de personas que no aplican cuidados que aún una persona poco prudente aplica en relación a sus propios bienes jurídicos importantes, como la vida y la salud, equiparándola de esta forma a la culpa grave o lata del Código Civil. Inexcusable, para el autor, significaría “... *no haber aplicado ni siquiera el cuidado mínimo requerido para el cumplimiento de un deber, y precisamente por esa falta de cuidado es culpable o inexcusable*”. Esta definición la extrapola del hecho de

28 GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit. pp. 223-24.

29 Ibid., p. 225.

30 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General.” Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 291-92.

31 CURY URZÚA, Enrique, ob. cit. p. 345.

considerar que la “negligencia” está referida a la falta de cuidado asociada a un deber específico, a un sujeto activo calificado, del cual se espera aplique los conocimientos propios a su función en la realización de la conducta, como estándar de diligencia³².

Para Etcheberry, la imprudencia se caracteriza como el afrontamiento de un riesgo, en donde lo que se vulnera es el deber general de diligencia y precaución, desplegándose una actividad excesiva. La negligencia, por su parte, se traduciría en una *falta* de actividad, es decir, se podría haber evitado el resultado desplegando más actividad que la desarrollada. Este autor también distingue la imprudencia y la negligencia de la ignorancia o impericia, que serían aquella forma de culpa que se presenta en el ejercicio de ciertas actividades que requieren conocimientos o destrezas especiales, como la cirugía, el manejo de máquinas peligrosas, etc.³³. Una distinción similar entre imprudencia y negligencia es la que hace Acosta, aunque observando que, en el fondo, cualquier imprudencia constituye una negligencia³⁴.

Respecto al delito culposo de lavado de dinero, Prambs entiende que el concepto de negligencia inexcusable es el contrapunto de la imprudencia temeraria e igual de grave (sería, en su opinión, la modalidad omisiva de la imprudencia temeraria), aunque reconoce que el concepto no entrega directrices sobre la conducta que debe realizar el sujeto para conocer el origen de los bienes. Dicho de otra manera, el tipo culposo de lavado de dinero no entrega señales concretas que indiquen qué tipo de acciones deben desarrollar los sujetos para conocer el origen ilícito de los bienes y de esta forma evitar su ocultamiento o disimulación³⁵. A continuación analizaremos, a la luz de lo expuesto, el fallo del TOP.

4. El deber de cuidado en la sentencia del 4° TOP de Santiago

Como se ha señalado, uno de los temas abordados con mayor profundidad en el fallo es el contenido o significado de la expresión “negligencia inexcusable”. En efecto, del análisis realizado por los jueces se desprende que no cuestionaron la realización de la acción o conducta de la acusada (facilitar su cuenta corriente para que en ella se depositaran dineros de origen ilícito); tampoco pusieron en duda que dicha acción constituyera un acto de “ocultamiento o disimulación” del origen ilícito de los bienes en los términos del artículo 27 letra a) de la Ley N°19.913, dejando a salvo la discusión sobre el ámbito de aplicación de la

32 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit. p. 56.

33 ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit., p. 319.

34 ACOSTA F., Daniel. “Tratado de la Culpa en el Derecho Penal. Una mirada Sistémica a la Imprudencia.” Editorial Librería Juris, 2007, pp. 68-69.

35 PRAMBS JULIÁN, Claudio, ob. cit., p. 502.

figura culposa. Por último, el fallo tampoco discurre acerca de si para condenar por esta figura culposa la acusada requería tener ciertos conocimientos especiales, de alguna manera cumplir una cierta calificación como sujeto activo. Los jueces deciden absolver esencialmente porque entienden que la expresión “negligencia inexcusable” atrae un estándar de diligencia o cuidado que sí fue ejercido por la acusada, dejando su acción impune.

Una primera cuestión a la que los jueces se refieren, antes de dilucidar el grado de diligencia que, en su opinión, impone el delito culposo de lavado de dinero, tiene relación con sus facultades para, justamente, dar contenido y fijar los parámetros de culpa establecidos por la norma. En este sentido, el TOP señala que “... el legislador como es común en los tipos culposos, no fija parámetros para dar contenido al grado de diligencia y cuidado exigido por la norma, cuestión que necesariamente debe ser llenado entonces por los jueces del fondo”³⁶.

El proceso de atribución del tipo penal a la conducta, en este caso, tuvo dos etapas: la primera consistió en valorar o interpretar la norma, su contenido y elementos normativos. De esto se ocupan los jueces del TOP cuando explicitan en su razonamiento qué entienden por “negligencia inexcusable”, para lo cual se apoyan en la opinión de diversos autores nacionales y extranjeros. La segunda etapa consistió en analizar si la conducta de la acusada se adecuaba o no al tipo. Como plantea Bustos, “La tipicidad implica un proceso de atribución, por tanto valorativo, por parte del juez o intérprete de un hecho de la realidad en un tipo legal determinado, en la medida en que desde el bien jurídico es necesario fundamentar el proceso de asignación de esa situación al tipo penal”³⁷.

El razonamiento utilizado por los jueces del TOP para estimar que el deber de cuidado ejercido por la acusada había sido suficiente, dejando la conducta atípica, plantea algunas interrogantes al tenor de lo anteriormente expuesto, y que nos parece debieran haber sido abordadas por los jueces al momento de fundar su decisión absolutoria. Estas cuestiones pueden resumidamente plantearse como sigue:

- a) Respecto al contexto fáctico en el cual se desarrolló la conducta juzgada, cabría hacer dos observaciones generales. La primera es que utilizando parámetros generales de evaluación de la culpa, como el del hombre medio empírico, el principio de confianza y en general las máximas de la experiencia permitirían concluir que la apertura de una cuenta corriente lleva aparejado el conocimiento del cuentacorrentista de información básica sobre el funcionamiento del sistema bancario. En este sentido, podría argumentarse que, dado que la regla en estas materias es que los dineros que se depositen en la cuenta bancaria de una persona pertenezcan a ésta, “facilitar” o “pres-

36 Considerando vigésimo.

37 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., pp. 63-64.

tar” la cuenta corriente a un tercero para que éste la utilice para depositar dineros propios, podría enmarcarse dentro de un contexto que excede el riesgo permitido en las relaciones bancarias.

Ahora bien, pareciera importante hacer presente que este “tercero” que depositaba dineros propios en la cuenta de la acusada era la hermana de ésta, lo cual podría matizar el riesgo creado. Sin embargo, desde una perspectiva puramente objetiva, la hermana de la acusada era profesional y no parecería razonable que no tuviera cuenta corriente en la cual depositar sus dineros, piénsese en su remuneración. Así las cosas, la conducta desplegada por la acusada, dentro del contexto de un riesgo permitido, incrementó dicho riesgo (al facilitar su cuenta a un tercero), aumentando por tanto el peligro de lesión del bien jurídico protegido, y realizando como medida de prudencia o diligencia el preguntar a su hermana más de una vez por el origen de los dineros.

- b) Sin perjuicio que es plausible reconducir al concepto de “imprudencia temeraria” aquel de “negligencia inexcusable”, siendo ésta por lo demás la opinión mayoritaria en doctrina, haber tomado otro camino podría haber incidido en un resultado alternativo. Así por ejemplo, de haber considerado los jueces que el concepto de negligencia inexcusable es una *falta de actividad* que permite se produzca el resultado típico, podría haberse estimado que la actividad desplegada por la acusada, que consistió en preguntar a su hermana sobre el origen de los dineros, como insuficiente o negligente atendido el contexto fáctico en que se produjo y los riesgos de lesión del bien jurídico protegido en dicho marco.
- c) Por otra parte, podría haberse considerado que la “negligencia” se refiere a un ámbito específico de cuidado en relación a una determinada actividad (como médicos, profesionales, etc.). Esta concepción del concepto de negligencia plantea el problema, cuando se aplica al delito culposo de lavado de dinero, de si éste exige un sujeto activo *calificado*. Lo anterior podría reconducir a la pregunta sobre si una persona que tiene una cuenta corriente a su nombre es suficientemente *calificada* o si el tipo exige determinados requisitos, por ejemplo un título profesional o técnico o una determinada calificación.

La anterior pregunta cobra especial relevancia en el contexto del tipo culposo de lavado de dinero, donde ha sido ampliamente discutido si efectivamente los únicos destinatarios de la norma son aquellos sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas a la UAF, y que se encuentran listados en el artículo 3° de la Ley N°19.913³⁸. La norma no indica que los únicos que

38 Ejemplos de sujetos obligados son los bancos e instituciones financieras, empresas de arrendamiento financiero, casas de cambio, bolsas de comercio, corredores de bolsa, ca-

no puedan conocer el origen ilícito de los bienes por negligencia inexcusable sean los sujetos obligados, y en consecuencia estimamos que el destinatario de la norma es cualquier persona³⁹. Ahora bien, si el concepto de negligencia se refiere a un ámbito de relación específica del autor, la reconducción al concepto de imprudencia temeraria debió haberse producido por carecer la acusada justamente de una cualificación especial, o haberse argumentado en el sentido que el solo hecho de ser cuentacorrentista conlleva un mínimo nivel de conocimientos suficientes para aplicar este concepto.

- d) El debate en general tiene relevancia por cuanto los jueces estimaron que el hecho de preguntar la acusada a su hermana por el origen de los dineros constituía un *mínimo* de cuidado, que atendida la exigencia de culpa (imprudencia temeraria), podría haber calificado su conducta como imprudente, pero no al extremo de justificar su sanción penal. De esta forma, si recondujéramos la culpa a un estándar inferior, la actividad de la acusada podría haber sido considerada insuficiente para evitar el resultado típico y en consecuencia ser imputable del delito culposo, atendido el contexto fáctico desarrollado más arriba.

En conclusión, si bien el fallo ofrece una argumentación sumamente interesante sobre el contenido del término “negligencia inexcusable” y el estándar de cuidado debido que trae aparejado, a la luz del análisis de la discusión sobre el contenido del concepto y el sujeto activo del tipo culposo, nos parece que el fallo deja bastantes interrogantes que podrían profundizarse en futuros pronunciamientos jurisprudenciales, y que vayan de alguna forma construyendo criterios fundados sobre los cuales poder guiar la aplicación del tipo culposo de lavado de dinero.

sinos, salas de juego e hipódromos, corredores de propiedades, notarios, conservadores, sociedades anónimas deportivas, entre otros.

- 39 En contra puede verse MANRÍQUEZ R., Juan Carlos. “Delitos de Blanqueo y Lavado de Activos, en el Marco de Operaciones Sospechosas”, en: <http://www.carlosparma.com.ar/Blanqueoylavado.doc>. También puede revisarse el interesante debate que sobre este tema se dio durante la discusión legislativa, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, recaído sobre el proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis e Inteligencia Financiera y modifica el Código Penal en materia de Lavado o Blanqueo de Activos, Boletín N°2975-07, pp. 69 y ss.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

LA RETRACTACIÓN EN VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL

María José Taladriz Eguilúz¹

María Angélica San Martín Ponce²

Roberto Rodríguez Manríquez³

I. Introducción

El presente artículo describe el proceso que vivencian las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar cuando acuden al sistema de justicia penal para denunciar a sus parejas y luego se retractan. En específico, se sostiene que al vincularse la mujer con las instituciones penales a través de procedimientos, audiencias y rituales jurídicos se produciría un fenómeno complejo que involucra dimensiones individuales, familiares y culturales en un contexto intermedio como son las instituciones del sistema penal.

- Violencia de pareja y su vinculación con la retractación de la mujer denunciante

En particular este presente artículo aborda la retractación en el marco del proceso que vivencian las mujeres denunciantes de violencia de pareja en el sistema jurídico penal. Para ello, interesa conocer los factores presentes en su decisión de retractarse una vez que han comenzado a interactuar con diferentes representantes del sistema penal, es decir, el conjunto de instituciones, que desde octubre del año 2005, promulgada la Ley N°20.066 sobre violencia intrafamiliar, tienen la competencia para intervenir en los actos de violencia intrafamiliar constitutivos de delitos que se producen en Chile. Las instituciones a las que hacemos referencia son la Policía (de Carabineros o Investigaciones), Fiscalía del Ministerio Público, Defensoría Penal y Tribunales Penales (de Garantía u Orales), quienes interactúan con la mujer víctima en diferentes momentos del proceso penal a través de diversos protocolos estandarizados, pautas legales y ritos jurídicos desde que se estampa la denuncia.

1 Abogada, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal de Adolescentes y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Subdirectora, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal de Adolescentes y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

3 Trabajador Social, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal de Adolescentes y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

II. El fenómeno de la retractación desde la perspectiva psicosocial

- Explicación de la retractación en víctimas de violencia de pareja

La mujer, al retractarse de su denuncia, generaría un conflicto de intereses entre sus pretensiones y los objetivos de persecución penal pública, es decir, el deber de las instituciones del sistema penal de intervenir para investigar los hechos denunciados y proteger a la víctima.

Si bien la retractación es un fenómeno poco estudiado, para efectos de este artículo se la comprenderá como la modificación de los dichos de la víctima, negando la versión original de los hechos durante el transcurso de la investigación penal y como el desistimiento o retiro de la denuncia a través de la no concurrencia a citaciones, diligencias, audiencias y otras comparecencias del proceso penal (Escaff, Rivera y Salvatierra, 2006; Rodríguez, 2006).

La complejidad para la intervención penal se presentaría cuando la mujer, al manifestar su retracto, se desiste de la demanda o renuncia a participar del proceso penal, viéndose los operadores del sistema punitivo exigidos a mantener la investigación sin que se afecte la persecución penal y la protección a la víctima.

Se hará referencia en específico a los delitos de lesiones y amenazas, por ser los ilícitos de mayor incidencia estadística desde la entrada en vigencia la Ley de Violencia Intrafamiliar N°20.066. Se ha optado por abordar la investigación desde la perspectiva de la mujer debido a que un 83,7% de víctimas de delitos en contexto de pareja son mujeres (Ministerio Público, 2008).

- Definición de conceptos violencia de género y violencia de pareja

Existen varias corrientes de pensamiento y teorías que buscan explicar la violencia contra la mujer. A modo de reseña, se detallan a continuación algunas de sus ideas generales, sin ser la finalidad por el momento profundizar en ellas:

- A) Teorías basadas en la violencia generacional: esta postura es sustentada por algunas teorías psicológicas que buscan explicar por qué alguien en particular agrede a su pareja mientras que otros, en circunstancias similares, no lo hacen. Afirma que existen ciertas características de la historia individual que causan y aumentan el riesgo de que las personas cometan actos de violencia dentro de la familia.
- B) La perspectiva sistémica hace hincapié en que la violencia de pareja parte del tipo de relación vincular establecida, siendo factores relacionales y no individuales los que la producen.

- C) El enfoque de género propone que la violencia marital existe porque el modelo patriarcal que impera en nuestra sociedad refuerza y fomenta el uso de la agresión física, psicológica y sexual para dominar a la mujer.
- D) La teoría psicoanalítica señala que este tipo de violencia se produce según cómo se ha estructurado el sujeto y analiza la historia particular de la persona, relacionándola con el orden simbólico de la cultura que organiza la personalidad.
- E) El modelo ecológico busca ser una perspectiva integradora de los aspectos culturales, sociales, familiares e individuales que influyen en la aparición de la conducta violenta.

Todos los enfoques teóricos mencionados tienen en cuenta que la violencia contra la mujer es una manifestación de desigualdad de género que se expresa a través del patriarcado como la causa del maltrato en la pareja. Si bien el término patriarcado no ha estado exento de controversia (Castro y Bronfman, 1993), el desarrollo de la teoría feminista y el nuevo conocimiento generado en el campo de los estudios de género autorizan a suponer que el patriarcado es un fenómeno de carácter estructural, constitutivo y constituyente del orden y la reproducción de las sociedades (Castro y Riquer, 2003). Sin embargo, no necesariamente constituiría la explicación final del fenómeno de la violencia contra la mujer, pudiéndose caer en una simplificación del problema al reducir su complejidad a una pura causa.

A la luz de este reduccionismo se ha centrado la bibliografía revisada en construir tipologías que obedecen a patrones individuales simplistas, que patologizan y rotulan a los actores individuales en que se expresa la violencia: por un lado, al hombre, casi siempre se le describe como de baja escolaridad, de escasos recursos económicos y/o desempleado, alcohólico o drogadicto, que a la menor provocación, o sin ella, arremete psicológica y con frecuencia físicamente contra una mujer. Por otro lado, a la mujer se le asigna un rol pasivo como víctima, receptora de la violencia, confundida o demandante, sin ver en ella capacidad para provocar un cambio de la situación. Estas concepciones impregnan no sólo la literatura especializada en violencia, sino que se traspasan a los organismos e instituciones de justicia o salud los cuales a través de sus operadores van retransmitiendo estas imágenes cargadas de sesgo y prejuicio.

De igual modo, para efectos de este artículo se entenderá el concepto de violencia como la utilización de la fuerza, de forma explícita o implícita, con el fin de obtener de una persona o de un grupo lo que no quiere consentir libremente (Grosman, Mesterman y Adamo, 1989).

El artículo se ocupará del concepto de *violencia de pareja*, diferenciándolo del de violencia intrafamiliar, debido a que éste último es amplio y abarca diferentes tipos de violencia que ocurren al interior de una familia como pueden

ser el maltrato infantil, a ancianos o discapacitados. En estricto rigor, lo que une a estas definiciones es su concepción de violencia, en la que se destaca que una persona, que se impone por la fuerza, tiene mayor poder que la otra y utiliza la violencia como un instrumento para dominarla (Quinteros y Carbajosa, 2008).

A su vez, el término violencia de pareja puede llevar a equívocos si se le utiliza como homólogo de violencia de género. Éste es un concepto amplio que hace referencia a un tipo de violencia que se produce con el objetivo exclusivo de dominar a la mujer e indica una desigualdad de poder que existe en nuestra sociedad: la de género la cual se produce en diferentes dominios sociales como son la familia o la comunidad en general (Convención Belem do Pará, 1994).

En consecuencia, violencia de pareja se conceptualizará como un patrón repetitivo de maltrato por parte de la pareja masculina hacia la mujer, caracterizado por una serie de conductas coercitivas que pueden incluir: a) violencia física: empujones, golpes, heridas de arma de fuego o arma blanca; b) violencia emocional: intimidación, humillaciones verbales, amenaza de violencia física; c) violencia sexual: forzar física o emocionalmente a la mujer a la relación sexual; d) violencia económica: ejercicio del control a través del dinero. (Valdez-Santiago R. et. al, 2006).

Como lo indica Johnson (1995, 1999, 2001 y 2006), existen dos tipos de violencia de pareja: estructural y circunstancial. La violencia estructural es realizada por el agresor de manera sistemática y permanente para ejercer el control y mantener el poder sobre la mujer. Puede ser de dos tipos: exclusiva o generalizada. La exclusiva corresponde al maltrato permanente que se produce exclusivamente en la relaciones de pareja (masculina). La generalizada comprende agresiones que se extienden a otros ámbitos fuera de la pareja. Por el contrario, la violencia circunstancial no se produce permanentemente, sino que surge de conflictos puntuales. No debe entenderse que sólo sucede un único episodio, porque su duración depende del conflicto puntual o crisis familiar que desencadena la violencia, es decir, puede ser prolongada en la medida que el conflicto no se supere y puede ser muy agresiva, llegando incluso a la muerte. La violencia circunstancial puede ser ejercida tanto por hombres como por mujeres (Quinteros y Carbajosa, 2008).

Por otro lado, la retractación se definirá como la modificación de los dichos de la denunciante, negando la versión original de los hechos durante el transcurso de la investigación penal y como el desistimiento o retiro de la denuncia a través de la no concurrencia a citaciones, diligencias, audiencias y otras comparecencias del proceso penal (Escaff, Rivera y Salvatierra, 2006; Rodríguez, 2006).

En cuanto a la noción de sistema penal, se comprenderá por tal al conjunto de organismos públicos que se relacionan entre sí a partir de las denuncias de delitos

como son la policía, fiscalía, defensoría y tribunales penales, que a su vez, interactúan con la víctima e imputado en diferentes momentos del proceso penal a través de códigos y ritos jurídicos.

La retractación se transforma en un problema cuando jueces, abogados, policías y otros profesionales y representantes del sistema de justicia penal enfrentan conflictos entre mujeres golpeadas y hombres que las golpean, y toman decisiones y asesoran desde sus propios *habitus* “de expertos”, a través de discursos legitimados en la existencia de jerarquías rígidas e incuestionables, produciéndose una relación *inter-habitus*, donde se desacierta en la comprensión del problema y no se entiende siquiera el lenguaje en que ese problema es expresado (Cárdenas, 2005).

- Investigaciones y teorías que explican la aparición de la retractación

Existen pocos estudios disponibles que hayan indagado en el proceso que viven las víctimas denunciadas de violencia de pareja al momento de acercarse al sistema de justicia penal. Así por ejemplo, en nuestro país no hay investigaciones que den cuenta de los procesos que dan forma a la decisión de denunciar o retractarse, habiéndose encontrado algunos reportes de investigaciones, especialmente, en Estados Unidos y Reino Unido, sobre los intereses o expectativas que las denunciadas traen al sistema de justicia. Esta literatura coincide en remarcar la necesidad de acogida, de consideración de sus problemas, de escucha y de comprensión de parte de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, cuando denuncia o se aproxima a pedir ayuda a la policía, a los sistemas penales o a los profesionales de la salud mental, estas mismas víctimas no expresarían tanto interés en que se aborde el conflicto legal, propiamente tal, que presentan.

Un estudio desarrollado en Gales, Reino Unido, indaga en lo que las víctimas esperan que la policía haga por ellas y cómo estos intereses inciden en sus niveles de satisfacción (Robinson, A y Stroshine, M. 2005), concluyendo que es más probable que las víctimas se sientan satisfechas cuando reciben, ella y el denunciado, un buen trato de parte de la policía, más que cuando se efectúan labores policiales sin considerarlas. Es decir, que la satisfacción de las víctimas se incrementa cuando ellas tienen la oportunidad de expresar aquello que más les preocupa y no se retractarían por tales motivos.

En esta misma línea, Martin, M. (1997) asevera que la opinión que manifiestan las víctimas de violencia doméstica sobre su problema debe ser considerada por parte de la policía, pudiendo concluirse que la disposición a ayudar de parte de la policía es el mejor predictor de la conducta de la víctima durante el proceso penal. Concluye sugiriendo que la policía puede aumentar la adherencia a los procesos judiciales en las víctimas de violencia doméstica a través

de entrenamientos sobre cómo proveer información y asistencia concreta a las denunciantes.

Otro estudio desarrollado los años 2000 y 2001 por el Departamento de Estudios de la Mujer, el Departamento de Justicia Criminal y la Universidad de Alabama, en torno a identificar las áreas que las mujeres víctimas de violencia doméstica más valoran de la intervención de los profesionales de la salud mental, determinó que las mujeres desean no ser juzgadas, buscan compasión, sensibilidad y extrema confidencialidad. Quieren que se comprenda la complejidad de su situación de violencia familiar, quieren progresar en la solución de su problema a su propio ritmo y no ser presionadas para terminar su relación de pareja. Desean que sus decisiones sean respetadas y compartidas (Feder, Hutson, Ramsay, Taket, 2006).

Por otro lado, en el País Vasco, España, se precisa que la víctima acude a las Instancias Judiciales a pedir ayuda y deposita en ellas una serie de expectativas (Mendiguren, 2007), tales como:

- a) Piensa que la atención que se le va a prestar va a ser individualizada. La víctima pide ayuda al Sistema Judicial totalmente confiada en que el Juez, a la hora de adoptar sus medidas, va a tener en cuenta sus dudas, sus miedos, sus ambigüedades y, únicamente, sus intereses;
- b) Tiene plena confianza en que el Sistema Judicial va a solucionar su problema. Como la víctima desconoce el funcionamiento del Sistema Judicial, muchas veces pide soluciones o medidas que éste no está en disposición de ofrecerle. Se reporta que cuando se les pregunta a víctimas qué necesitan, contestan que ellas quieren que el juez hable con su marido para que deje de beber o de consumir cocaína y deje de tratarles mal; y,
- c) En general, la víctima acude a la Institución Judicial convencida de que la Justicia hará “justicia”, es decir, el Juez le dará la razón, será reconocida públicamente como víctima y, por supuesto, el victimario será castigado.

Por último, un estudio de la Unidad Especializada de Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional de Chile, sobre expectativas de la víctima que denuncia a su pareja en el sistema penal, señala que aquellas no serían resueltas ni satisfechas por el accionar clásico del sistema punitivo. La sola persecución penal al agresor no parecería ser la expectativa prioritaria de la denunciante, ni tampoco la implementación de acciones percibidas como perjudiciales para el denunciado (Asún, Fuenzalida, Morales y Rodríguez, 2008).

En resumen, se puede decir que las investigaciones revisadas indican que las víctimas de violencia de pareja manifiestan gran demanda al sistema judicial

en cuanto a ser escuchadas, acogidas, comprendidas y consideradas, pero no expresarían tanto interés en que se aborde su conflicto a través de medidas punitivas.

- Características de la mujer denunciante que se retracta

La experiencia de los autores en torno a la atención de víctimas en el sistema penal, establece que las denuncias que hacen las mujeres en contra de sus parejas a menudo vienen acompañadas de fantasías acerca del poder que detentan los representantes de la justicia. Frente al sistema de persecución penal mostrarán diversos patrones de relación. Al salir de “la privacidad familiar” hacia las instituciones que detentan la función de control social, se adscribirían a esos contextos a través de pautas tales como actitudes demandantes, de exigencias inmediatistas, de sumisión secundaria⁴ y dependencia.

Cuando la teoría del caso y sus raíces en diversos códigos y manuales se coloca en el centro, en un lugar nuclear o privilegiado, la víctima de violencia intrafamiliar y su problema quedan automáticamente relegados a la periferia. Si a esto sumamos que las personas afectadas por el delito se articulan con el contexto de justicia a través de los patrones descritos, habrá de parte de los actores sociales una tendencia a centrar sus construcciones de significado y acciones en *sus teorías*, para evitar “quedar atrapados” en las paradojas que transfiere la víctima de violencia intrafamiliar.

A la inversa, desde un marco conceptual que ubica a la víctima y su problema en el centro de la gestión procesal, el actor social y su teoría se situarán en la “periferia comprensiva” y se concentrarán las acciones de investigación y protección en la víctima. Sus paradojas pueden ser reinterpretadas. La víctima se sentirá escuchada y comprendida, y se establecerán las bases para la prevención de la retractación.

Se define *sistema opresivo* (Rodríguez, 2006) como el clima de violencia que viven algunas mujeres denunciantes y a la trama relacional en la que se involucran con el agresor. Se distinguirá la relación de abuso (como violencia estructural destinada a someter y controlar) de la violencia coyuntural. Cabe hacer notar que el relato sistémico trasciende la dicotomía víctima / verdugo con la finalidad de enfocar los patrones de interacción que conectan a las personas y que detonan la conducta violenta (Cecchin y cols., 2002). Probablemente la conducta maltratante no sólo tendrá como sujeto pasivo a la mujer sino que a otros miembros de la familia, por lo que no desecha la posibilidad de que se configuren distintos delitos y aparezcan otros sujetos pasivos al interior de la

4 Se define por *sumisión secundaria* al patrón de relación que se desarrolla entre la víctima y el sistema judicial, caracterizados por roles complementarios, asimetría, sometimiento voluntario a la voluntad y poder del operador de justicia penal (Epston, 1994).

familia. La pauta en la relación de pareja estaría marcada por la complementariedad rígida, se presentarían atisbos de simetría pero como un estilo de violencia cruzada. Ante el sistemático deterioro producto del maltrato psíquico y físico, la mujer vive una “ceguera”: no percibe ni sus fuerzas ni su capacidad.

En este nivel se presenta un círculo vicioso entre la autopercepción de la víctima y su conducta. La conducta es coherente con la autoimagen que se ha ido alojando en su identidad a través del tiempo. No se trataría necesariamente de un daño “intrapésquico” permanente (Kamsler, 1996) sino de diversas dificultades como respuesta a los modelos de interacción opresivos de su contexto familiar actual.

La violencia intrafamiliar instalada promueve y/o refuerza una autopercepción “dominada por la violencia”. La conducta y las interacciones reflejan esa imagen. Los acontecimientos posteriores de la vida se experimentan dentro del contexto de esa imagen “dominada por la violencia”: pudiéndose encontrar discursos tales como “*mi destino ha sido sufrir... Todo me da lo mismo...*”.

III. La retractación y la falta de consentimiento en violencia intrafamiliar, a la luz de la Ley N°20.066

1. Antecedentes en la historia de la Ley

La historia de la Ley N°20.066 da cuenta de los vicios de que pudiere adolecer el consentimiento en los casos de acuerdos reparatorios, refiriéndose especialmente a este tema, a propósito del trámite de la conciliación⁵. Así, durante la discusión parlamentaria se hizo presente que, en los procesos de violencia intrafamiliar, la conciliación había traído consecuencias nefastas para la aplicación de sanciones a los agresores y para la adopción de medidas de protección respecto de las víctimas, razones por las cuales se eliminó. Sin embargo, y con el propósito de mantener la posibilidad de acuerdos entre las partes, en sede de familia, pero cautelando que éstos no sean una vía rápida e indiscriminada de poner fin al juicio y no amenacen bienes jurídicos fundamentales, se reemplazó la referida institución por la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, regulando los efectos del cumplimiento o infracción de dichos acuerdos. Además, esta última institución, queda condicionada al cumplimiento de obligaciones específicas, incluidas las de carácter reparatorio y/o a la observancia de una o más medidas cautelares, obligando al juez a dictar sentencia, en caso de incumplimiento injustificado (artículo 96 de la Ley N°19.968, en relación con el artículo 98 de la misma).

5 Informe de la Comisión de Familia acerca del Proyecto de ley que Introduce modificaciones en la Ley N°19.325, que establece normas sobre procedimientos y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar, recaído en el primer trámite constitucional, pp. 7, 10, 15 y 16, Boletín N°2318-18.

En relación con lo anterior, se señaló que en las relaciones de violencia, “... una de cuyas características es ser cíclicas, hay una situación de desigualdad entre las partes que se mantiene incluso en las reconciliaciones, las que se dan siempre porque, de lo contrario, no subsistiría la pareja. Si se somete a las partes a un proceso judicial y se les apura el ciclo de violencia para que lleguen a una reconciliación, ésta no será satisfactoria para ambas, porque una impondrá sus condiciones y la otra se plegará a los intereses de aquella...”. En un juicio, “... las partes nunca van a estar en igualdad de condiciones. Incluso, se podría obligar a la mujer a lograr acuerdos con el agresor, para que no tenga problemas con éste posteriormente, con lo cual el resguardo que ella busca al acudir al tribunal terminaría...”⁶.

2. Imprudencia de los acuerdos reparatorios y del perdón del ofendido en los delitos de violencia intrafamiliar

Teniendo presente lo señalado en el número anterior, y extrapolando los principios de las instituciones procesales procedentes en sede de familia al ámbito penal, se estableció en el artículo 19 de la Ley N°20.066, la inaplicabilidad de los acuerdos reparatorios respecto de ilícitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.

El artículo 19 de la Ley N°20.066 establece que: “En los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal”.

En relación con el referido artículo 19, cabe señalar que esta norma tuvo su origen en una indicación de las Diputadas señoras Saa y Mella para incorporar al proyecto el siguiente artículo:

“Artículo...- Interés público prevalente. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 241 del Código Procesal Penal, se entenderá existir un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal cuando el delito de lesiones menos graves haya sido precedido por actos descritos en el inciso tercero del artículo 2° de esta ley.” Es decir, cuando el delito de lesiones menos graves haya sido precedido de actos de violencia intrafamiliar que importe la comisión de alguna de las faltas contempladas en los números 4, 5, 14, 15 y 16 del artículo 494 del Código Penal, debiendo el juez verificar que los concurrentes han prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos⁷.

6 Opinión de las señoras **Carolina Merino L.** y **Nelly Santander M.** (Codeinfa), quienes rechazaron aplicar la mediación a los casos de violencia intrafamiliar, en Informe de la Comisión de Familia, recaído en el primer trámite constitucional, pp. 23-25, Boletín N°2318-18.

7 Segundo Informe de la Comisión de Familia Acerca del Proyecto de ley que Introduce modificaciones en la Ley N°19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar, p. 11, Boletín N°2318-18.

La Indicación N°34, del Ejecutivo⁸, para reemplazar el artículo 11 por el siguiente, estableció que:

“... Para efectos de lo dispuesto en el artículo 241 del Código Procesal Penal, el juez al verificar si el consentimiento de la víctima apareciere libremente prestado, considerará especialmente si el delito ha sido precedido por actos de violencia intrafamiliar”.

Sobre la base de las consideraciones de los Senadores Alberto Espina y Andrés Zaldívar, el Ejecutivo propuso redactar la indicación en los siguientes términos:

“Artículo... – Calificación del consentimiento. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 241 del Código Procesal Penal, el juez verificará especialmente que el consentimiento de la víctima no se encuentre determinado por circunstancias que impidan prestarlo libre e informadamente o que afecten la igualdad de condiciones de las partes que concurren al acuerdo”.

Sin embargo, el Ejecutivo observó que la oración final introducía un factor de incertidumbre y riesgo, al permitir a cada juez *“interpretar con mayor o menor latitud una circunstancia que, en el fondo, supone que una de las partes no presta libremente su consentimiento...”*.

Con estas modificaciones, la Comisión aprobó la indicación, incluyendo la norma contenida en el artículo 19 de la Ley N°20.066.

Por otro lado, no debemos olvidar que los delitos cometidos entre las personas, a que se refiere el artículo 5° de la Ley N°20.066, forman parte de un sistema sancionatorio más amplio dirigido a resguardar la vida, la integridad física y psíquica de dichas personas, imponiéndose al Estado el deber de protección para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia, lo que deja en evidencia la amplitud del bien jurídico protegido y en consecuencia la existencia de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal⁹.

8 Segundo Informe de la Comisión de Familia Acerca del Proyecto de ley que Introduce modificaciones en la Ley N°19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar, pp. 60 y 61, Boletín N°2318-18.

9 Al aprobarse el artículo 2° por la Cámara Revisora, se destacó que el objeto de esta disposición no es simplemente reiterar la norma constitucional que obliga al Estado a dar protección a la familia (artículo 1°, inciso quinto, de la Carta Fundamental), sino que tiende a desarrollarla, imponiéndole a las autoridades el deber de adoptar medidas concretas para asegurar los derechos de quienes integran el grupo familiar (Informe de la Comisión de Familia sobre las enmiendas introducidas por el H. Senado al Proyecto de Ley que introduce modificaciones en la Ley N°19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar, p. 2).

En consecuencia y como establece el Oficio del Fiscal Nacional N°514, de 09 de junio de 2006, la ratio legis del artículo 19 de la Ley N°20.066 considera:

- Las especiales características de vulnerabilidad de las víctimas de delitos de violencia intrafamiliar, necesariamente afectan la igualdad de condiciones de las partes que concurren a un acuerdo, lo que imposibilita a las víctimas prestar un consentimiento libre e informado, exento de vicios.
- El deber de protección impuesto por el sistema penal al Estado para garantizar la vida, integridad personal, física y síquica, y la seguridad de los miembros de la familia a que se refiere el artículo 5° de la Ley N°20.066, en el ámbito de los delitos cometidos al interior de ese núcleo, lo que deja en evidencia la amplitud del bien jurídico protegido y en consecuencia la existencia de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal.

Lo señalado anteriormente es concordante con la improcedencia del perdón del ofendido como causal de extinción de responsabilidad penal en ilícitos constitutivos de violencia intrafamiliar.

En sentido, no olvidemos que en violencia intrafamiliar, la acción penal es pública. El artículo 82 de la Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia, en su inciso segundo, establece que: *“La demanda o denuncia podrá ser deducida por la víctima, sus ascendientes, descendientes, guardadores o personas que la tengan a su cuidado. La denuncia, además, podrá hacerse por cualquier persona que tenga conocimiento directo de los hechos que la motiven ...”*.

De este modo, y no obstante lo dispuesto en el artículo 54 letras a) y d) del Código Procesal Penal, la norma del mencionado artículo 82 transforma la naturaleza de la acción penal en los casos de lesiones leves, lesiones menos graves y amenazas cometidas entre las personas a que se refiere el artículo 5° de la Ley N°20.066, confiriéndoles el carácter de pública.

3. Jurisprudencia que acoge la retractación como fenómeno propio de la violencia intrafamiliar y de pareja

3.1. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, 15 de julio de 2008

Rol Ingreso Corte N°248-2008

Fiscal: Carolina Suazo Schwencke

Ruc N°: 0800097484-7

Delito: parricidio frustrado

En este fallo se desestima un recurso de nulidad interpuesto por la defensa, basado en una supuesta errónea valoración de la prueba al no ajustarse a los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, dado que el Tribunal

Oral condenó principalmente sobre la base de testimonios de oídas de las primitivas declaraciones de la víctima, quien al momento del juicio se encontraba retractada acomodando, su versión de los hechos.

Considerandos segundo y tercero:

“2. Que en la especie la cuestión no estriba en determinar si puede o no condenarse a una persona en virtud de diligencias registradas en la carpeta de investigación del Fiscal, pues es claro que ello no es posible. Lo que interesa dilucidar es si la libre valoración de la prueba alcanza a permitir que se prefiera el dicho de testigos de oídas al de testigos presenciales. Ello, porque la prueba de cargo consistió en declaraciones prestadas en el juicio por los agentes policiales, el médico legista y una psicóloga.

*3. Que si bien, en principio, habría que preferir los testimonios presenciales, ello no es absoluto, porque cuando los testigos de oídas refieren lo que escucharon a la propia víctima y a su madre, y cuando el delito se comete en **un contexto de violencia intrafamiliar, la experiencia nos dice que es común que los afectados se retracten falsamente** con el correr del tiempo y la lógica nos sugiere que ello puede tener un motivo de naturaleza económica pues, el agresor, suele ser quien provee al grupo familiar; o simplemente afectivo, pues, el correr del tiempo suele hacer que se privilegie el vínculo familiar legal o de hecho – antes que el interés de sanción. Así, pues, no necesariamente el testigo presencial que declara en juicio es veraz, y determinar la supremacía de una u otra prueba es asunto de fondo entregado por la ley al Tribunal Oral. Luego, la causal no concurre y el recurso no podrá prosperar...”.*

3.2. Sentencia de Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó, 16 de Septiembre de 2008

Fiscal: Rodrigo Mateluna Pérez

Ruc N°: 0800261441-4

Delito: Lesiones Graves

En este fallo el tribunal desestima la versión alternativa de los hechos planteada por la defensa, en cuanto a que la pérdida de dos piezas dentales a la afectada sería producto de la enfermedad denominada gingivitis sufrida por la víctima coadyuvada por un actuar negligente del imputado, que al estar jugando con la afectada al parecer la pasó a llevar con la muñeca. Lo anterior fue afirmado en el juicio por la víctima y el acusado.

Considerando duodécimo: Si la lesión proviene de la acción de golpear a la víctima por parte del acusado, la relación de causa a efecto y si este actuó con culpa.

De la prueba de cargo anterior se ha podido inferir de manera necesaria, con los testimonios de los carabineros más allá de toda duda razonable que las lesiones producidas fueron causadas por la acción desplegada por el enjuiciado C. A. en contra de la persona de su conviviente S.P. por las circunstancias presenciadas por los aprehensores, al haber sorprendido a la ofendida, con muestras evidentes del delito con sangre en su boca y el imputado en su ropaje, de lo que se desprende que la acción había sucedido

*en un tiempo inmediato, aquello es reforzado por los testimonios de los policías, con respecto a los gritos escuchados por ellos coetáneamente al desarrollo de los hechos. Si se analiza lo anterior son coincidentes los gritos previos, y la denuncia de la menor (hija de la afectada) con la agresión a S. P., por cuanto se deduce de lo que dijeron los policías en el juicio que observaron rastros recientes de sangre, y que la mujer buscaba sus dientes, si se piensa en la alteración anímica que tenía dice relación con un suceso inmediato de acuerdo a las máximas de experiencia y de la lógica, nadie busca sus piezas dentales después de más de cuatro horas transcurrido los hechos, según versión de la ofendida y del acusado, obviamente **se le restará credibilidad a la señora P. por su retractación**, en cuanto a la versión dada a los policías al médico.*

También es difícil pensar que un sangramiento, con señales frescas se mantenga de las 17 horas hasta pasadas las 21 horas de ese día. Por lo que también de acuerdo a las reglas de la lógica debe inferirse que los hechos ocurrieron inmediatamente que arribaban los policías, y lo que deponen es absoluta y totalmente verídico. A contrario de la versión alternativa de la defensa. Que asimismo puede deducirse que son veraces las exposiciones de los policías al decir que se encuentran con la niña S., quien les informa sobre la violencia, puesto que ella estaba situada en un lugar inmediato a los hechos, y en el mismo contexto horario. Otro elemento de convicción que se ha tenido en cuenta para determinar la acción de lesionar de C.A., es que los policías, pudieron observar en el sitio del suceso a la persona del acusado, quien nada dijo sobre los hechos y fue detenido en el procedimiento en horas muy posteriores a su versión. La hora de atención del perito médico ocurre pasadas las 22:00 horas, y P.B. le refiere a este mismo, que los hechos acaecieron a las 21:00, lo que encuadra con la versión de los policías, y derriba definitivamente la teoría de la defensa.

Que se ha desestimado la versión alternativa de la defensa fundado también en las ganancias secundarias que revisten para la lesionada señora P., quien manifestó en audiencia que se vería perjudicada en lo económico, al ser condenado eventualmente su conviviente L.C., atendido a que ella se desempeña en los parroquiales y todavía no es la época de producción, se refrenda la consideración anterior al mencionar que durante la prisión preventiva del acusado por esta causa, ella y su grupo familiar habían pasado miseria y hambre.

*De la misma forma y reproduciendo los fundamentos anteriores basados en la prueba producida por los testigos de cargo de los carabineros **Contreras y Carrasco**, y del perito médico **Araneda Parra**, puede inferirse **respecto de la existencia del nexa causal**, que las lesiones tuvieron como causa, el actuar del acusado de la manera ya señalada, ocasionando el resultado ya conocido de lesiones graves, en la persona de S.P.B., que en este sentido se reproducen las consideraciones anteriores de la prueba respecto que los sentenciadores valoraron las expresiones de ambos policías aprehensores en cuanto escuchan los gritos y voces distinta de hombre y mujer procedentes de la morada, y señales de la existencia de sangre en la boca de la víctima y en la ropa del acusado que impresionan como hechos inmediatos, en los momentos en que son sorprendidos por la policía.*

A este fundamento debe adicionarse que en sus declaraciones C.A., quien no niega la relación de causalidad al admitir en el momento de sucedido los hechos “se hizo para atrás” y no sabe con que parte de su brazo le pega a la ofendida. Análoga versión sostiene la afectada P., al imputar que C. “echó la mano para atrás y la pasó a llevar”, por todo lo anterior queda desestimada la alegación de la defensa, respecto de falta de establecimiento de la relación de causalidad.

*Con respecto al argumento de **la defensa de delito culposo**. Esto deberá ser descartado de plano, en atención por lo que se ha explicado sobre el desarrollo de los hechos en esta causa. La afectada aseveró en su oportunidad a los funcionarios aprehensores que su conviviente había derribado sus dientes, con señales de sangre en su boca y ruptura de la camisa del acusado, en términos inexplicables sino se tratare de hechos de cierta violencia, sumado al estado de ánimo alterado de la ofendida, situación que observan los policías respecto de la víctima. También los testigos policiales hacen referencia a la menor S., hija de la afectada, quien les señala que su madre estaba siendo agredida por su conviviente y los acompaña al sitio del suceso, además el propio perito médico constató un elevado número de pulsaciones en la víctima, superior a 120, lo que denota un estado de alteración y tensión plenamente compatible con el hecho de una agresión en un contexto de violencia intrafamiliar, todo lo que produce una duda razonable al tribunal respecto si el actuar del reprochado C., fue realmente culposo, desestimándose esta alegación por lo expuesto”.*

3.3 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, 3 de marzo de 2007

Fiscal: Carmen Gloria Wittwer Opitz

Ruc N°: 060169553-1

Delito: Lesiones graves gravísimas

En este caso, igualmente la defensa levanta para el juicio oral una tesis basada en gran medida en la retractación de la víctima, consistente en dar una connotación fortuita o a lo sumo culposa a los hechos del acusado. En el caso, según se acreditó por testimonio de un familiar de la víctima, existía un largo historial de violencia, con agresiones previas que la víctima no denunciaba o retiraba la denuncia, por lo que el imputado no presentaba causas previas propiamente tal. Los hechos fueron calificados como constitutivos de lesiones graves gravísimas, dado que el puntapié en el ojo provocó el estallido del globo ocular con la consiguiente pérdida de visión.

“DECIMOQUINTO: *Que, en este contexto, **no es posible aceptar el testimonio de la víctima** R.d.C.A.V.. Ella dice que jugaban a darse golpes, estaban bebiendo. Ella le ganaba, cayeron en la cama. Ella le dio una patada en la guata, a él le dolería y le pegó en el ojo con el pie. La cama es baja.*

Quiere que él vuelva, que vivan juntos otra vez. Pase lo que pase el siempre va a ser el padre de sus hijas, su marido.

El ojo fue operado y en Santiago le pusieron una prótesis.

Cuando estaba en Santiago se comunicaban telefónicamente. El le mandó una carta y ella le contestó. Recuerda poco del contenido de las cartas.

Y como prueba documental de la Defensa se incorporan estas cartas. En ellas él dice que está arrepentido de lo que hizo, y ella dice que está contenta porque le ha mandado dinero, que lo ocurrido fue un error y ella lo perdona. Ella necesita dinero.

Este testimonio de la víctima y el contenido de estos documentos demuestran lo señalado por la testigo M.M.A.V. en lo relativo a que R.d.C. es una mujer que vive en un entorno de violencia intrafamiliar recurrente y que ha habido episodios en los que ha sido lesionada por el cónyuge, acusado esta vez en juicio, que ella la ha socorrido y que R. “levanta” se desiste de toda denuncia. R. se transforma en víctima pasiva, agredida, abusada, lesionada y que participa en el ciclo del perdón, agresión en desmedro físico y psicológico de ella.

Respecto del Hecho puntual del proceso es categórica, fue un juego y hubo un golpe accidental de él “pudo haber sido él” lesionado o ella.

Reconoce que es celosa, que ha tenido tratamiento antialcoholismo discontinuado, que ha mentado antes pues él no la ha agredido, que la justicia los ha separado que ella necesitaba dinero y lo denunció posteriormente por hechos falsos y él resultó preso. Ella no quería eso.

Todo este relato, que es constante, persistente en su contenido, no será considerado por los sentenciadores, pues ella no es veraz, trata de proteger al agresor, es dependiente de él y el entorno de violencia y abuso que comparten, existiendo en la víctima una dependencia económica y sentimental que no le permiten comprender el alcance y gravedad de lo ocurrido.

Por estas consideraciones, no se consideró este testimonio como medio probatorio para establecer la comisión del delito”.

3.4. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, 14 de agosto de 2008

Fiscal: José Miguel Subiabre Tapia

Ruc N°: 060169553-1

Delito: Lesiones graves

En el presente caso, la víctima declaró retractada en juicio atribuyéndose derechamente la responsabilidad absoluta en los hechos, siendo ella quién además de agredir al imputado verbal y físicamente usando un palo, habiéndolo previamente perseguido por toda la plaza donde ocurrieron los hechos, cayó finalmente al suelo lesionándose (fracturándose) accidentalmente el brazo.

Interesante resulta aquí el análisis que el fallo hace del fenómeno de la retractación en causas VIF que va mas allá de la simple comparación de los relatos o declaraciones diversas prestadas por la víctima, yendo a cuestiones de fondo que explican el fenómeno principalmente en la dependencia que existe entre

la víctima y el agresor; dependencia que puede ser de variado origen, a saber, emocional (afecto/temor), intelectual, económica, social o laboral, clasificando el caso específico como de dependencia de tipo económico.

Parte del considerando sexto: “...En cuanto a la declaración de la víctima doña *A. V. M. M.*, que refiere en términos generales y al punto, que su conviviente de hace más de dos años y medio, con el cual se encontraba de vacaciones en esta ciudad, la noche anterior al día 21 de febrero de 2008 se retiró de la pieza de la residencial que arrendaban, con el fin de ir a beber alcohol; regresó alrededor de las 5 ó 6 de la mañana, en estado de ebriedad, por lo que ella lo echó. Que posteriormente, alrededor de las 10:00, fue a comprar un café en el sector de la Plaza O’Higgins, encontrándolo con una mujer sentado, se dirigió al lugar donde él se encontraba a pelear con él a garabatos, a pegarle y a perseguirlo por toda la plaza. Luego tomó un palo con el que lo persiguió, le pegó y se cayó pegándose en el brazo. Y que lo que relató a los carabineros tanto el mismo día de los hechos como posteriormente cuanto prestó declaración, no fue verdad y que mintió con la finalidad que su pareja estuviese preso, porque siempre llegaba ebrio a su casa.

Estos sentenciadores, a estos dichos le restarán valor, por parecerles que no se ajustan a lo que realmente aconteció el día de los hechos, básicamente, en mérito a las siguientes consideraciones:

- a.- *Los dichos de la víctima, no constituyen un relato espontáneo, coherente ni lógico. En efecto, la víctima en su relato libre, simplemente dijo que “fue una pelea”. Y a través del examen efectuado por el Fiscal, ahondó en los hechos, pero de una manera concreta, superficial, exigua de detalles. Comenzando por señalar que después de haberse comprado un café, vio al acusado “sentado con una mujer”, que fue hasta donde él se encontraba a pelear a garabatos y a pegarle. El acusado por su parte en este punto, señaló que se encontraba acostado durmiendo, cuando sintió que su pareja le tiró café en la cara, y despertó.*
- 2.- *Que el cambio de versión acerca de los hechos por parte de la víctima, y a través del cual se pretende que el acusado fue la víctima de una agresión por parte de su conviviente quien, en definitiva, resulta con un brazo fracturado, a consecuencia que al intentar agredir con un palo al acusado, pierde el equilibrio y se golpea sobre una banca rota; tiene su fundamento o motivación —para estos juzgadores— en el denominado fenómeno de la retractación propio del ciclo de la violencia intrafamiliar, en el cual después de una crisis (agresión), pasa a una etapa de arrepentimiento, negación, atenuación o justificación de la agresión, una reconciliación anhelada por los afectados (luna de miel), que permanece latente, hasta la iniciación de una siguiente etapa de conflicto progresivo, que da paso a otra agresión posterior, y consecuente, a un nuevo siglo de violencia.*

El fenómeno psicológico de la retractación, si bien no se encuentra expresamente consagrado en nuestra legislación, existen ciertas normas que permiten entender que el Legislador Nacional la ha considerado o previsto, y en consecuencia, ha

restringido las posibilidades que esta (la retractación) produzca efectos jurídicos indeseados (como la desprotección de las víctimas y la impunidad de los agresores). Todo ello, en atención a la obligación adquirida por el Estado de Chile, mediante la suscripción de tratados internacionales, destinados a brindar una efectiva protección a las mujeres con respecto a la violencia de género. En efecto, el artículo 100 de la Ley No. 19.968, que crea los Tribunales de Familia, dispone que los procesos sobre violencia intrafamiliar sólo puedan terminar por sentencia ejecutoriada o mediante la suspensión condicional. Asimismo, cuando el proceso se hubiere iniciado por demanda o denuncia de un tercero, el juez de familia, durante la audiencia preparatoria y previo informe del consejo técnico, podrá poner término al proceso a requerimiento de la víctima si su voluntad fuere manifestada en forma libre y espontánea. Es decir, la facultad de poner término a estas causas por la simple manifestación de voluntad de la víctima (desistimiento, retractación), sólo puede ser considerada por el Juez, si previamente verifica que dicha decisión ha sido adoptada libremente. Esta misma doctrina, es posible extraerla, de la norma contenida en el artículo 19 de la Ley No. 20.066, que prohíbe poner término a las causas sobre violencia intrafamiliar mediante acuerdos reparatorios, pues ello supone también una forma condicionada (a una determinada prestación) de desistimiento o retiro de la denuncia o demanda. Como se dijo, estas reglas especiales, lo que pretenden es básicamente limitar la posibilidad que la retractación por parte de las víctimas de violencia al interior de las familias, produzcan efectos jurídicos que en definitiva pongan al agresor en una situación de impunidad y a la víctima en una de desprotección y riesgo.

A mayor abundamiento, para “los expertos la retractación suele confirmar el relato denunciante. La retractación ha sido descrita como una etapa posterior a la denuncia dentro del denominado Síndrome de Acomodación, que incluye: el secreto, la desprotección, el atrapamiento, la acomodación, la revelación tardía, conflictiva y poco convincente y la retractación”. (Larraín, Soledad, El malestar silenciado, la otra salud mental. Violencia Familiar: Caminos de Prevención. Isis Internacional, Ediciones de las Mujeres. (Santiago, Chile). N°14, 1990. p. 117-125.).

Por otro lado, en la jurisprudencia comparada “se viene admitiendo también que ante el silencio o retractación en el juicio oral de la víctima que sí había declarado en sede policial denunciando los hechos acontecidos e incriminando a un determinado sujeto, sean los mismos policías que confeccionaron ese atestado los que declaren en el juicio acerca del relato de hechos que ante ellos se efectuó, pudiendo entonces el órgano jurisdiccional sentenciador otorgarles valor probatorio siempre que concurran otras pruebas que corroboren dichas incriminaciones. Finalmente, puede ser de utilidad también para evitar la libre absolución del imputado en los supuestos en que la víctima se retracta u opta por no declarar en el juicio oral, la llamada “prueba indiciaria”, a través de la cuál no se prueban directa e inmediatamente los hechos delictivos, pero que por sí misma puede llegar a ser prueba bastante para desvirtuar la presunción de no culpabilidad del acusado siempre

que no se trate de meras sospechas o conjeturas, haya pluralidad de indicios incriminatorios no contradictorios entre sí y se prueben debidamente los “hechos base” del indicio; además, la conclusión acerca de la culpabilidad del sujeto acusado debe alcanzarse de modo racional y el tribunal ha de expresar claramente en la motivación de la sentencia el nexo causal o íter lógico que le ha conducido ha declarar en efecto probados los hechos enjuiciados y atribuidos al condenado”. (PARTICULARIDADES DE LA INVESTIGACION Y PRUEBA DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO. Comunicación presentada por Montserrat de Hoyos Sancho, Prof. Titular de Derecho Procesal y miembro del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid al Congreso Internacional sobre “Violencia de Género: medidas y propuestas prácticas para la Europa de los 27” – Valencia, abril 2007).

Pues bien, a fin de determinar si efectivamente nos encontramos, en la especie, frente al fenómeno de la retractación (es decir, si la víctima se encuentra en situación de libertad al mantener o sostener su denuncia), y que habilitaría para, por una parte, restar valor a la declaración de la víctima, y por la otra, para acreditar tanto los hechos de la acusación como la participación del acusado J.P. en ellos, es menester determinar si concurren los factores o condiciones que la motivan. Los especialistas señalan que la retractación tiene su origen en la dependencia que existe entre la víctima y su agresor; dependencia que puede ser de variado origen, a saber, emocional (afecto/temor), intelectual, económica, social o laboral.

De acuerdo a los atestado de la víctima rendidos en estrados, y los de la Carabiniero Muñoz Navarrete resulta claro –para estos sentenciadores– que la víctima depende económicamente del acusado; y que desde que éste se encuentra privado de libertad, no tiene lo necesario para alimentarse ella ni su hijo. Además, que mantiene una relación afectiva con aquél. Todo lo cual permite establecer, que efectivamente, ha operado respecto de la víctima la retractación; y que por lo mismo, esta se encuentra impedida, o dicho de otra manera, no se encuentra en una situación de libertad y voluntariedad que el permita relatar los hechos de la forma en que estos efectivamente ocurrieron, siendo su único interés el que el acusado recupere su libertad a fin de poder mantener su sustento y su relación amorosa.

De tal manera que –como se adelantó– no se le otorgará mérito a dicha declaración en cuanto contradice sus primeras declaraciones, por estimar que en aquellas refirió lo que efectivamente ocurrió el día de los hechos; y consecuentemente, por tener interés evidente en los resultados del juicio”.

Conclusiones

Existe una conciencia incipiente y una variada gama de interpretaciones jurisprudenciales en sede penal respecto del fenómeno de la retractación de

la denuncia hecha por mujeres víctimas de delitos ocurridos en contexto de violencia intrafamiliar.

Se aprecia que el Ministerio Público en casos donde existe otra prueba de cargo para sustentar su acusación, ha preferido llevar a estrados a testigos de oídas de la declaración original de la víctima y no llamarle a declarar directamente en juicio.

A modo de prevención, se sugiere que en casos donde se aprecie un fuerte control emocional y económico del imputado hacia la víctima, el fiscal pueda solicitar una evaluación del daño en la víctima desde la perspectiva de su trauma relacional que le ha significado estar inmersa en un ciclo de violencia histórico junto a su pareja.

Referencias bibliográficas

- Asún, R., Fuenzalida, I., Morales, M. y Rodríguez, R. (2008). Estudio: Expectativas de las víctimas de delitos de violencia intrafamiliar más denunciados. Resumen Ejecutivo. Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile.
- “Belem do Pará, Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (1994). Biblioteca Congreso Nacional de Chile (1998).
- Biblioteca del Congreso Nacional (2005). Ley de Violencia Intrafamiliar N°20.066.
- Biblioteca del Congreso Nacional (2000). Ley N°19.696: Código Procesal Penal.
- Brofenbrenner, U. (1987). La ecología del desarrollo humano, Barcelona, Ed. Paidós.
- Cárdenas, E. (2005). “Derecho de familia y menores: jueces y abogados como antropólogos”, desde www.fundacionretonio.org.ar
- Castro, R. y Bronfman, M. (1993). Teoría feminista y sociología médica: Bases para una discusión. Cuadernos de Saude Pública, 9:375-394.
- Castro, R. y Riquer, F. (2003). La investigación sobre violencia contra las mujeres en América Latina: entre el empirismo ciego y la teoría sin datos. Cuadernos de Saude Pública, vol. 19 N°1.
- Corsi, J. (2005). “Psicoterapia Integrativa multidimensional”, Bs. Aires, Ed. Paidós.

- Davis, R., Smith, B. (1995). *Domestic Violence Reforms: Empty Promises or Fulfilled Expectations?* Crime & Delinquency, Vol. 41, No. 4, 541-552 (1995). DOI: 10.1177/0011128795041004010 © 1995 SAGE, desde <http://cad.sagepub.com/cgi/content/abstract/41/4/541>
- Defensoría Nacional, Cuenta Pública (2008). Desde <http://www.dpp.cl/interior/defensoria/cuenta.php>
- División Nacional de Víctimas y Testigos (2002). La participación de la víctima en el nuevo proceso penal y los deberes del Ministerio Público. Documento de trabajo inédito.
- Dutton D. y Golant, S. (1997). El golpeador. Un perfil psicológico. Bs. Aires. Paidós.
- Epston, D., (1994). Obras Escogidas, Ed. Gedisa.
- Escaff, Rivera y Salvatierra (2006). Estudio de variables asociadas a la retractación de menores víctimas de abusos sexuales. Revista ILANUD “Temas de victimología”.
- Feder, G., Hutson, M., Ramsay, J., Taket A. (2006). Women Exposed to Intimate Partner Violence. Expectations and Experiences When They Encounter Health Care Professionals: A Meta-analysis of Qualitative Studies. Archives of Internal Medicine. 2006; 166:22-37. desde <http://archinte.ama-assn.org/cgi/content/full/166/1/22>
- Fiscalía Nacional, (2008). Presentación de la Unidad Especializada en Violencia Intrafamiliar, Seminario Violencia Intrafamiliar y Sistema Penal, Santiago. Inédito.
- Grosman, C., Mesterman, S., Adamo, M. (1989). “Violencia en la familia”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1989.
- Johnson, I. (2007). Victim’s perceptions of police response to domestic violence incidents. Desde [Journal of Criminal Justice](http://www.sciencedirect.com/science). Volume 35, Issue 5, September-October 2007, Pages 498-510. Department of Women’s Studies and Department of Criminal Justice, Box 870320, University of Alabama, Tuscaloosa, AL 35487-0320, United States. Available online 4 September 2007, desde <http://www.sciencedirect.com/science>
- Johnson, M. (1995). Patriarchal terrorism and common couple violence: two formas of violence against women in U.S. familias. Journal of Marriage and the Family. 57: 283.
- Martin, M. (1997) Policy promise: community policing and domestic violence victim satisfaction. Policing: An International Journal of Police Strategies & Management. Volume 20, Pp: 519 – 531. Desde <http://www>

emeraldinsight.com/Insight/viewContentItem.do?contentType=Article&contentId=872210

- Mendiguren, G. (2007). Congreso Interdisciplinario de Violencia de Género e Intrafamiliar. Taller 3: La violencia desde la perspectiva de la víctima. Servicio de Atención a la Víctima, 2007, desde: <http://www.justizia.net/extranetcongreso/docuteca/ficheros.asp?intcodigo=3619&idDoc=SP>
- Ministerio Público (2009). Desde <http://www.ministeriopublico.cl/index.asp>
- Ministerio Público (2009). Boletín estadístico Año 2008, Fiscalía Nacional, 2009. Desde: <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Acciones%20civiles/Boletin%20Estadistico%202008.pdf>
- Ministerio Publico (2008). Tres años de la Ley 20.066. Exposición de la Unidad Especializada en violencia intrafamiliar de la Fiscalía Nacional en Seminario Violencia Intrafamiliar y Sistema Penal. Centro de Extensión UC. Inédito, octubre de 2008.
- Morales, M. y Rodríguez, R. (2008). La retractación de la denuncia de violencia intrafamiliar, Revista jurídica del Ministerio Público, N°34, Abril.
- Quinteros, A. y Carbajosa, P. (2008) Hombres maltratadores, Grupo 5, Madrid.
- Robinson, A., Stroshine M. (2005). The importance of expectation fulfillment on domestic violence victim's satisfaction with the police in the UK, Policing: An International Journal of Police Strategies and Management, Volume 28, Number 2, pp. 301-320(20). Emerald Group Publishing Limited. Desde <http://www.ingentaconnect.com/content/mcb/181/2005/00000028/00000002/art00007>

COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN QUE NO DECRETA CAUTELARES DEL ART. 155 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, POR HECHOS OCURRIDOS AL INTERIOR DEL CENTRO SEMICERRADO DE LIMACHE

Guillermo Felipe Merino¹

Resumen:

Caso en que se imputa responsabilidad a nueve menores reclusos en el Centro de SENAME ubicado en Limache, como autores del secuestro de funcionarios del mismo Centro. Se solicita como medida cautelar la de privación de libertad absoluta en los domicilios de los menores, medida que es denegada por el Juzgado de Garantía. Se recurre a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, la que confirma la resolución apelada.

Comentario:

En audiencia celebrada en el Tribunal de Garantía de Limache –y de control de ejecución de sanciones RPA– el día 8 de mayo de 2009, luego de una audiencia de control de detención, se requirió verbalmente a nueve detenidos, de los cuales había tres menores de edad, por cuanto el día anterior en horas de la noche, encontrándose al interior del Centro de Cumplimiento Semicerrado de Limache, los imputados fueron sorprendidos consumiendo drogas y realizando además desordenes, y ante la intervención de los funcionarios del SENAME encargados de su custodia fueron amenazados por los condenados, señalándoles textualmente: “*Los vamos a matar, les vamos a cortar la cara, los vamos a pillar afuera, les vamos abrir la cabeza a palos, chutes culiao, me los paso por el culo y al centro conchesumadre*”.

Seguidamente, y hasta la realización del juicio, considerando especialmente el evidente peligro para la seguridad de las víctimas se solicitó se decretara la medida cautelar personal de privación de libertad total en su casa, del artículo 155 letra a) del Código Procesal Penal, ante lo que el tribunal expresó en primer término, que de los antecedentes, especialmente de las declaraciones de las víctimas se desprende que las amenazas eran serias en razón de actuar en grupo, sabiendo además lo vulnerables que son los profesores que trabajan en el centro semicerrado, pero sin perjuicio de ello, la cautelar solicitada resultaba desproporcionada en relación a la pena probable a aplicar, siendo suficiente para efectos cautelares, el hecho de encontrarse cumpliendo el semicerrado.

1 Fiscal Jefe, Fiscalía Local de Limache, Ministerio Público.

Ante la resolución que rechazó la solicitud de cautelares referida, se dedujo recurso de apelación, señalando como fundamento la necesidad de protección de los ofendidos, ya que existían antecedentes calificados que permitían presumir fundadamente que los imputados realizarán atentados en contra de ellos, por lo que entender que no hay necesidad cautelar personal para ellos, teniendo como parámetro solamente la pena probable constituía una interpretación errada del principio de proporcionalidad de las medidas cautelares, en atención a que lo que se persigue en este caso no es un fin puramente procesal, como la comparecencia a los actos del procedimiento, sino que la proporcionalidad debe estar medida por la real necesidad de su imposición, cuya evidencia y pertinencia resultaba clara en este caso. El 16 de mayo de 2009, la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol ingreso corte N°543-2009, presidida por el Ministro Sr. Fuenzalida, e integrada por las Ministros Srta. Quezada y Sra. Repetto, confirmó la resolución por sus propios fundamentos.

Nótese en primer término que no todos los requeridos eran menores de edad, lo que podría haber sido un matiz para una decisión diversa respecto de unos y otros, pero la cautelar se estimó desproporcionada en relación a la pena probable, estimando además que la propia condena de semicerrado a la que estaban sometidos, era una situación que por se cautelaba la seguridad de los funcionarios del SENAME que habían sido amenazados.

En definitiva, tanto la resolución del Juez de Garantía que niega lugar a la medida cautelar pedida, como la de la Corte que la confirma, hacen aplicación del artículo 33 de la Ley N°20.084, en el que se expresa que en ningún caso podrá el juez dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena.

Resulta, *en principio*, difícil esgrimir argumentos que puedan ir contra de esta expresa norma que “prohíbe” a los jueces imponer una cautelar que resulte objetivamente desproporcionada, en relación a la pena probable, que como sabemos, en materia de adolescentes, luego de su determinación legal, sólo tratándose de crímenes con penas muy elevadas, hace aplicable como pena única posible la internación en régimen cerrado (art. 23 N°1 Ley N°20.084).

La existencia de la citada disposición nada dice respecto de la proporcionalidad en relación a la necesidad de cautela de protección a las víctimas en el caso concreto, proporcionalidad que estimamos no puede ser matemática en relación a la pena probable, especialmente, cuando se busca cautelar o brindar protección a las víctimas de un hecho de esta naturaleza, víctimas que en la especie además son funcionarios pertenecientes a un servicio público, y que han sido amenazadas por realizar un acto propio de su cargo, como es intentar mantener el orden y la disciplina al interior del centro semicerrado.

En efecto, esa proporcionalidad debe tener una correlación con la valoración o ponderación de los bienes jurídicos que se encuentran en juego como efectos

de la resolución que determina la medida cautelar. En este caso, es claro que el bien jurídico Vida, es más relevante, a los ojos de nuestro ordenamiento jurídico, que la Libertad Ambulatoria. Así, al menos, lo entendió también la Corte de Apelaciones de Rancagua que, en un caso de violencia intrafamiliar, en que se imputaba la comisión de lesiones menos graves a un adolescente, prefirió resguardar la integridad de la víctima imponiendo la cautelar de internación provisoria². Así también lo ha entendido la Corte Suprema que ante un objetivo netamente procesal como es el alcanzar dentro de un plazo razonable una decisión judicial que resuelva la situación del imputado, opta por confirmar la imposición de la cautelar de internación provisoria señalando que ello no se opone a la vulneración de la proporcionalidad que pretende evitar el artículo 33³.

Más allá de la indefensión en la que queda este tipo de víctimas con una resolución como la comentada, a su vez ésta produce el efecto absolutamente contrario con las finalidades de responsabilización del imputado adolescente que también prevé la propia Ley N°20.084. En efecto, debe recordarse que el atentado contra la seguridad de los funcionarios del SENAME se produjo mientras todos los requeridos estaban cumpliendo con la sanción de régimen semicerrado. En otras palabras, pese a que los condenados están sometidos a programas de intervención socioeducativa cuya aplicación está encargada a las propias víctimas, éstas son vulneradas y no obstante ello, la necesidad de cautelar su integridad y seguridad personal no cobra la fuerza suficiente para imponer la cautelar de privación total de libertad en su domicilio, lugar que por encontrarse fuera del recinto donde ocurrieron los hechos, aparecía como una real medida de protección a favor de las víctimas.

-
- 2 Fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua dictado en relación con la causa RIT 4006-2008 del Juzgado de Garantía de Rancagua. Extracto del considerando segundo: *“Para decidir cuál disposición rige, entonces, cuando la colisión se produzca, ha de atenderse a la jerarquía de las normas constitucionales que en cada cual cristalizan. En el caso de la ley de responsabilidad juvenil se protege la libertad, en tanto que en el caso de la ley de violencia intrafamiliar se protege la vida y la integridad física y psíquica de las personas; valores supremos, bienes jurídicos primeros que la Constitución ampara, por lo que estando ambos en las balanza han de primar los que merecen el mayor amparo, razón por la cual prevalece el artículo 15 de la Ley 20.066. Así pues, ante una situación de ataques reiterados y serios, como los que describe el Ministerio Público y señala también el juez a quo en su resolución, que afectan a una mujer también menor de edad y a su hijo lactante, los que no han podido ser detenidos con otras medidas cautelares de menor rango, es imprescindible asegurar la vida e integridad de la víctima con la internación provisoria del agresor”*.
 - 3 Corte Suprema Rol 3191-2007: Extracto de considerando segundo: *“...ante la conducta reiteradamente refractaria del imputado y desacato a lo que el tribunal ha dispuesto a efectos de dar curso progresivo a los autos -como lo han destacado los jueces en su sentencia como asimismo el juez recurrido en su informe-, la medida cautelar decretada no podría resultar desproporcionada con la sanción probable a aplicar, como lo trata de evitar el artículo 33 de la ley, habida consideración que el propósito manifiesto de los jueces es llegar, dentro de plazo razonable, a declarar una decisión respecto al imputado, a lo cual, es claro, que opone rebeldía”*.

Sentencia:

Recurso 543/2009 - Resolución: 15352 - Secretaría: REFORMA PROCESAL PENAL

ACTA DE AUDIENCIA

Audiencia realizada en Valparaíso, a dieciséis de mayo de dos mil nueve, a las horas 09:59 horas, ante la **Segunda Sala** de esta Corte de Apelaciones de Valparaíso, presidida por el Ministro Sr. Fuenzalida, e integrada por las Ministras Srta. Quezada y Sra. Repetto; en su calidad de ministro de fe la Relatora Sra. Darrouy, para la vista del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, en causa **RIT O-708-2009** del Juzgado de Garantía de Limache, **Rol Ingreso Corte N°543-2009**, en contra de la resolución dictada en audiencia de ocho de mayo de dos mil nueve, por el Juez de Garantía de esa ciudad Sr. Matías Urrejola, que no hace lugar a la petición del Ministerio Público en orden a decretar la medida cautelar de privación total de libertad en su domicilio contemplada en la letras a) del artículo 155 del Código Procesal Penal, respecto de los imputados menores de edad **I.A.F.R., J.B.F.R. y N.A.M.O.**; y lo mayores **F.O.M., M.O.T., S.O.M., S.G.V., D.C.M. y C.C.E.**.

Asisten a la audiencia, por el Ministerio Público, previa delegación del Fiscal Regional, Sr. Esteban Cruz, revocando y por la Defensoría Penal Pública, el abogado Sr. Patricio Jiménez, confirmando, en representación de los imputados mayores de edad.

Los señores intervinientes hacen sus alegaciones defendiendo sus planteamientos, de lo que queda registro íntegro en el sistema de audio de la Sala, por lo que no serán reproducidas en la presente acta.

En estrados los señores intervinientes no hicieron uso de su derecho a réplica, solicitándoles el señor Presidente hicieran abandono de la Sala, a fin que el Tribunal procediera a deliberar, efectuándose la correspondiente pausa en la pista de audio respectiva, hecho resolvió:

Vistos y oídos los intervinientes:

Atendido el mérito de los antecedentes, lo expuesto en estrados por los señores intervinientes y por sus propios fundamentos, **SE CONFIRMA** resolución dictada en audiencia de ocho de mayo de dos mil nueve, por el Juez de Garantía de esa ciudad Sr. Matías Urrejola, que no hace lugar a la petición del Ministerio Público en orden a decretar la medida cautelar de privación total de libertad en su domicilio contemplada en la letras a) del artículo 155 del Código Procesal Penal, respecto de los imputados menores de edad **I.A.F.R., J.B.F.R. y N.A.M.O.**; y lo mayores **F.O.M., M.O.T., S.O.M., S.G.V., D.C.M. y C.C.E.**.

El Presidente comunicó a los señores intervinientes lo resuelto, entendiéndose ellos notificados, sin perjuicio, de su inclusión en el estado diario.

Sin perjuicio de haberse resuelto de manera virtual, se levanta la presente acta para constancia de lo acontecido

en esta audiencia, la que suscriben los miembros de esta Sala de la Iltma. Corte, para efectos de los registros materiales de esta Corte.

Se deja constancia que se puso término a la presente audiencia a las 10:15 horas.

Regístrese, comuníquese y notifíquese.

RUC 0900429265-8.

N°Ingreso I.C. 543-2009

Pronunciada por los Ministros de la Iltma. Corte de Apelaciones Sr. Hugo Fuenzalida Cerpa, Srta. Eliana Que-

zada Muñoz y Sra. María Angélica Repetto García.

Resolución incluida en el estado diario del día de hoy y comunicada con esta misma fecha vía email.

Certifico: Que la Relatora que suscribe compareció a esta audiencia en su calidad de ministro de fe, dando cumplimiento con ello a las instrucciones impartidas por la Excma. Corte Suprema sobre la materia. Valparaíso, dieciséis de mayo de dos mil nueve.

Maureen Darrouy P.
Relatora

COMENTARIO A SENTENCIA CONDENATORIA POR MALTRATO HABITUAL DICTADA POR EL JUZGADO DE GARANTÍA DE TOMÉ

*Cristian Oróstica Sanbueza*¹

Resumen:

Fallo del Juzgado de Garantía de Tomé relativo a la imputación del delito de maltrato habitual, en que el Tribunal analiza cada uno de los elementos del tipo para determinar cómo los hechos investigados sí configuran el ilícito imputado.

Comentario:

La figura del delito de maltrato habitual se incorporó en la Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar en el mes de octubre de 2005, tomando como antecedente el artículo 153 del Código Penal Español, pero con la diferencia que no se pueden considerar hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria. Esta situación, sin perjuicio del principio de Non bis In idem, en la práctica, dificulta la aplicación de esta figura penal, por lo que es necesario realizar una construcción desde distintos ámbitos, siendo uno de ellos el jurisprudencial.

El caso en comento, y que corresponde a la causa RUC 0600300625-3 del Juzgado de Garantía de Tomé, culminó con sentencia definitiva condenatoria en juicio simplificado efectivo, y en el respectivo fallo, el tribunal se hizo cargo de cada uno de los elementos del tipo penal para fundar su veredicto condenatorio, y que además era la propuesta del Ministerio Público desde el alegato de apertura en la causa.

Al analizar los elementos del tipo penal de delito de maltrato habitual, en relación al presente fallo, se puede indicar lo siguiente:

1. **Concurrencia de sujetos calificados:** En este caso se trataba de cónyuges, lo cual se acreditó con el certificado de matrimonio (ver considerando decimosexto).
2. **Habitualidad:** Entendiendo por habitualidad “cualidad de habitual”, y por habitual “que se hace, padece o posee continuamente o por hábito”, en los términos del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (ver considerando decimoséptimo).

1 Fiscal especializado en Violencia Intrafamiliar y Responsabilidad Penal Adolescente, Fiscalía Local de Talcahuano, Ministerio Público.

3. **Delito residual:** Para la concurrencia del tipo penal del art. 14 de la Ley 20.066, es necesario descartar cualquier otro delito (ver considerando decimoctavo).
4. **Violencia física/ psicológica:** Se indica que requiere ejercer violencia física, que no constituya otros delitos, tal como se indicó en el punto anterior, y, respecto de la violencia psicológica, se remite el tribunal al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que señala que la voz psicológica se define como “perteneciente o relativo a la psique o psicología” y, por su parte, una de las acepciones de la locución psicología corresponde a “todo aquello que atañe al espíritu o a la manera de sentir de una persona” (ver considerando decimoctavo).
5. **Proximidad temporal y pluralidad de actos:** Se requiere enmarcar los actos de violencia en un período de tiempo, el cual nuestro legislador dejó entregado al desarrollo jurisprudencial, siendo determinante que dicho espacio de tiempo refleje una afectación a la dinámica de vida familiar, no siendo compatible con aquellos episodios separados por varios años, por ejemplo. Sobre el punto, en España los fiscales de Violencia Intrafamiliar consideran como margen de espacio temporal aceptable 6 meses, ello, según lo expresado por un fiscal de género en reunión de Formación Especializada en Violencia Intrafamiliar realizada en Santiago entre el 20 y 22 de julio de 2009.

Además deben ser por lo menos dos actos de violencia, por la redacción del art. 14 de la Ley 20.066 (ver considerando decimonoveno).
6. **Requisito previo de procedibilidad:** El Ministerio Público sólo puede dar inicio a la investigación por maltrato habitual previa remisión de los antecedentes del Juzgado de Familia, conforme al art. 90 de la Ley 19.968. En el presente caso se incorporaron en forma legal las respectivas resoluciones del tribunal de familia en tal sentido.

Sentencia:

Tomé, tres de noviembre de dos mil seis.

VISTOS, OIDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha 31 de octubre de 2006 ante este Juzgado de Garantía de Tomé se llevó a efecto la audiencia de juicio oral correspondiente a la causa RUC

N°0600300625-3 y RIT N°548-2006, seguida en contra del imputado **E.T.E.M.**, natural de Tomé, 52 años de edad, chileno, nivelador de caminos, casado, con domicilio calle 12 de octubre N°255, comuna de Chiguayante.

Fue parte requirente el Ministerio Público, representado por el Fiscal Adjunto de esta localidad don Cristián Orostica Sanhueza, con

domicilio en calle Nogueira N°1.111 comuna de Tomé.

La defensa del imputado estuvo a cargo de la abogada doña Ximena Ulsen Rivas, letrada de la Defensoría Penal Pública licitada de Tomé.

SEGUNDO: Que, los hechos materia de la requerimiento son los siguientes: *“Que E.T.E.M. es casado con la víctima M.H.V. desde hace doce años aproximadamente, y cohabitan en el domicilio de calle XXX, junto a su hija de 21 años de edad K.A.E.H. y un sobrino de nombre R.A.C.H., donde constantemente han surgido problemas entre la familia, puesto que el requerido procede a insultar con palabras soeces y vejatorias a los miembros de la familia, destruye los enceres domésticos e impide o niega el alimento para su sobrino, hechos que constituyen agresiones de índole psicológica. Los anteriores hechos fueron apreciados por el Tribunal de Familia de Tomé, y en resoluciones de 05 de abril de 2006 y 24 de mayo del mismo año, declaró tales conductas como constitutivas de maltrato habitual por parte del imputado”.*

TERCERO: Que, en su alegato de apertura, hizo presente el Ministerio Público, que el ilícito sobre el cual versa el juicio tiene un carácter residual, toda vez que la conducta de violencia física del agente no puede enmarcarse en otro ilícito que contemple y sancione el ordenamiento penal. Agregó, que la conducta del acusado ha sido reiterada en el tiempo, por lo cual debe considerarse como habitual, todo lo cual quedará en evidencia con los dichos de los testigos que declararan en contra de

su padre o tío. Asimismo, se oirá el testimonio de un testigo privilegiado, como lo es un funcionario policial, que en el ejercicio de sus funciones, se constituyó en el domicilio de las víctimas y presencié un episodio de violencia psicológica. De otro lado, quedará palmariamente probado el daño psicológico padecido por la víctima, cónyuge del encartado, con la declaración del psicólogo tratante de aquella. De la manera expuesta, no quedará más que condenar a E.M. por el delito de maltrato habitual en contra de su grupo familiar.

A su turno, la defensa de E.M. expuso en su intervención de apertura que su representado deberá ser absuelto de los cargos que se le imputan atendida la insuficiencia de los antecedentes probatorios que militan en su contra para configurar el ilícito que previene y sanciona el artículo 14 de la Ley N°20.066. En efecto, no se podrá acreditar la proximidad en el tiempo de los episodios de discusión familiar como tampoco la intensidad de las mismas para satisfacer la exigencia típica. Por último, advirtió que la doctrina distingue entre maltrato y agresión, conductas que se diferencian por la intencionalidad de su autor, la primera contiene el elemento volitivo exigido por el tipo en cuestión, del cual carece la conducta desplegada por su representado, en tanto, la otra se ejerce sin dicha intención, insistiendo en la inocencia del enjuiciado.

CUARTO: Que, en las oportunidades procesales que previene el artículo 326 del Código Procesal Penal, el encartado E.M. guardó silencio.

QUINTO: Que, los intervinientes, no acordaron convenciones probatorias en la audiencia preparatorio.

SEXTO: Que, con la finalidad de justificar los basamentos fácticos de la acusación, la fiscalía rindió la siguiente prueba de cargo:

TESTIMONIAL:

a) Testimonio de Guillermo Estay Barra, funcionario policial, Sargento 2do de Carabineros de Chile, quien se desempeña en la institución desde hace 21 años. Interrogado por el Fiscal, recordó haberse constituido en un domicilio del sector Cerro Alegre de esta comuna, oportunidad en la cual presencié cuando un sujeto agredía verbalmente a su cónyuge en presencia del grupo familiar frente al inmueble de calle XXX; agregó que el varón era muy violento, se le observaba descontrolado, desconocía todo tipo de ordenes de la autoridad y razones; precisó que el sujeto efectuaba gestos obscenos a su mujer consistentes en tocaciones de sus genitales en presencia del núcleo familiar; detalló que en otras dos oportunidades se apersonó en el mismo domicilio en cumplimiento de la vigilancia de una medida de protección decretada en favor del grupo familiar que reside en el inmueble, constando un clima de hostilidad provocado por el ofensor. De otro lado, reconoció en la audiencia al imputado como el sujeto que desplegaba las conductas antes referidas en contra de su familia. A la respuesta de las preguntas formuladas por la defensa, subrayó que todos discutían en esa casa, pero resaltaba la

agresividad del imputado, insistiendo que recuerda claramente cuando se refería al aparato genital masculino como el causante de los celos hacía su cónyuge. Al ser contra interrogado por la defensa, en cuanto a la proximidad en el tiempo de los episodios relatados, advirtió que ocurrieron en períodos de tiempo relativamente cercanos y todos en el presente año.

b) Declaración de Sergio Antonio Canales Vergara, Psicólogo, el cual reseñó ser el tratante de la víctima e imputado. Indicó que se desempeña desde el mes de mayo de 2005 en el consultorio Bellavista al cual asiste periódicamente la víctima a controlarse por trastorno ansioso depresivo diagnosticado por el facultativo Cárdenas del Hospital local. Recordó que la ofendida tiene ficha clínica desde el mes de noviembre del año pasado, vale decir, lleva en tratamiento hace más de un año. En lo referente a los medicamentos que se le deben suministrar, resalta fluoxetina -antidepresivo- y clonacepan -tranquilizante-. En cuanto a la evolución que presenta la Sra. H.V., se inclina por calificarla lenta, toda vez que la presencia del ofensor en el hogar común impide una mejor evolución, subrayando que desde la fecha en que fue sacado del domicilio la paciente ha evolucionado satisfactoriamente, tal como ella misma lo reconoce. Al ser consultado por el tribunal, en cuanto al aspecto psicológico de la víctima, manifestó que se le ve ansiosa, altamente vulnerable, temerosa e insegura; y, en cuanto al estado anímico del imputado, lo percibe ansioso, irritable, agresivo e inestable. Final-

mente, a la pregunta de la defensa, expresó que existe violencia intrafamiliar cruzada.

c) Atestados de M.C.H.V., cónyuge del encartado, quien expresó sentirse muy nerviosa, señalando que vive en el inmueble de calle XXX, junto a su hijas K.A.(21 años de edad) y H.M. y, un sobrino llamado R. (15 años de edad). Recordó padecer maltrato psicológico y físico por parte de su cónyuge, el imputado, quien le grita frente a sus hijos “no vales nada”, “eres una puta”, además, apaga el televisor sin motivos, destruye los enceres personales, niega la comida y alardea que las cosas las compra para él, impidiendo que su sobrino adolescente se alimente y, sin olvidar que destruye los bienes que guarnecen el hogar común. Preciso que en una oportunidad, en el mes de mayo de 2006, concurrió un funcionario policial al domicilio, alertado por un llamado telefónico de su hija que daba cuenta de violencia en el hogar, oportunidad en la cual su cónyuge, el imputado, se tocaba sus genitales en presencia del funcionario policial, refiriendo que lo había cambiado por otro hombre, lo cual demuestra que su conducta no respeta ni siquiera a la autoridad. Expuso que en otra ocasión, en fecha que no recuerda, pero debe haber sido entre el mes de junio y julio del año en curso, la amenazó con cuchillo que la mataría, expresándole “las tengo que cagar”, refiriéndose a ella y su hija, pero, afortunadamente, su hija le mordió la mano en que sostenía el cuchillo en los momentos que se avalanzaba sobre ambas, repeliendo, de tal forma, el ataque y, reti-

rándose del lugar. Manifestó, en otro orden de ideas, que ha concurrido al Tribunal de Familia de Tomé a fin de buscar ayuda, logrando se decreten medidas cautelares en su favor y la salida del hogar del imputado, no obstante, han sido insuficientes, ya que vigente una de ellas, su cónyuge ingreso por una ventana y sustrajo la suma de \$57.000.- en dinero efectivo que guardaba celosamente, esperando la oportunidad en que la vivienda se encontraba sin moradores por algunos minutos, conducta observada por una vecina del lugar, tal hecho acaeció los primeros días de octubre de este año. Advirtió que desde el miércoles pasado, la conducta de su cónyuge cambió, puesto que no se acerca a la casa y no las hostiga y no se le ve, lo cual es extraño, ya que durante los días previos al señalado, concurría en estado de ebriedad hasta el domicilio, profería improperios a viva voz y en la vía pública, pateaba la puerta, pese ha existir una medida de protección que le impedía acercarse al domicilio. Interrogada por la fiscalía sobre la personalidad del imputado, lo describió como agresivo, atrevido y extremadamente celoso, características que se potencian con el consumo de alcohol.

d) Testimonio de K.A.E.H., hija del acusado, actualmente residente en la ciudad de Calama, la cual refirió ser testigo presencial de las agresiones físicas y psicológicas padecidas por su madre, detallando que su padre, el imputado, desde que tiene razón agrede físicamente a su madre con golpes de pies y puños y, psicológicamente, gritándole de lo peor, destru-

yendo las cosas del hogar ubicado en calle XXX, de esta comuna -refrigerador, lavadora, televisor y muebles- negando el alimento a los miembros del grupo familiar y presentándose a altas horas de la noche en completo estado de ebriedad, por lo cual deben salir de la casa y esperar que se le pase o se quede dormido. Subrayó que la conducta es repetitiva, recordando en forma precisa un episodio ocurrido en el mes de julio del año en curso, en el cual participó el imputado, su padre, quien intentó agredir con un cuchillo a su madre, frente a lo cual, actuó en su defensa, mordiendo la mano con la cual sostenía el cuchillo, soltando, afortunadamente, el arma blanca. Asimismo, relató la ocasión en que llegó Carabineros al domicilio, como era de costumbre, oportunidad en que su padre ni siquiera por respeto a la autoridad dejó de agredir a su madre con palabras de grueso calibre tales como “puta, maraca, te gusta el ... etc” y, además se tocaba sus genitales, pretendiendo demostrar que esa era la causa de infidelidades, que solo en su imaginación ocurrían. Agregó que no tan sólo su madre es víctima, sino que también, su primo R. de 15 años de edad que vivía en el mismo domicilio, adolescente al cual lo hacía sentir mal, le negaba el alimentos y lo discriminaba sin razón alguna. Finalmente se refirió al excesivo consumo de alcohol de su padre, recordando que durante cinco años dejó el alcohol, lapso en el cual las cosas se arreglaron, pero luego, volvió a la bebida y con más frecuencia, definiéndolo como alcohólico.

e) Afirmaciones de R.A.C.H., sobrino del encausado, de 15 años de edad, adolescente que manifestó en la forma como ordena la ley procesal, vivir con su tía, desde sus primeros años de vida en el domicilio de calle XXX. Interrogado por el fiscal, por intermedio del tribunal, en cuanto a la conducta del imputado, afirmó certeramente que llega ebrio, rompe las cosas de la casa -televisor, lavadora y otros muebles- y, detallando que el centro de las agresiones es su tía a quien le grita groserías y además, la agrede físicamente con golpes. Recordó que en una oportunidad en que llegó ebrio a la vivienda, obligó a que todos salieran al exterior y, luego sacó las camas y las ensució con barro, impidiéndoles, de tal manera, dormir esa noche. Se refirió, igualmente, a las continuas rondas policiales de Carabineros, que eran casi todos los días.

f) Declaración de J.A.M.H., sobrino de la víctima, quien afirmó haber vivido con su tía y su hermano R. en el domicilio de calle XXX, manifestando que observó las peleas entre el imputado y su tía, recalcando los garabatos que, a viva voz, le profería el imputado, tales como “concha de tu madre”, “maraca”, “anda a puntar”. Asimismo coincidió en la violencia física que ejercía sobre ella y la destrucción de los bienes muebles de la casa y, afirmó, que según supo, por comentarios, que en una ocasión intentó agredirla con un cuchillo pero afortunadamente su prima logró quitarle el arma.

DOCUMENTAL: Incorporó en forma legal los siguientes instrumentos.

N°1) Oficio N°1680/2006 de 29.04.2006 en virtud del cual el Juzgado de Familia remite al Ministerio Público de Tomé los antecedentes originados en la causa RUC N°06-2-0090726-2 y RIT N°F-109-2006 que versa sobre actos de violencia intrafamiliar de ingreso del Juzgado Familia de Tomé;

N°2) Acta de audiencia celebrada el 05.04.2006 en causa RUC N°06-2-0090726-2 y RIT N°F-109-2006 que versa sobre actos de violencia intrafamiliar de ingreso del Juzgado Familia de Tomé;

N°3) Oficio N°2172/2006 de 25.05.2006 en virtud del cual el Juzgado de Familia remite al Ministerio Público de Tomé los antecedentes originados en la causa RUC N°06-2-0146608-1 y RIT N°F-145-2006 que versa sobre actos de violencia intrafamiliar de ingreso del Juzgado Familia de Tomé;

N°4) Resolución de 24.05.2006 pronunciada por el Juzgado de Familia de Tomé en causa RUC N°06-2-0146608-1 y RIT N°F-145-2006 por actos de violencia intrafamiliar de ingreso del Juzgado Familia de Tomé;

N°5) Certificado de matrimonio del cual se lee que víctima e imputado contrajeron matrimonio el pasado 22 de diciembre de 1987; y,

N°6) Extracto filiativo del requerido, en el cual se registra una anotación

de fecha 09.12.1997 por actos de violencia intrafamiliar en causa Rol N°49.822, condenado a multa de un día de Ingreso Mínimo Mensual.

SÉPTIMO: Que, por su parte y, en lo tocante a los mismos hechos, la defensa presentó a declarar a Sergio Canales Vengas y B.C.R.. El primero, se refirió al imputado como su paciente en el Consultorio Bellavista por que padecer de un cuadro depresivo; agregó, que toma medicamentos fuertes que están contraindicados con el alcohol, ya que potencia los efectos eufóricos; en el plano de la personalidad, le consta que se le observa como un individuo ansioso, agresivo y descontrolado. El segundo, únicamente hizo alusión a una amistad que lo vincula por más de 30 años con el imputado y, frente a la pregunta del fiscal, reconoció que el imputado es aficionado a la bebida alcohólica e incluso han compartido juntos y, por lo mismo, ha constatado el estado deplorable en que queda su amigo, advirtiendo que el alcohol le hace muy mal.

En cuanto a la prueba documental aportada por la defensa, esta se limitó a la incorporación de un certificado de conducta expedido por un concejal de esta comuna, en el cual se resalta la buena conducta del imputado.

OCTAVO: Que, ahora bien, ponderando con libertad los elementos producidos en juicio por los intervinientes, el tribunal ha adquirido la convicción más allá de toda duda razonable, de la ocurrencia de los siguientes hechos: **a)** que en fechas no precisadas, durante los meses de

marzo a octubre de 2006, el imputado se presentó, a altas horas de la madrugada, en su hogar de calle XXX, bajo los efectos del alcohol, procediendo a destruir los enceres domésticos -lavadora, televisor, refrigerador y otros- y, además, en algunas oportunidades, agredió físicamente a su cónyuge; **b)** que a fines del mes de mayo de 2006, en circunstancias que la víctima se encontraba en su domicilio de calle XXX, llegó hasta el lugar el imputado E.M., bajo la influencia del alcohol, procediendo a insultarla con palabras vejatorias y, con posterioridad, pasada unas horas y, en la vía pública, continuó gritándole “puta, maraca, concha de tu madre”; **c)** que en fechas no precisadas del mes de julio del año en curso, el imputado E.M., en el interior del domicilio de calle XXX, intentó agredir con un cuchillo a su cónyuge, propósito que no logró concretar por la oportuna intervención de su hija K.A., quien, de una mordedura, le quitó el arma blanca que sostenía en sus manos; y, **d)** que en fecha no determinada del mes de octubre del año en curso, el encartado E.M. ingresó por una ventana del hogar común de calle XXX, con el objeto de sustraer la suma de \$55.000.- de propiedad de su cónyuge, propósito que logró, burlando, de paso, una medida cautelar decretada en su contra.

NOVENO: Que, las conclusiones fácticas reseñadas en la motivación precedente, se encuentra firmemente sustentando, a juicio del sentenciador, en las declaraciones de la víctima M.C.H.V.; en los dichos de K.E.M.H. y R.C.H.; y, en las

aseveraciones efectuadas por el funcionario policial Guillermo Estay Barra; todos quienes expusieron con claridad, precisión y certeza la forma en que ocurrieron los episodios de violencia psicológica que padeció el grupo familiar E.H. cuyo domicilio corresponde al de calle XXX.

DÉCIMO: Que, en lo que guarda relación con el primer grupo de episodios de violencia psicológica, referido en la letra a) del motivo octavo precedente, es decir, en fecha no precisada durante los meses de abril a octubre de 2006, el imputado se presentó, a altas horas de la madrugada, al hogar común de calle XXX, bajo los efectos del alcohol, procediendo a destruir los enceres domésticos -lavadora, televisor, refrigerador y otros- y, además, agrede físicamente a su cónyuge, queda palmariamente probado con los dichos de la cónyuge del imputado M.C.H.V., sumado al mérito de las afirmaciones de la hija del encartado K.A.E.H. y, unido a las aseveraciones de el adolescente R.C.H., todos testigos presenciales de los hechos; asertos, que conectados con el contenido del acta de la audiencia de preparatoria de violencia intrafamiliar RIT F-109-2006 de ingreso del Juzgado de Familia de Tomé, incorporada vía lectura a la audiencia de juicio, prueban más allá de toda duda razonable la ocurrencia de tales hechos, los cuales, lo han sido en forma reiterada y bajo el mismo patrón de conducta por el acusado E.M. en lapso referido.

UNDÉCIMO: Que, por sí lo anterior se estimare insuficiente, abona lo concluido, las afirmaciones del fun-

cionario policial Estay Barra, quien presenció el momento en que el encausado se tocaba sus genitales en presencia de su cónyuge, del núcleo familiar y de la autoridad, sin olvidar las otras ocasiones en que concurrió al domicilio y constató un clima hostil provocado por el mismo.

DUODÉCIMO: Que, los antecedentes probatorios que se vienen analizando son fiables e incluso algunos que fundamentan la existencia de un hecho se concatenan con otros en que se basa la existencia de otro hecho de los que se ha dado por establecidos, resultando, de tal modo, la configuración de una prueba directa, clara y suficiente. En efecto, el primer grupo de violencia psicológica que padeció la víctima presenta un patrón de conducta común en el encartado; no obstante, el segundo y tercero, que se detallan en la letras c) y d) del artículo octavo que antecede, demuestran conductas puntuales que, sin apartarse del patrón general, resaltan por sus ribetes de violencia, que de no ser por la afortunada intervención de otro miembro familiar, su resultado pudo ser fatal.

Pese a lo anterior, es de advertir, que los testigos incurrieron en pequeñas inconsistencias, empero también en la audiencia de juicio explicaron las razones de sus dichos, que el tribunal entiende atendida la data de los hechos como también la dificultad de su precisión, si han sido tan desafortunados, por decir lo menos.

DECIMOTERCERO: Que, asimismo, la víctima principal, es decir, la cónyuge del acusado, fue enfática

en sus dichos, se le observó acongojada, triste, nerviosa y ansiosa en los momentos de referir los hechos padecidos, conducta que al cotejarla con las conclusiones expresadas por el perito psicólogo Sergio Canales Vergara, aparecen coincidente con las que experimenta una mujer víctima de violencia intrafamiliar sistemática.

DECIMOCUARTO: Que, como corolario, de las apreciación fácticas y ponderación de las probanzas, solo cabe concluir que el ente persecutor penal cumplió a cabalidad con la promesa efectuada en su alegato de apertura, en cuanto refirió que de los dichos de los testigos y perito se inferiría, si mayor dificultad, la magnitud y habitualidad de los actos de violencia intrafamiliar física y psicológica desplegado por el encausado en contra de su grupo familiar, en los cuales tomó participación inmediata y directa, toda vez que cada uno de los episodios referidos en el motivo octavo, sugieren, como se acreditó, un modo de actuar violento y referido a un mismo patrón de conducta, a saber: excesiva ingesta de alcohol, concurrencia al hogar común en horario de madrugada, agresiones verbales, descalificaciones al grupo familiar y destrucción de enceres domésticos.

DECIMOQUINTO: Que, acorde con lo razonado, se desestimarán las mayores dilaciones la petición de absolución formulada por la defensa del encausado E.M., toda vez que la prueba de descargo no ha desvirtuado medularmente la de cargo, desde el momento que el deponente

presentado por la defensa refirió únicamente conocer al enjuiciado como una buena persona, pero, de la misma forma, puso de manifiesto su afición a la bebida alcohólica que le producía nefastos efectos sobre su personalidad, lo cual comulga con las pruebas presentadas por la parte acusadora en el sentido que el encausado actúa violentamente con la ingesta de alcohol, sustancia que se encuentra contraindicada respecto de los medicamentos antidepresivos que consume, desde largo tiempo, el imputado E.M., que en manera explican, pero no justifican, su proceder violento.

En la situación sub iudice se ha arribado a esta última verdad más allá de toda duda razonable, y en los aspectos tocados por la defensa en sus alegatos, no pasan de ser elucubraciones doctrinales sin sustento práctico ni jurídico, desde el momento que el agente desplegó sus conducta con una manifiesta intencionalidad compatible con la exigencia de todo dolo que contiene cada figura delictiva, elemento subjetivo acreditado con evidencia en autos.

DECIMOSEXTO: Que, la figura típica comprendida en el artículo 14 de la Ley N°20.066 sobre actos de violencia intrafamiliar exige la concurrencia de sujetos calificados, entre los cuales se encuentra los cónyuges, exigencia típica suficientemente acreditada con el mérito del certificado de matrimonio incorporado en la audiencia de juicio por el entre persecutor penal, que prueba el vínculo parental típico.

DECIMOSÉPTIMO: Que, asimismo, el precepto antes citado, describe como conducta típica “el ejercicio habitual de violencia física o psicológica”, entendiéndose por habitualidad “cualidad de habitual” y, por habitual “que se hace, padece o posee continuamente o por hábito, en los términos de diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, presupuesto típico satisfecho por el agente, por cuanto, tal como se dijo, la conducta ha sido repetida bajo un mismo patrón, en forma sistemática y, por a lo menos, en más de tres oportunidades que se enmarcan entre los meses de junio a octubre del presente año, lo cual se condice con la norma punitiva.

DECIMOCTAVO: Que, de otro lado, es de acotar, que el precepto citado discurre sobre la concurrencia de violencia física y/o psicológica, siendo menester precisar que en lo referente a la primera forma de violencia, no se requiere de mayor análisis, que no sea la exclusión de un tipo penal de aquellos que, por sí mismos, constituyen otro ilícito previsto y sancionado por ley penal y, en el plano de la psicológica, es útil subrayar que según el Diccionario antes citado, la voz psicológica se define como “perteneciente o relativo a la psique o psicología” y, por su parte, una de las acepciones de la locución psicología corresponde a “todo aquello que atañe al espíritu o a la manera de sentir de una persona”. En consecuencia, ésta última forma de violencia afecta aspectos íntimos de la personalidad de difícil constatación por los sentidos, pero no por

ello imposible de pesquisar, toda vez que la ciencia médica -psiquiatría y psicología- han dado importantes luces a fin de acreditar su existencia y secuelas.

DECIMONOVENO: Que, en tal entendido, de lo dicho por el perito psicólogo Sergio Canales Vergara, sumado al mérito de las declaraciones de los testigos presenciales, es posible afirmar que en la especie que el imputado ejerció maltrato habitual sobre su cónyuge e hija en los términos que tipifica el artículo 14 de la ley 20.066 que sanciona actos sobre violencia intrafamiliar, toda vez que se constataron episodios de violencia psicológica -más de dos-, enmarcados en un lapso determinado -seis meses-, y produjeron secuelas psicológicas en la víctima -trastorno depresivo moderado-, configurándose, de tal manera, la figura típica de maltrato habitual que previene y sanciona por el citado precepto.

VIGÉSIMO: Que, la defensa del encartado invocó en su favor, la minorante de responsabilidad criminal prevista en el artículo 11 N°6 del Código Punitivo, esto es, la irreprochable conducta anterior del enjuiciado, apoyándose en un certificado de buen comportamiento y en los dichos del testigo B.C.R.; atenuante que no prosperará, toda vez que no es posible considerar la conducta del encausado exenta de reproches atendido el mérito de su extracto filiativo que da cuenta de una condena por actos de violencia intrafamiliar. En lo que atañe a la concesión de beneficios alternativos de cumplimiento de condena, solicitados por la defensa, el

sentenciador estima que el imputado cumple con todos los presupuestos legales previstos por los artículos 4° y siguientes de la ley 18.216, para ser beneficiado con la Remisión Condicional de la Condena. En cuanto a las costas, se atenderá a lo que previene el artículo 45 del Código Procesal Penal y, en consecuencia, será condenado a su pago.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, tal como lo previene el artículo 9 letras a) y b) de la ley 20.066, se le impondrán al imputado E.M. las accesorias legales referidas.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, no concurriendo circunstancias que atenúen o agraven la responsabilidad criminosa del acusado y, atento a la circunstancia que la pena que previene el artículo 14 de la ley 20.066, para los efectos de determinación, se gobierna por el artículo 67 del Código de castigo, el tribunal se encuentra habilitado para recorrerla en toda su extensión al momento de imponerla.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, aplicando el tenor del artículo 69 de la Codificación Penal, el sentenciador impondrá la pena en el extremo máximo, por cuanto la conducta reprochada ha sido desplegada, a lo menos, en más de dos oportunidades y, ha causado graves perjuicios psicológicos en la psiquis de la víctima y demás miembros del núcleo familiar E.H..

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 7, 15, 30, 50, 67 y 69 del Código Penal;

artículos 5, 9 y 14 de la ley 20.066; artículos 297, 340 y 388 y siguientes del Código Procesal Penal; y, artículos 4 y siguientes de la Ley 18.216, se declara:

I.- Que, se condena a **E.T.E.M.**, cédula de identidad N°XXX, ya individualizado, a la pena de quinientos cuarenta (540) días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, por su responsabilidad que en calidad de autor le asiste en el delito de maltrato habitual en perjuicio de su cónyuge **M.C.H.V.**, perpetrado en fecha no precisadas de 2006, en esta jurisdicción.

II.- Que, reuniéndose respecto del sentenciado los requisitos del artículo 4° de la Ley N°18.216, se le remite condicionalmente la pena corporal impuesta, debiendo someterse a un lapso de observación igual de la duración de la condena ante el Centro de Reinserción Social respectivo y cumplir con las demás exigencias del artículo 5° de la ley referida. En caso de revocarse el beneficio otorgado, la pena impuesta al sentenciado se le contará desde que se presente al Tribunal o sea habido, sin abonos que considerar.

III.- Que, se le condena a las accesorias especiales previstas en el artículo

9 letra a) y b) de la ley 20.066, por el lapso de un año. Oficiese al efecto.

IV.- Que, le condena al pago de las costas de la causa, en la forma como lo ordena el artículo 45 del Código Procesal Penal.

En su oportunidad, dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

De conformidad lo dispone el artículo 30 del Código Procesal Penal, téngase a todos los intervinientes notificados de la presente sentencia para los fines legales pertinentes.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

RUC N°0600300625-3.-

RIT N°548-2006.-

Dictada por don **SEBASTIÁN IGNACIO ÁLVAREZ PÉREZ**, Juez Subrogante del Juzgado de Garantía de Tomé.-

Certifico: Que, con esta fecha anoté por el estado diario la resolución que precede y, envié correo electrónico a la Sra. defensora doña Ximena Ulsen Rivas y al Sr. Fiscal don Cristian Oróstica Sanhueza.

COMENTARIO A LA SENTENCIA R.U.C. N°0800761355-6, RIT N°52-2009

COMENTARIO A SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE RANCAGUA (“CASO GENDARME”)

Carolina Suazo Schwancke¹

Resumen:

El caso en comento, conforme a la acusación fiscal, trata de los delitos de violación –consumado– y de parricidio y homicidio, estos últimos, en grado frustrado. La Defensa solicitó la absolución por el delito de violación y la calificación del iter criminis como tentado respecto de los delitos de parricidio y homicidio en las víctimas, hija y ex conviviente, respectivamente.

Comentario:

El análisis de este fallo resulta interesante, principalmente, desde los siguientes puntos de vista:

1. Grado de desarrollo de los delitos de parricidio y homicidio.
2. Contexto de Violencia Intrafamiliar física y sexual en que suceden los hechos: delito de violación anterior.
3. Atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal.

En relación al **grado de desarrollo de los delitos de parricidio y homicidio**, destaca el razonamiento realizado por el Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua para estimarlos en grado de desarrollo de frustrado, tal como lo planteara la Fiscalía; y no tentado, como indicó la defensa del acusado. En efecto, el considerando noveno del fallo señala que: “...el acusado efectuó todas las acciones que debía poner de su parte para provocar la muerte de M. y su hija, lo que no aconteció por causas ajenas a su voluntad, como lo fue la presencia de la vegetación del lugar y especialmente del árbol en el que impactaron”. De esta forma, quedó claro que el acusado desplegó en forma completa la actividad que debía realizar para provocar el resultado muerte de su hija y de su ex conviviente, y aquello no se produjo exclusivamente por la presencia de un árbol en el barranco. Aún cuando hasta ahí, desde un punto de vista objetivo, estaba acreditada por los sentenciadores la etapa de frustración, hacen de todas formas referencia al aspecto subjetivo, indicando que: “...A mayor abundamiento, la intención de matar del acusado, se mantuvo aún después de la caída, por cuanto, al percatarse de la sobrevivencia de ambas mujeres, trató de asfixiarlas con sus manos, pensando que

1 Fiscal Adjunto, Fiscalía Local del Graneros, Ministerio Público.

su cometido se había cumplido respecto de la mujer cuando ésta perdió el sentido". Si bien podemos concluir que tanto respecto del posterior intento de asfixia a las dos víctimas e intento de quemar a la ex conviviente, existió un desistimiento de esas tentativas, porque el acusado con posterioridad ayudó a ambas víctimas a salir del auto; no es menos cierto que refuerzan la intención de matar, tal como lo destaca el fallo.

Más adelante, la sentencia agrega que la Teoría dominante en nuestro país en materia de tentativa, es la Teoría Objetivo-Material, citando a POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ², agregando luego que: "... la diferencia entre tentativa y frustración (radica) únicamente en el número de actos de ejecución requeridos, pues, mientras en la tentativa sólo se exige la realización de parte de los actos de ejecución, en el caso de la frustración, se demanda la realización de todos y cada uno de ellos, faltando únicamente el resultado querido, el que no se concreta por alguna causa externa y ajena al delincuente"³.

Otro argumento utilizado por el Tribunal, es que la defensa pese a señalar que sólo existió en el caso específico un principio de ejecución de la conducta, no indicó que acto o actos faltaron para su complemento⁴.

Por último, en este punto, aun cuando la defensa no lo planteó directamente, gran parte de sus argumentaciones se dirigieron a acreditar una supuesta **tentativa inidónea**, señalando que se requería una mayor profundidad en el barranco, una inclinación más pronunciada, un automóvil de mayor tamaño o hasta una mayor velocidad del mismo. Tan insistentes fueron las propuestas de la defensa, que el Tribunal se vio en la obligación de fundar su decisión de no aceptarlas, señalando: *"En todo caso y aún cuando el Defensor no lo planteó de este modo, dio la impresión de que sus alegaciones y la pericia incorporada apuntaban a una especie de tentativa inidónea..."*. Agregando que: *"Sobre tal apreciación cabe señalar, en primer término, que el perito no pudo descartar absolutamente la posibilidad de un desenlace fatídico y en segundo lugar que sus apreciaciones y conclusiones*

2 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ: "Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 375. En el mismo sentido: ETCHEBERRY, Alberto: "Derecho Penal. Parte General. Tomo II", 3ª edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 61 y siguientes; GARRIDO MONTT; y, Mario: "Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 107 y siguientes. En contra, la postura minoritaria sostenida por CURY quien adopta la Teoría Subjetiva Limitada o del Plan del autor. CURY, Enrique: "Tentativa y Delito frustrado", 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, p. 63 y siguientes.

3 Considerando décimo.

4 En efecto el fallo señala en el considerando décimo: "...el Defensor, si bien planteó que existió un principio de ejecución, pero faltaron uno o más hechos para concretar el delito, no señaló los actos de ejecución objetivos, que faltaron y que permitirían afirmar que se está frente a un delito tentado y no frustrado".

*resultaron contradictorias con los testimonios de los funcionarios policiales aportados por el Ministerio Público, y entre ambos, el Tribunal prefirió la prueba fiscal*⁵.

En efecto, la defensa presentó como prueba la declaración de un perito que señaló como conclusión que si bien el despeño fue voluntario, era poco probable que hubiera resultado lesiones graves o muerte por el hecho que no andaban con cinturón de seguridad.

Es precisamente respecto de este punto que creemos que aporta especialmente el fallo al concluir que **para analizar el grado de desarrollo de los delitos de parricidio y homicidio, no resulta necesario evaluar el carácter de las lesiones efectivamente causadas a la víctima**. Así el fallo indica: *“Finalmente es necesario señalar, que para la punibilidad de la frustración, no se considera la magnitud de la lesión causada al bien jurídico protegido como consecuencia de la frustración, de tal modo, que la circunstancia de que las víctimas, en este delito, hayan resultado sólo con lesiones leves, no convierte una frustración en delito tentado*⁶.

Respecto al **contexto de Violencia Intrafamiliar física y sexual** en que suceden los hechos, la víctima señaló haber sufrido episodios de violencia anteriores, además de agresiones físicas, informó la ocurrencia de un delito de violación en el mes de junio de 2008 cuando aún convivía con el condenado, suceso que evidentemente no denunció. Sin embargo, la víctima relató lo sucedido a una testigo que prestó declaración en el juicio oral, manteniendo su relato desde esa fecha. A pesar de la prueba rendida, el Tribunal decidió absolver por el delito de violación por estimar inexplicable que la víctima no pudiera recordar la fecha exacta de los hechos; sin considerar la situación de violencia en que se desarrollaba la relación entre acusado y víctima. En efecto el fallo señala: *“De este modo, la vaguedad de la fecha de ocurrencia del hecho restó credibilidad a su relato, pues no parece razonable ni verídico que olvidara con tanta facilidad la ocurrencia de una experiencia tan traumática, más aún si se desarrolló con el grado de violencia que ella relató, y si bien no se descarta la posibilidad de que el acusado, en algún día del mes de junio de 2008 o en otra fecha, haya accedido carnalmente, vía anal a la víctima, utilizando más fuerza de la necesaria, no fue posible adquirir convicción respecto de la magnitud de esta fuerza...”*⁷.

Por otra parte, también en relación al delito de violación la sentencia hace referencia a la falta de denuncia por parte de la víctima, sin considerar lo declarado por ella al mencionar que: *“...decidió no denunciarlo porque tenían una hija y ella quería arreglar las cosas de la mejor manera. Explicó que en ese momento el sustento*

5 Considerando décimo.

6 Párrafo final del considerando décimo.

7 Considerando sexto.

*económico era su madre y él. Preciso que producto de la agresión no podía hacer sus necesidades, por los dolores, lo que duró como dos días*⁸.

Estimamos que sí era explicable la imprecisión de fechas por una parte y la falta de denuncia por la otra, justamente por el círculo de violencia en que estaba inserta la víctima. En efecto, tal como relaciona el propio fallo una testigo declaró que: *“...su sobrina M. vivía con A., últimamente la relación estaba mal, porque él le pegó en un ojo y se lo dejó morado, ella la vio al día siguiente y su sobrina le contó que A. le pegó, también le vio moretones en la espalda, su sobrina tenía miedo de denunciarlo. Agregó que un día mientras se estaban tomando una cerveza, M. le contó que A. la había violado por el ano, eso se lo contó antes que A. la golpeará, no recuerda la fecha*”. Y la víctima explicó que no lo denunció porque siempre trataba de convencerla diciendo que si lo acusaba él perdería su trabajo y que las lesiones las vio su tía Francisca”.

En tercer lugar, y respecto a la **atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal**, invocada por la defensa, si bien la Fiscalía se opuso a su aplicación, el Tribunal decidió acogerla, con la consecuente rebaja de pena, beneficiando al acusado además la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal.

En este punto el Tribunal, por la sola circunstancia de haber declarado el acusado en la audiencia de juicio oral, decidió acoger la atenuante, sin considerar que el acusado no declaró sino después de meses de la ocurrencia del parricidio y homicidio frustrado, indicando primero que no recordaba lo que había ocurrido, para sólo en una segunda declaración reconocer que efectivamente recordaba lo sucedido. No habiendo aportado antecedentes sustanciales a la investigación.

Por último, se echa de menos que el fallo no haya considerado la extensión del daño causado por el delito conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal tal como lo solicitara la Fiscalía, habiéndose acreditado que la ex conviviente del acusado presentaba un daño agudo y grave producto de los hechos; mientras que la menor de edad, presentaba un trastorno traumático agudo. Ello a pesar que la propia sentencia indica que: *“De este modo con la pericia evacuada, no cupo duda del daño que la situación de violencia provocó en ambas víctimas y el sufrimiento que les ha causado, manteniendo a la fecha síntomas como trastornos en el sueño y en el ánimo, además de un constante temor con el entorno y desconfianza con el medio*”¹⁰. Sin embargo, tal análisis se realiza sólo a propósito de la demanda civil, sin referirse el Tribunal a la aplicación del artículo 69 del Código Penal, siendo que se trata de materias distintas.

8 Considerando sexto de la sentencia.

9 Considerando sexto de la sentencia.

10 Considerando décimo segundo.

Cabe finalmente señalar que la defensa del condenado presentó recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal por una supuesta errada aplicación de la pena. Si bien la Corte de Apelaciones de Rancagua rechazó el recurso por constituir una facultad del Tribunal Oral en lo Penal la rebaja en uno, dos o tres grados, (por el reconocimiento de dos atenuantes), el voto de prevención señala que el Tribunal a quo debió fundar la rebaja en un solo grado¹¹.

Sentencia:

Rancagua, veintidós de abril de dos mil nueve.

Vistos y considerando:

Primero: Que ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, constituido por los jueces, don Pablo Zavala Fernández, doña Marcela Paredes Olave y doña Pamela Quiroga Lorca, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rol interno del tribunal N°52-2009, seguida en contra de **S.A.O.M.**, de 26 años de edad, nacido el 14 de junio de 1982, funcionario de gendarmería, cédula de identidad número (se indica en el fallo), soltero, domiciliado en La Gonzalina sin número, Rancagua, actualmente recluso en el complejo penitenciario de Rancagua.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por la Fiscal doña Carolina Suazo Schwancke, con domicilio y forma de notificación ya registrados; mientras que la querellante doña M.M.S. por sí y en representación de su hija menor de edad de iniciales I.A.O.M., fue representada por la abogada doña Silvana Gómez Varas, profesional del Centro de Atención Integral de

Víctimas de Delitos Violentos, con domicilio y forma de notificación, ya registrados en el Tribunal.

Por su parte, la defensa del imputado estuvo a cargo del Defensor privado don Juan José Rondón Martínez, con domicilio y forma de notificación ya registrados en este Juzgado.

Segundo: Que el Ministerio Público fundó su acusación en los siguientes hechos:

“Primer Hecho:

El día 25 de agosto de 2008, en horas de la tarde, el acusado trasladó a las víctimas de iniciales M.M.S., con quien mantuvo una relación de convivencia; y, a la hija de ambos de iniciales I.A.O.M., de dos años de edad, en el vehículo marca Suzuki, Placa Patente KG-1817-3 hasta el mirador, ubicado en el Km.19 de la Carretera El Cobre de esta ciudad. Una vez en el lugar, le solicitó en reiteradas oportunidades que retomaran su relación de convivencia, ante la negativa de la víctima le indicó que no le dejaba otra opción, procediendo entonces a acelerar el vehículo en que se encontraba tanto la madre de su hija como su hija, desbarrancándose de esta forma por la quebrada existente en el lugar,

11 Recurso 129/2009 Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 29 de mayo de 2009.

por aproximadamente 45 metros, deteniéndose el vehículo únicamente producto de que un árbol se ubicaba en la referida quebrada, impactándolo de esta forma. Al percatarse el acusado que no había causado la muerte de las ocupantes del vehículo y persistiendo en su propósito delictivo, comenzó a estrangular a la víctima de iniciales M.M.S., provocándole un desmayo para luego intentar asfixiar además, a su propia hija. La víctima M.M.S. sólo despertó cuando sintió un ardor en su muslo izquierdo, dándose cuenta que el acusado trataba de encender su ropa, instantes en que él hacía lo mismo con su propia ropa, sin lograr su objetivo. Pasados unos minutos, el acusado salió junto a las dos víctimas del vehículo, escalando la quebrada, llegando a la Carretera El Cobre, lugar donde un testigo procedió a trasladarlos al Hospital Fusat y luego al Hospital Regional de esta ciudad. Sólo una vez que la víctima se encontró sola con el funcionario de Carabineros del Servicio en el Hospital, le contó lo que efectivamente había sucedido y que no se trataba de un accidente como lo había manifestado el acusado. En ese momento, el acusado se dio a la fuga del lugar lográndose su detención sólo después de otorgada la orden de detención por el Tribunal de Garantía de esta ciudad. Producto de los hechos, ambas víctimas resultaron con lesiones.

Segundo Hecho:

Un día no precisado durante el transcurso del mes de junio de 2008, cuando la víctima de iniciales M.M.S., se encontraba en el domi-

cilio ubicado en Calle Talca N°0846, de la Villa Arcoiris de esta ciudad, domicilio que compartía con el acusado, quien en esa fecha era su conviviente y con quien tiene una hija en común, en horas de la noche, luego de haber compartido con una tía de la víctima, quien luego se retiró del domicilio, el acusado comenzó a sacarle violentamente la ropa a la víctima, quien le indicó que no quería mantener relaciones sexuales con él, procediendo el acusado a darle una cachetada para después darla vuelta, afirmándole los brazos, poniendo su cuerpo y brazos encima de la víctima, para esta forma, y pese a la resistencia de la víctima, accederla carnalmente vía anal. Luego el acusado le indicó como era su mujer tenía derecho a hacer lo que quisiera con ella”.

El Fiscal califica el primer hecho como constitutivo del delito de **Paricidio** en grado de **frustrado**, respecto de la víctima de iniciales I.A.O.M., prescrito y sancionado en el artículo 390 del Código Penal; y del delito de **Homicidio** en grado de **frustrado**, respecto de la víctima de iniciales M.M.S., prescrito y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal.

El segundo hecho es constitutivo del delito de **Violación** en grado de consumado, respecto de la víctima de iniciales M.M.S., previsto y sancionado en el artículo 361 N°1 del Código Penal.

Todos los ilícitos fueron perpetrados en calidad de **Autor** por el acusado, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N°1 del Código Penal.

Señala que al acusado le beneficia la circunstancia atenuante de responsabilidad del artículo 11 N°6 del Código Penal y que no le perjudican circunstancias agravantes de responsabilidad. En atención a lo indicado, pide se sancione al acusado, respecto del delito de parricidio y del delito de homicidio, conforme lo dispuesto en el artículo 390 Código Penal, y artículo 7 en relación al artículo 51, ambos del mismo cuerpo legal, considerando, además, lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, a la pena de quince (15) años de presidio mayor en su grado medio.

Respecto del delito de violación, el Ministerio Público solicita se condene a S.A.O.M., a la pena de cinco (5) años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, todo ello más las accesorias legales correspondientes, comiso de las especies incautadas, y costas de la causa.

En relación a las morigerantes de responsabilidad penal solicitadas por la defensa, la fiscal, se opuso al reconocimiento de la circunstancia establecida en el N°5 del artículo 11, en atención a que no se dan los requisitos para su configuración y en relación al N°9 de la misma norma, señaló que la declaración prestada por el acusado en la etapa investigativa fue tardía y en nada ayudó al esclarecimiento del delito.

La querellante y demandante civil doña M.M.S., representada por la abogada doña Silvana Gómez Varas, se adhirió a la acusación fiscal presentada por el Ministerio Público en contra de S.A.O.M., tanto en los

hechos como en la calificación jurídica y pena solicitada por el mismo y dedujo demanda civil por daño moral en contra del acusado O.M., por la cantidad de **cinco millones de pesos (\$5.000.000)** o la suma que en justicia o equidad y conforme al mérito del proceso US. se sirva fijar, con intereses reajuste y costas.

Además, se adhirió a los planteamientos esgrimidos por la Fiscal, en cuanto a la improcedencia de las atenuantes de los números 5 y 9 del artículo 11 del Código Penal, indicando que efectivamente es más beneficioso para el acusado, la aplicación del artículo 351 del señalado código, antes que penas separadas, haciendo presente, además, la extensión del mal causado a las víctimas.

Tercero: En su alegato de apertura, la defensa señaló que la imputación efectuada a su defendido es errónea en lo que se refiere al iter críminis, pues siempre se habló de un intento de homicidio y de parricidio, por ende el grado de desarrollo del delito tiene más que ver con una tentativa que con un delito frustrado. Agregó que la doctrina mayoritaria, señala que se trata de una tentativa, en este evento la teoría del caso se centrará en acreditar que estamos en presencia de tentativas y no frustraciones. Indicó que de la declaración de los testigos que presentaría se evidenciaría que además de concurrir la atenuante de responsabilidad establecida en el artículo 11 N°6 del Código penal, le asiste a su defendido la minorante del 11 N°9. Precisó que con el relato de otros testigos acreditaran los momentos de angustia que el acusado vivió y

que hicieron que éste reventara ese día 25 de agosto del 2008, por lo que podría decirse que le asiste la circunstancia atenuante del artículo 11 N°5 del mismo cuerpo legal. Agregó que el sitio del suceso no es idóneo para la realización del delito, y el tronco no fue el hecho ajeno a la voluntad del acusado que dejó el delito en grado de frustrado. Además refirió que sus testigos tienen por objeto acreditar la atenuante del artículo 11 N°5, ya mencionada y que el padre de su defendido le compró un pasaje a Osorno, no obstante ello al primer llamado de carabineros, él se entregó en la comisaría de San Fernando.

Respecto del delito de violación, éste carece de sustrato legal, y la única prueba para su comprobación es el testimonio de la víctima, por lo cual pide la absolución de su defendido. Preciso que en cuanto a la aplicación de la pena, resulta más favorable lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal, y considerar la existencia de un concurso real de delitos y no uno ideal, con ello la pena máxima podría ser de 5 años de presidio menor en su grado máximo.

Sexto: Que para acreditar el delito de violación, el ente persecutor, aportó el testimonio de la víctima de iniciales **M.S.M.**, quien en relación a este hecho ilícito señaló que un día de junio de 2008, ella, el acusado y su tía hicieron empanadas en la casa, se tomaron unos tragos y en la noche cuando la tía se fue se quedó sola con el acusado y la hija común. Preciso que la niña estaba durmiendo, ella se acostó en la otra cama, y S.O. comenzó a hacerle cariño, llegó a

acostarse al lado de ella, le dio besos, quería tener sexo, ella se negó, pero él dijo que era su mujer y si ella quería tenía que ser no más, la dio vuelta, la puso boca abajo le dio una cachetada, se puso sobre ella, le afirmó las manos y la penetró analmente. Indicó que el acusado no le dijo nada y luego se durmió. Señaló que esto sólo se lo contó a su tía Francisca, pero no con detalles porque le da vergüenza, ya que son cosas muy personales, decidió no denunciarlo porque tenían una hija y ella quería arreglar las cosas de la mejor manera. Explicó que en ese momento el sustento económico era su madre y él. Preciso que producto de la agresión no podía hacer sus necesidades, por los dolores, lo que duró como dos días.

También se escuchó el testimonio de **F.S.M.**, quien relató que su sobrina M. vivía con A., últimamente la relación estaba mal, porque él le pegó en un ojo y se lo dejó morado, ella lo vio al día siguiente y su sobrina le contó que A. le pegó, también le vio moretones en la espalda, su sobrina tenía miedo de denunciarlo. Agregó que un día mientras se estaban tomando una cerveza, M. le contó que A. la había violado por el ano, eso se lo contó antes que A. la golpeará, no recuerda la fecha.

Que tal y como se indicó en la deliberación, estos relatos resultaron insuficientes para establecer la existencia del delito de violación, en razón de que no pudo acreditarse el uso de la fuerza en el acceso carnal y el único antecedente con el que se contó para ello, esto es la declaración de la víc-

tima, no tuvo la fuerza suficiente para producir tal convencimiento.

En efecto, si bien en la audiencia, la víctima da cuenta de una agresión sexual por parte de su conviviente, lo hizo de un modo casi tangencial y sólo ante la consulta de la fiscal respecto a lo acontecido en junio del año 2008, sin poder siquiera precisar una fecha aproximada en la que esto habría ocurrido, situación no menor si se piensa lo traumático que resulta para una persona ser agredida en su indemnidad sexual, por lo demás, se trata de una mujer de 22 años, normal, por lo que, en consecuencia, no se vislumbra el motivo por el cual la ofendida no recuerda la fecha de este acontecimiento de violencia, y si hubiera existido alguna razón para tal olvido, la Fiscalía debió dar cuenta de ello y justificarlo en la audiencia, lo que no se hizo.

De este modo, la vaguedad de la fecha de ocurrencia del hecho restó credibilidad a su relato, pues no parece razonable ni verídico que olvidara con tanta facilidad la ocurrencia de una experiencia tan traumática, más aún si se desarrolló con el grado de violencia que ella relató, y si bien no se descarta la posibilidad de que el acusado, en algún día del mes de junio de 2008 o en otra fecha, haya accedido carnalmente, vía anal a la víctima, utilizando más fuerza de la necesaria, no fue posible adquirir convicción respecto de la magnitud de esta fuerza de un modo que posibilitara dar por acreditado el delito de violación, más aún considerando que del propio relato de la víctima se desprende que la acción ocurrió en

una ocasión en que ambos estuvieron bebiendo, acotando además, que era algo habitual que el acusado fuera brusco dentro de la dinámica sexual que desplegaba con ella, de lo que es dable concluir que en sus relaciones íntimas era habitual la existencia de cierto grado de fuerza, lo que al parecer era consentido por la víctima, además, la propia psicóloga Loreto Ibarra, refiere que para M. la violación no fue algo grave, circunstancia que aumenta la duda razonable en relación a la fuerza utilizada.

Ratifica además esta duda, el testimonio de la Médico Legista, **Claudia Bravo San Martín**, quien examinó a la víctima en noviembre de 2008 y refirió que en la anamnesis ella le señaló que en junio de 2008, estaba con su ex - pareja, él había tomado alcohol y se puso agresivo cuando ella se negó a tener relaciones sexuales, la contuvo y la penetró analmente logrando eyacular, dijo que luego estuvo tres días con dolores. Preciso que al examen físico se veía afectada por la situación, no tenía lesiones físicas, tampoco a nivel vaginal, sólo señales de un parto natural; a nivel de región anal, perianal no tenía lesiones, observó ano de características normales, pliegues anales conservados, contractilidad y tonicidad del esfínter conservada. Concluyó que por la data de los hechos no es posible afirmar ni descartar los hechos relatados.

Otro antecedente que llevó a dudar de la existencia del hecho típico fue la falta de denuncia por parte de la víctima, pues, a diferencia de la teoría acusadora, en la que se sostenía que

se trataba de un caso de VIF mantenida por un largo período de tiempo, lo que habría justificado el silencio de M., con la misma prueba de cargo se descarta tal situación, pues la víctima sólo describe un episodio de violencia y que fue el que motivó la expulsión del acusado del domicilio que habitaban. En los mismos términos, la testigo M.S.M., si bien, describe discusiones entre ambos jóvenes, nunca presencié agresiones físicas y cuando se percató de la agresión a su hija, sacó inmediatamente al acusado de su casa y no lo denunció, no por temor, si no con el fin de no perjudicarlo, agregando que A. con ella tenía buen comportamiento, “era humilde y respetuoso”. Del mismo modo, cuando M. explica por qué no denunció al imputado después de la violación, no refiere una situación de temor, si no que lo justifica por un afán de arreglar las cosas, motivado por la hija que tenían en común.

De este modo, la imprecisión de la época de ocurrencia de un hecho tan traumático como lo es una violación, la circunstancia de no existir ninguna probanza que dé cuenta de la fuerza utilizada para el acometimiento y la denuncia tardía de la agresión, hicieron surgir una duda razonable respecto de la ocurrencia del delito de violación y ante tal situación, se decidió absolver a O.M. por este delito.

Séptimo: Respecto de los delitos de homicidio y parricidio, ambos en grado de frustrado, el Ministerio Público incorporó abundante prueba para su acreditación, fue así, como en primer término el Tribunal consideró la declaración de la víctima,

M.A.M.S., quien señaló que convivió con el acusado como 4 años, con quien tiene una hija de tres años de edad actualmente, precisó que fue ella quien puso término a la relación de pareja, debido a una golpiza que él le propinó dejándole hematomas en todo el cuerpo, dijo que no recordaba por qué le pegó, explicó que no lo denunció porque siempre trataba de convencerla diciendo que si lo acusaba él perdería su trabajo y que las lesiones las vio su tía Francisca. Agregó que desde que ella tomó la decisión de separarse el acusado nunca lo aceptó y nunca la dejó tranquila, la llamaba por teléfono a cada rato, varias veces en un día, le mandaba mensajes a través del teléfono y cada vez que iba a ver a la niña, siempre terminaban peleando porque él quería volver y ella no.

La testigo relató que la noche anterior al 25 de agosto, S.O. fue a su casa con la excusa de ir a buscar un televisor, eran cerca de las 22:30 horas, además quería estar con la niña por lo que se la llevó a la casa de una amiga que vive cerca. Agregó que ese día ella se quedó en el domicilio de su tía para no estar sola en la vivienda de su madre pues temía que el acusado volviera más tarde. Explicó que esa noche la niña estuvo con cólicos.

Continuando con su relato, la testigo señaló que el día 25 de agosto, el acusado llegó en la mañana, estaba calmado y conversaron, la niña dormía y como despertó llorando, su tía se la llevó al auto donde ella estaba con el acusado, en ese momento S.O. puso el vehículo en marcha y salieron a dar una vuelta, agregó que ella

había conocido a otra persona pero ya había terminado y el acusado empezó a decir que quería estar con ella y cosas del otro sujeto; luego se fueron a pasear a Coya, y de vuelta, S. se estacionó en un mirador, se bajó y se sentó en un árbol, se fumó como dos cigarros, en eso la llamó su madre para que le llevara las llaves de la casa por lo que le pidió al acusado que la llevara a su domicilio y fue ahí cuando él se subió al automóvil, se dio la vuelta dejando el vehículo hacia el mirador, le preguntó si iba a volver con él o no, ella le dijo que no, entonces S. dijo que “no le dejaba otra opción”, puso el pie en el acelerador y se desbarrancaron. Explicó que ella iba en el asiento del copiloto y la niña en su falda, no tenían puesto el cinturón de seguridad, pensó que se morirían, trató de sostener a la niña para que no le pasara nada, sintió que el auto chocó con algo, la niña estaba muy asustada. Refirió que ella se pegó en la frente con el parabrisas, por proteger a la niña a quien no le pasó nada. Relató que con el impacto ella resultó con algunas lesiones, pero a su hija no le pasó nada, allí el acusado comenzó a decir que lo iba a denunciar y que quería que se mataran los tres y empezó a apretarle el cuello, trató de arañarlo para que la soltara, pero S. estaba convencido de que quería que los tres murieran, la dejó inconsciente, ignora por cuanto tiempo y sólo despertó cuando sintió que estaba quemándose la pierna; al reaccionar vio que el acusado estaba prendiéndose en una polera, no sabe muy bien lo que quemaba, mientras que ella tenía quemaduras en la pierna izquierda, tomó a la niña en

brazos y su hija le contó que el papá le había apretado el cuello, decidió decirle que iban a volver y le pidió que las sacara de allí porque no quería morir en ese lugar y que no iba a hacer nada, agregó que el acusado abrió la puerta del conductor, tomó a la niña y cerró la puerta, ella trató de salir por la ventana, S. le pedía que no lo acusara o de otro modo iba a caer preso, en ese momento le quitó la niña y subió con ella, con gran dificultad. Agregó que una vez arriba comenzaron a hacer dedo, se detuvo una camioneta y S. dijo que se habían desbarrancado, en el hospital dijo que habían tenido un accidente. La testigo señaló que al Hospital llegó su tía Eugenia y su madre y le contó la verdad, en ese momento el acusado se dio a la fuga. Preciso que la niña se acuerda que ella se pegó en la frente y tenía sangre, también dice que su papá es feo y le apretó el cuello, después de eso le tenía miedo a los hombres, tenía pesadillas, ella también las tiene hasta el día de hoy.

Este testimonio, fue ratificado por los asertos de doña **M.S.M.**, madre de la ofendida quien relató que la víctima, S.O. y la hija de ambos vivían en su casa, agregando que tenían muchas discusiones y que ella presenció varias, precisó que peleaban por plata porque el acusado no le daba dinero a su hija y le decía cosas ofensivas como que no servía como mujer. Relató que la relación duró como tres años y terminaron porque él le pegó a M. y en esa ocasión ella lo echó de la casa, explicó que ese día ella llegó a su domicilio y encontró a su hija con un ojo morado, preguntó qué pasó,

primero M. dijo que la niña le había pegado, pero luego le contó que S. la había golpeado, en ese momento ella lo obligó a abandonar su domicilio, él se puso a llorar y le dijo que se iba a ir pero le pidió que no lo denunciara, ella se comprometió a no hacerlo siempre y cuando no molestara más a su hija, pero pasó una semana y comenzó a llamarla, mandarle mensajes, pidiendo ver a la niña, ella le dijo que podía ver a la niña pero él comenzó a pedirle a su hija que volvieran etc.

Respecto a lo ocurrido el 25, señaló que ese día A. quería ver a su nieta, su hija salió a conversar con él, mientras que ella salió con destino al centro y M. se quedó conversando con el acusado en el automóvil, la niña estaba durmiendo en casa de su hermana, indicó que al volver a la casa ellos no estaban y su hermana le dijo que había ido a dar una vuelta, se quedó allí porque las llaves de su vivienda se las había llevado su hija. Relató que posteriormente llamó por teléfono a M. quien le dijo que iba de vuelta, como no llegaba, volvió a llamarla, contestó y se cortó, al rato la llamaron del hospital y el avisaron que su hija había tenido un accidente en la carretera del cobre, luego sonó el teléfono y era A. y le dijo que habían tenido un accidente. Preciso que cuando llegó al hospital estaba su hermana, al verla, su hija la abrazó y se puso a llorar diciéndole que S. lo hizo adrede y que no la dejara sola, A. lo negaba; su hermana habló con el carabintero del hospital y su yerno aprovechó para huir. Indicó que luego el cabo Calderón trató de llamarlo,

conversó con él y A. se entregó en San Fernando.

En cuanto a las lesiones de la víctima, refirió que ésta tuvo un corte, machucones, una pierna quemada y contusiones en el cuello igual que su nieta. Indicó que teme que su hija se pueda suicidar porque psicológicamente está mal, llora y le dice que no sabe lo que está sufriendo por dentro y que el amor no se termina de la noche a la mañana.

Contraexaminada contestó al Defensor que presenció una ocasión en la que su yerno le dijo a su hija que no servía como mujer, no sabe porqué; que ella trabaja de lunes a sábado, medio día, recibiendo una remuneración de \$150.000, además de una pensión de viudez de \$50.000. Explicó que ella compraba la mercadería porque al acusado no le alcanzaba el dinero, además paga luz y agua, porque la casa está pagada.

Ratificó que cuando vio a su hija golpeada, pensó en denunciar a A., pero sólo lo echó, porque no quería perjudicarlo; agregó que cada vez que él pelaba con su hija, ella le llamaba la atención y el acusado siempre fue humilde y respetuoso con ella, le decía que sí, que iba a cambiar, sólo intervino cuando él golpeó a M.. Reconoció que el acusado le dio a su hija el dinero para que se inscribiera en un subsidio para una casa, la que le entregaron después de estos hechos, le parece que en septiembre y actualmente la utiliza su hermana, con el compromiso de ponerle los cierres, porque su hija no tiene dinero para hacer esos gastos y con el fin de

proteger la casa su hermana se fue a vivir en ella. Señaló que los padres del acusado vinieron a visitarla, le dijeron que querían ayudar a la niña con ropa u otras cosas, les dijo que tenían que hablar con su hija. Preciso que ellos sufren tanto como ella y su hija y no son culpables de lo que hizo el acusado.

Se elimina mención a testimonios no relevados en el comentario del fallo

Noveno: De esta forma, con la prueba aportada por el ente persecutor y aún cuando la Defensa no controvertió los hechos consignados en la acusación, sino que más bien los ratificó a través de la completa y pormenorizada declaración del acusado, estos acontecimientos se establecieron en forma indubitada, especialmente, porque en su testimonio la víctima dio cuenta de la acción voluntaria desplegada por el acusado y ocurrida luego de que ella se negara a reanudar la vida en común, y mediante la cual S.O., dio vuelta el automóvil en cuyo interior, además de la pareja, estaba la hija común de dos años de edad a esa fecha, enfilándolo con destino a un barranco ubicado en el mirador del kilómetro 19, lo que provocó el despeñamiento del móvil con sus ocupantes, por unos 45 metros, deteniéndose al impactar de frente con un arbusto de considerable tamaño, lo que impidió que el vehículo continuara su desplazamiento. Relatando además que al no conseguir el objetivo de poner fin a su vida, a la de ella y a la de la hija común, el acusado trató de asfixiarla apretándole el cuello, lo que dejó de hacer cuando ella

perdió el conocimiento pues pensó que la había matado, momento en el que comenzó a asfixiar a su hija del mismo modo, acción en la que no perseveró, tratando luego de quitarse la vida él mismo por medio del fuego, intentando prender su ropa, tentativa en la que además quemó parte de la de ella, provocándole una lesión en la pierna.

Del mismo modo, la ocurrencia de los hechos en los términos relatados por la víctima, única testigo presencial, se corroboraron con los dichos del acusado, quien expresamente reconoció que en forma voluntaria despeñó el vehículo y que su intención era matar a M. y a su hija y que luego de apretar el cuello de M., cuando ésta perdió el sentido, pensó que la había matado por lo que trató de asfixiar a su hija.

A mayor abundamiento, el resto de la prueba útil para acreditar el delito incorporada por la Fiscal, mantiene total armonía con los testimonios tanto de la víctima como del acusado, al igual que la prueba aportada por la Defensa, y aún cuando estos últimos testigos sólo sabían de los hechos por el relato del acusado, sus versiones no resultaron contradictorias a lo ya referido por el resto de los deponentes en la audiencia. Acápite aparte es el peritaje evacuado por Octavio Maturana Pinto, al cual me referiré al momento de descartar la teoría de la Defensa, sin perjuicio de lo anterior, en su pericia no consigna hechos diversos a los ya establecidos, sino que más bien les da una interpretación distinta en cuanto a los eventuales resultados de la acción.

Décimo: De este modo, con el análisis de la prueba aportada tanto por la Fiscal como por la Defensa, valoradas positivamente y con apego a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados, se acreditó, más allá de toda duda razonable, que el día 25 de agosto de 2008, en horas de la tarde, el acusado trasladó a las víctimas de iniciales M.M.S., con quien mantuvo una relación de convivencia; y, a la hija de ambos de iniciales I.A.O.M., de dos años de edad, en el vehículo marca Suzuki, Placa Patente KG-1817-3 hasta el mirador ubicado en el Km. 19 de la Carretera El Cobre de esta ciudad. Una vez en el lugar, solicitó en reiteradas oportunidades que retomaran su relación de convivencia, ante la negativa de la víctima le indicó que no le dejaba otra opción, procediendo entonces a enfilar el vehículo en dirección al precipicio desbarrancándose por la quebrada existente en el lugar por aproximadamente 45 metros, deteniéndose el vehículo únicamente producto de que impactó con un árbol que se ubicaba en la referida quebrada. Posteriormente percatándose que no había causado la muerte de sus acompañantes y persistiendo en su propósito delictivo, comenzó a estrangular a la víctima de iniciales M.M.S., provocándole un desmayo, para luego intentar asfixiar además, a su propia hija la menor de iniciales I.A.O.M. Al despertar M.M.S. se percató que el acusado trataba de encender su ropa, luego de ello y ante la promesa de reanudar la vida en común el acusado salió junto a las dos víctimas del vehículo, escalando

la quebrada, llegando a la Carretera El Cobre, lugar donde un testigo procedió a trasladarlos al Hospital Regional de esta ciudad, lugar desde donde el imputado se dio a la fuga. Producto de los hechos, ambas víctimas resultaron con lesiones.

Los hechos así descritos encuadraron en el delito de homicidio y parricidio previstos y sancionados en los artículos 391 N°2 y 390, ambos del Código Penal, en grado de frustrado, por cuanto, el acusado S.O. puso de su parte todo lo necesario para que el crimen se consumara y éste no se verificó por causas independientes de su voluntad. En efecto, tal y como se indicó precedentemente, O.M., encontrándose en un mirador, en el interior de su automóvil, acompañado de su ex pareja de nombre M. y la hija común, de dos años de edad, con la intención, según reconoció, de poner término a su vida y la de sus acompañantes procedió a poner en marcha su vehículo hacia el barranco, despeñándose, hasta que el móvil impactó con un árbol, lo que detuvo la caída. De lo anterior se desprende que el acusado efectuó todas las acciones que debía poner de su parte para provocar la muerte de M. y su hija, lo que no aconteció por causas ajenas a su voluntad, como lo fue la presencia de la vegetación del lugar y especialmente del árbol en el que impactaron.

A mayor abundamiento, la intención de matar del acusado, se mantuvo aún después de la caída, por cuanto, al percatarse de la sobrevivencia de ambas mujeres, trató de asfixiarlas con sus manos, pensando que su

cometido se había cumplido respecto de la mujer cuando ésta perdió el sentido.

En cuanto a la calificación específica de parricidio frustrado respecto de la menor de edad, ésta debió a que según se acreditó con el certificado de nacimiento respectivo, la niña es hija de O.M. y de la víctima M.M.S. respecto de la cual también se incorporó un certificado de nacimiento.

Del modo razonado se discrepó de la etapa de desarrollo de los hechos ilícitos sostenida por la Defensa, en razón de que, tal y como se señaló, en el caso que nos ocupa, el acusado agotó la actividad personal necesaria para producir la consumación del delito y no se produjo el resultado típico por causas ajenas a su voluntad, en este caso S.O. dio vuelta el vehículo hasta dejarlo en la orilla del barranco, luego puso el automóvil en marcha y se dirigió directamente al desfiladero, interrumpiéndose la marcha del móvil únicamente por razones ajenas a su voluntad, específicamente, la presencia de un árbol en su camino, lo que evitó el resultado muerte. A diferencia de lo que ocurre en la tentativa, en la cual el sujeto inicia la ejecución de la acción típica, pero no logra realizar todos los actos materiales necesarios para su cometido.

En relación a este punto de derecho, cabe señalar, que la doctrina mayoritaria en nuestro país, concuerda en que nuestro código punitivo en materia de tentativa y frustración sigue el modelo objetivo – material. Así por ejemplo en el manual

de POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Parte General, impresión Noviembre 2004, pp. 379, se señala “que se da principio de ejecución a un crimen o simple delito cuando la realización del plan del autor representa, para un tercero imparcial, un peligro para un bien jurídico concreto, ejecutando mediante hechos directos, esto es, objetivamente idóneos para causar el resultado típico”, radicando la diferencia entre tentativa y frustración únicamente en el número de actos de ejecución requeridos, pues, mientras en la tentativa sólo se exige la realización de parte de los actos de ejecución, en el caso de la frustración, se demanda la realización de todos y cada uno de ellos, faltando únicamente el resultado querido, el que no se concreta por alguna causa externa y ajena al delincuente.

Así, en el caso que nos ocupa, y tal como ya se indicó, el acusado agotó su accionar, completando todas y cada una de las acciones necesarias para conseguir el objetivo muerte, cuyo resultado fue impedido por la existencia de un árbol en el camino del automóvil, es decir producto del azar, y en este sentido, el Defensor, si bien planteó que existió un principio de ejecución, pero faltaron uno o más hechos para concretar el delito, no señaló los actos de ejecución objetivos, que faltaron y que permitirían afirmar que se está frente a un delito tentado y no frustrado.

En efecto y si bien con la pericia aportada, la Defensa trató de exigir para la configuración de la frustra-

ción, la existencia de otros hechos, tales como, una mayor profundidad en el barranco, una inclinación más pronunciada, un automóvil de mayor tamaño, mayor velocidad en el automóvil, etc, todos estos factores son adicionales al hecho y ajenos al ánimo homicida y de haber sido previstos y buscados por el autor con anterioridad a la comisión del delito, tal vez no estaríamos frente a un homicidio simple. En todo caso y aún cuando el Defensor no lo planteó de este modo, dio la impresión de que sus alegaciones y la pericia incorporada apuntaban a una especie de tentativa inidónea, por cuanto se sostuvo especialmente por Maturana que dado el lugar en que ocurrió el despeñadero y las circunstancias que lo rodearon era muy poco probable el resultado muerte. Sobre tal apreciación cabe señalar, en primer término, que el perito no pudo descartar absolutamente la posibilidad de un desenlace fatídico y en segundo lugar que sus apreciaciones y conclusiones resultaron contradictorias con los testimonios de los funcionarios policiales aportados por el Ministerio Público, y entre ambos, el Tribunal prefirió la prueba fiscal.

En efecto y tal como se indicó, el funcionario Andrés Galindo Menares, primero en constituirse en el lugar de los hechos, lo hizo en el convencimiento de que se trataba de un accidente de tránsito, sin embargo, al inspeccionar el lugar y observar las huellas de aceleración existentes en la tierra, de inmediato y sin escuchar el relato de la víctima, se pudo percatar que se trataba de un despe-

ñadero voluntario. Este testimonio pareció además de verás y objetivo, pues el policía no tiene ningún interés en el juicio, informado, ya que se trata de un funcionario que conoce perfectamente el sector, lleva años trabajando en la localidad y lo ha recorrido en innumerables ocasiones, lo que además le ha permitido adquirir un conocimiento cabal del clima imperante en el lugar, dato no menor si se considera que es público y notorio para los habitantes de Rancagua y Machalí, tal como lo señaló el testigo Fernando Bozo, que en ese lugar y durante el mes de agosto hay mucho viento, y por último, el testigo está en conocimiento de lo frecuentados que son los miradores de la carretera del cobre en toda época del año, debido a la vista que proporcionan de la ciudad. También resulta relevante destacar, que aún cuando formalmente él no pertenece a la SIAT, sí ha participado con dichos policías especializados en innumerables análisis de sitios del suceso, tal y como lo señaló en su declaración y ha sido conductor de vehículos policiales. De este modo, su análisis de las huellas encontradas en el lugar, a escasas horas de ocurrido el hecho, resulta del todo confiable para este Tribunal, al igual que la profundidad y peligrosidad del barranco ubicado en el lugar del despeñadero. Por lo demás, tanto en las fotografías como en la película proyectada, pudo apreciarse que desde la orilla, no es posible ver el fondo del barranco debido a la abundante vegetación, la que por cierto fue en gran parte arrasada por el automóvil. A mayor abundamiento las apreciaciones de Galindo Mena-

res fueron refrendadas por el policía del Labocar, Fernando Bozo, quien al día siguiente, aún observó, aunque atenuadas, las huellas de aceleración y pudo constatar en terreno la peligrosidad del lugar.

En cuanto al peritaje elaborado por Octavio Maturana, éste pierde rigor científico en comparación a los testimonios ya señalados, pues él mismo reconoce que se constituyó en el lugar 3 o 4 meses después de ocurrido el hecho, desconoce las condiciones climáticas del lugar y la fuerte exposición que se tiene allí a los vientos cordilleranos, pues se trata de una saliente del cerro ubicada a bastante altura, según se aprecia en las fotografías y en la película proyectada, también ignora la afluencia de público en el sector, tanto en vehículos, bicicletas, motocicletas y peatones en general, todas estas circunstancias acaecidas durante el periodo comprendido entre la ocurrencia del hecho y su informe, evidentemente pudieron alterar el lugar y borrar las huellas de aceleración encontradas por el policía Galindo, lo que no fue considerado en el informe del testigo al momento de plasmar sus conclusiones, restando validez y rigor científico a su pericia.

Del mismo modo, otro antecedente relevante y que era ignorado por el perito fue la ubicación de los ocupantes al interior del automóvil y las circunstancias emocionales en las que se produjo el despeñadero, antecedente que también disminuyó la seriedad de sus conclusiones, en comparación a los testimonios e informes aportados por la fiscalía.

A mayor abundamiento y sólo por un tema ético, aún cuando las fotografías acompañadas al peritaje elaborado por Maturana Pino no fueron adulteradas, y por ende no afectaron la integridad ni autenticidad del mismo, no deja de preocupar al Tribunal que un testigo que se presenta como perito profesional, utilice métodos cuestionables para obtener su material.

En efecto, en este caso se escuchó la declaración de **Luis Rebolledo Cabezas**, perito criminalístico del Labocar, quien relató que al efectuar una revisión de los antecedentes insertos en el informe evacuado por Octavio Maturana, se verificó, a simple vista, que las fotografías incluidas eran las obtenidas en el sitio del suceso por el personal de su institución, destacando una fotografía que no se acompañó al informe evacuado por ellos, la que sin embargo sí esta presente en la pericia particular. Precisó que esta es una situación irregular por lo que se dio cuenta al mando de la institución, se inició una investigación la que comenzó con la declaración del perito responsable Octavio Maturana, quien dijo mantener una cercanía con un cabo del laboratorio de criminalística de nombre José Cortés Contreras, porque es padrino de sus dos hijas y mantiene contacto, en razón de lo cual le pidió las fotografías que luego incluyó en su peritaje. Explicó que entre ambas fotos no hay diferencias, ni adulteraciones y son las mismas tomadas por Labocar.

Finalmente es necesario señalar, que para la punibilidad de la frustra-

ción, no se considera la magnitud de la lesión causada al bien jurídico protegido como consecuencia de la frustración, de tal modo, que la circunstancia de que las víctimas, en este delito, hayan resultado sólo con lesiones leves, no convierte una frustración en delito tentado.

Undécimo: En cuanto a la participación del acusado en estos delitos, ésta resultó suficientemente establecida con la imputación directa efectuada tanto por la víctima como por todos los testigos que tomaron conocimiento de los hechos, a lo que se unió el testimonio del acusado quien reconoció su participación directa en los mismos.

Además con la pericia psicológica elaborada por la psicóloga **María Eugenia Ilabaca** se descartó que el acusado padeciera de alguna enfermedad que le restara imputabilidad, por cuanto esta profesional refirió que lo examinó el día 29 de septiembre de 2008, sin que se observaran alteraciones en el curso del pensamiento; su nivel intelectual estaba dentro de los rangos normales, no se observó alguna sintomatología asociada a psicosis o perturbaciones en el juicio de la realidad. Y si bien posee cierta dificultad para utilizar adecuadamente el sentido común y los procesos ideosociativos estaban disminuidos, esto se encuentra asociado a factores emocionales, y no presenta un déficit en la capacidad cognitiva, y se debió a un manejo inadecuado de la angustia. Precisó que el juicio de realidad está conservado, pudiendo distinguir lo real de lo imaginario, además posee capacidad para diferenciar los

estímulos intrasíquicos y la realidad externa.

Respecto del sentido de realidad, lo que tiene que ver en cómo las personas relacionan y procesan la realidad, el acusado puede distinguir una conducta aceptable de una que no lo es, pero tiende a privilegiar su posición, tiende a lo subjetivo, mantiene una postura rígida frente a posiciones diferentes.

Señaló que en cuanto al control de impulsos hay rigidez, lo que implica un sobre control, con lo que tiende a no integrar los aspectos más rechazados de su realidad, utiliza como mecanismo de defensa la negación, y se protege de las amenazas externas; además presenta dificultad para expresar necesidades y emociones, es dependiente de los sucesos externos, y aparecen rasgos de mucho perfeccionismo y rigidez.

Respecto a la forma en que se vincula, destacó que en relaciones interpersonales el acusado toma una postura más bien defensiva, lo que dificulta el establecimiento de vínculos profundos y estrechos, no logra integrar los elementos positivos y negativos de él y de los otros.

En conclusión señaló que el acusado no presenta alteración del juicio de realidad y cognitivamente está en condiciones de distinguir entre una conducta socialmente aceptada y la que no.

A lo anterior se unió la pericia psiquiátrica evacuada por el médico psiquiatra Juan Díaz Menares, incorporada de conformidad con lo dis-

puesto en el artículo 331 letra b del Código Procesal Penal, en la que se señala que el acusado se encuentra ubicado temporo espacialmente; no se pesquisó sintomatología depresiva ni sicótico al momento de la entrevista, apreciándose una inteligencia normal, concluyendo que no presenta patología de interés medico legal y por ende es imputable.

Estos antecedentes resultaron suficientes para dar por acreditado que S.A.O.M. intervino de una manera inmediata y directa en la perpetración de los delitos de homicidio y parricidio frustrado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal.

Duodécimo: Que, se acogerá la demanda civil por daño moral deducida por la querellante M.M.S., en su favor y el de su hija de iniciales I.O.M., contra el acusado, pues, se acreditó suficientemente, que S.O.M. tuvo responsabilidad penal en los delitos de homicidio y parricidio frustrado que las afectaron y por ende debe responder de los daños causados por el ilícito, de conformidad a los artículos 2314, 2317 y 2329 del Código Civil.

Sobre el daño moral, éste resultó suficientemente acreditado con el testimonio de la psicóloga **Loreto Ibarra Bugueño**, quien evaluó a ambas mujeres, refiriendo que M. se observa plana emocionalmente, con deterioro en el estado de ánimo, dificultades para responder las consultas, dando respuestas escuetas. Refirió que luego de convivir tres años con el acusado, a la época de hechos, estaban

separados. Explicó que estos sucesos cambiaron su vida, está angustiada y temerosa, presenta antecedentes de ánimo bajo, signos depresivos desde cuando era adolescente época en la que debió consultar a un psicólogo del sename y estuvo dos meses en tratamiento, además tuvo un duelo por la muerte de su padre.

Respecto al delito mantiene recuerdos recurrentes del episodio, tiene pensamientos de ganas de morir con su hija, pero Dios la salvó, la profesional observó una sensación de temor, lo acontecido cambió su rutina, dejó de trabajar por temor a que le ocurra algo; presenta alteración del sueño, le cuesta conciliarlo, duerme tres horas y despierta, tiene pesadillas y sueños violentos; tiene alteraciones en el apetito, baja de peso, siente que está sola, con pena, labilidad emocional cuando está con personas de confianza; también presenta alteraciones en su autoestima y desesperanza.

La perito indicó que la examinada presenta un cuadro clínico de estrés post traumático agudo, reactivo a la vivencia de una situación a la que ha estado expuesta y temido por su vida. Explicó que este daño emocional es agudo porque la sintomatología ha tenido una duración cercana a los 4 meses, además se trata de daño grave, por las características violentas de experiencia, todo esto ha tenido un impacto alto en su vida ya que cambió su forma de relacionarse con el mundo. Concluyó en cuanto al periodo de recuperabilidad, indicó como probable una duración máxima de 6 meses.

Respecto de la menor dos años y 11 meses, señaló que ésta presenta un desarrollo psicomotor adecuado, con dificultades de lenguaje por su edad, la observó con ánimo bajo, asustadiza, preocupada de los movimientos y ruidos externos, no accedió a entrar sola a las entrevistas. Explicó que la niña hizo referencia a sentir temor hacia las figuras masculinas, porque pueden matarla, ya que su padre le hizo algo en el cuello; además la pequeña ha tenido conductas de agresividad contra la madre y la abuela, le cuesta conciliar el sueño; también sufrió un deterioro respecto de la imagen paterna, su padre es malo porque quiso matarla y eso lo ha traspalado a otras figuras masculinas.

La profesional señaló que la menor también presenta un trastorno traumático agudo, reactivo a una experiencia de tipo traumática a la que estuvo expuesta, el impacto ha sido severo, además se produjo una alteración del vínculo en la que la abuela hace las veces de madre.

Respecto del daño emocional señaló que en su caso es moderado agudo, están presentes los indicadores de temores a las figuras masculinas y tuvo un deterioro en la relación con su madre. La perito estimó como tiempo probable de recuperabilidad un período aproximado de cuatro meses.

De este modo con la pericia evacuada, no cupo duda del daño que la situación de violencia provocó en ambas víctimas y el sufrimiento que les ha causado, manteniendo a la fecha sín-

tomas como trastornos en el sueño y en el ánimo, además de un constante temor con el entorno y desconfianza con el medio.

En cuanto a la evaluación del daño moral, siendo pro su naturaleza difícil de cuantificar, el Tribunal lo hará en un monto que resulte equitativo en comparación a las sumas que se ha otorgado en otros casos similares

Décimo Tercero: Que favorece al acusado la atenuante de la irreprochable conducta anterior, consagrada en el artículo 11 N°6 del Código Penal, la que le fuera reconocida por el Ministerio Público expresamente.

También le favorece la minorante establecida en el número 9 del mismo artículo, esto es, haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, pues tal y como se ha referido en este fallo el testimonio prestado por el condenado en el juicio coincidió de un modo casi absoluto con los hechos descritos en la acusación y permitieron elevar el estándar de convicción alcanzado por el Tribunal y la circunstancia de que el Ministerio Público decidiera, ejerciendo un legítimo derecho, presentar de todos modos el total de la prueba, aún cuando no toda fuera necesaria ni útil, esto no limita la facultad del Tribunal de premiar la confesión clara y completa efectuada por el acusado, pues quien mejor que él para describir los sucesos y reconocer directamente el dolo homicida que permaneció en su proceder al desbarrancarse y posteriormente al oprimir el cuello de su ex pareja y de su hija. Y en este mismo contexto, el

Tribunal, si bien estima que la actitud de entrega voluntaria del acusado no alcanza para constituir otra circunstancia minorante, no puede dejar de valorar tal situación, pues fue el propio testigo de la Fiscal, **Víctor Calderón Ortúzar**, quien señaló que el acusado se había entregado voluntariamente en la comisaría de San Fernando después de hablar con él en forma telefónica y si bien no confesó el delito en un principio, O.M. explicó que esto se debió a las instrucciones del abogado defensor de la época, con el objeto de seguir una determinada estrategia de defensa.

En cambio, no lo beneficia la circunstancia atenuante N°5 del artículo referido, esto es, el haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación, pues, tal y como se señaló en la deliberación, con la prueba aportada no se acreditó cuales fueron los estímulos que justificarían dicha minorante, pues el propio acusado descartó el posible motivo de celos y el supuesto estado de agobio en el que estaría sumido, según sostuvo el defensor, a raíz de la situación económica y de pareja que vivía, tampoco se vio corroborado con la prueba aportada, ya que los testigos que presentó nada sabían de los problemas sentimentales o económicos que O.M. padecía y en consecuencia nada refirieron sobre este punto. Por lo demás, se ha sostenido que el arrebató y la obcecación son trastornos profundos en el ánimo de la persona y por ende no pueden ser naturalmente causados, sino por estímulos muy poderosos, de este modo

una excitación emocional cualquiera no sería suficiente para constituir la atenuante.

Décimo Cuarto: Que la pena que corresponde al delito de homicidio es una de presidio mayor en su grado mínimo a medio, pero tratándose de un delito frustrado, de inmediato la pena será rebajada en un grado según lo exige el artículo 51 del Código sustantivo; a continuación, analizando las circunstancias modificatorias y según lo faculta el artículo 68 inciso tercero del mismo cuerpo legal, existiendo dos atenuantes en favor del condenado y ninguna agravante que lo perjudique, se hará una nueva rebaja, pero sólo en un grado.

Finalmente la pena asignada al delito de parricidio corresponde a presidio una de mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, la que deberá bajarse en un grado atendido el estado de desarrollo del delito, el cual sólo alcanzó la frustración. Luego el Tribunal, considerando las dos atenuantes que benefician al condenado y la inexistencia de agravantes que le perjudiquen, hará uso de la facultad referida en el acápite anterior y rebajará la pena en un grado, quedando en definitiva una de presidio mayor en su grado mínimo.

Finalmente y no obstante tratarse de dos delitos de la misma especie, atendida la diversa penalidad que conlleva cada uno de ellos, resulta más beneficioso la aplicación de la regla del artículo 74 del código Penal, tal y como lo solicitó la Defensa e imponer las penas por separado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°6 y 9, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 25, 26, 28, 30, 51, 68, 74, 390 y 391 N°2 del Código Penal; 2314, 2317 y 2329 del Código Civil y 47, 295, 296, 297, 340, 342, 344, 348 y 351 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Se absuelve a **S.A.O.M.** de la acusación deducida en su contra como autor del delito de violación perpetrado durante el mes de junio de 2008 en la comuna de Rancagua.

II.- Que, en cambio, se condena a **S.A.O.M.**, ya individualizado, a la pena de **quinientos cuarenta y un días** de presidio menor en su grado medio, a la accesoria de suspensión de cargos y oficios públicos mientras dure la condena, más las costas de la causa, como autor del delito de homicidio frustrado en la persona de la víctima de iniciales M.M.S., cometido el día 25 de agosto de 2008, en la ciudad de Rancagua.

III.- Que, también se condena a **S.A.O.M.**, ya individualizado, a la pena de **cinco años y un día** de presidio mayor en su grado mínimo, a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más las costas de la causa, como autor del delito de parricidio frustrado en la persona de la víctima de iniciales I.O.M., ocurrido el día 25 de agosto de 2008, en la ciudad de Rancagua.

IV.- Que se acoge la demanda Civil de indemnización de perjuicios y se condena a **S.A.O.M.**, a pagar a M.M.S. a título de daño moral para ella y su hija menor de edad, de iniciales I.O.M., la suma total y única de dos millones de pesos (\$2.000.000), con los reajustes legales de conformidad a la variación del I.P.C. desde el mes anterior a que el fallo quede ejecutoriado y hasta el mes anterior a su pago efectivo.

Atendido la extensión de las sanciones impuestas no se concede al acusado ninguno de los beneficios de cumplimiento alternativo previstos en la Ley 18.216, en consecuencia, deberá cumplir las sanciones corporales en forma efectiva y sucesiva, principiando por la más gravosa, esto es, la de presidio mayor en su grado mínimo, la que se iniciará a contar desde el día 26 de agosto del 2008, fecha desde la cual se encuentra interrumpidamente privado de libertad con motivo de esta causa, según da cuenta el auto de apertura.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 19.970 (D. Of. 6/10/04) y para el caso que no se hubiere determinado la huella genética del imputado durante el procedimiento criminal, se ordena que ésta se determine, previa toma de muestras biológicas si fuere necesario, y se incluya en el Registro de Condenados, lo que dispondrá el tribunal al que le compete disponer el cumplimiento del fallo, antes de ordenar el archivo de los antecedentes.

En su oportunidad, remítanse los antecedentes al Juzgado de Garan-

tía correspondiente para el cumplimiento y ejecución de la sentencia, hecho archívese.

Devuélvase a los intervinientes la prueba documental incorporada.

Regístrese.

Redactada por la juez doña Pamela Quiroga Lorca.

RIT 52-2009.

RUC 0800761355-6.

Pronunciada por los Jueces del Tribunal Oral en lo penal de Rancagua, don Pablo Zavala Fernández, doña Marcela Paredes Olave y doña Pamela Quiroga Lorca

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN:
Editorial Atenas Limitada
ventas@editorialatenas.cl

CONTENIDOS

Artículos

Comentarios acerca de la Ley N°20.341 que aumenta las penas en los delitos de corrupción
Hernán Fernández A.

Acción constitucional de amparo por aplicación del artículo 39 de la Ley N°20.000
Manuel Guerra F. y Renzo Figueroa A.

Los cambios en la organización criminal ligada al tráfico de drogas en el espacio público, y la vigencia del marco legal destinado a su persecución
Jorge Muñoz B.

El comiso y los terceros
Alejandra Vera A.

El alcance del término “acusado” en la Convención Interamericana de Extradición de 1933
Eduardo Picand A.

Las investigaciones por negligencias médicas y la Ley AUGE
Macarena Car S.

Las explicaciones que dan los acusados ante la imputación del delito de violación durante la audiencia de juicio oral: su repercusión en la investigación criminal
Karen Guzmán V.

Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo
Francisco Soto D.

La investigación de los delitos vinculados al robo y receptación de cables: un ejemplo de persecución penal inteligente
Alejandro Moreira D.

Análisis de la estructura típica del delito de usurpación de aguas. Régimen legal de las aguas y particularidades del delito
Verónica Rosenblut G.

Absolución por el delito de lavado de dinero culposo: contenido y límites del concepto de “negligencia inexcusable”
Antonio Segovia A.

La retractación en violencia intrafamiliar y su incidencia en el sistema procesal penal
María José Taladriz E., María Angélica San Martín P. y Roberto Rodríguez M.

Sentencias Comentadas

Recurso de nulidad acogido: causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal y debido proceso en procedimiento de acción privada
Hernán Ferrera L.

Tribunal Oral en lo Penal de Talca condena a alcaldesa del Maule por nombramiento ilegal y fraude al Fisco
Roberto Morales P.

Comentario a la resolución que no decreta cautelares del art. 155 del Código Procesal Penal, por hechos ocurridos al interior del Centro Semicerrado de Limache
Guillermo Felipe M.

Comentario a sentencia condenatoria por maltrato habitual, dictada por el Juzgado de Garantía de Tomé
Cristian Oróstica S.

Comentario a sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua (“Caso Gendarme”)
Carolina Suazo S.

Fallos

Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Facultad de formalizar la investigación; suspensión condicional del procedimiento
Tribunal Constitucional