



Revista Jurídica del Ministerio Público

ISSN: 0718-6479

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Nº 37 - Diciembre 2008

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

Carlos Carvajal Bustos

Iván Fuenzalida Suárez

Sandra Luco Castro

Ricardo Mestre Araneda

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: 6909293

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	Pag.
PRÓLOGO	7
 I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL	
 Artículos	
Análisis de la Ley N° 20.273. <i>Silvia Peña Wasaff</i>	11
Derogación tácita o inconstitucionalidad sobreviniente. <i>Pablo Campos Muñoz</i>	23
 Sentencia Comentada	
Requerimiento de inaplicabilidad del artículo 149 inciso 2° del Código Procesal Penal. <i>Pablo Campos Muñoz</i>	29
 Fallos	
Rechaza requerimiento de inaplicabilidad de normas que facultan a la Justicia Militar para conocer de delitos comunes cometidos por civiles. <i>Tribunal Constitucional</i>	52
 II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN	
 Artículos	
El concepto de empleado público para efectos penales. <i>Unidad Especializada Anticorrupción Fiscalía Nacional del Ministerio Público</i>	65
 Sentencias Comentadas	
Comentario a la sentencia de la Excm. Corte Suprema recaída en la causa por fraude al Estado (Codelco) seguido contra Juan Pablo Dávila y otros. <i>Roberto Morales Peña</i>	77
Condena por el delito de fraude al Fisco a empleado de Codelco. <i>Yelica Lusic Nadal</i>	86

III. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículos

Criterios contenidos en las sentencias dictadas por infracción a la Ley N° 20.000 durante los meses de octubre a diciembre de 2008. 105

Renzo Figueroa Aste

Proyecto de persecución focalizada: una respuesta del Ministerio Público al tráfico urbano de drogas. 116

Jorge Muñoz Bravo

Entregas vigiladas y controladas internacionales. 122

Carolina Zavidich Diomedi

Sentencia Comentada

Comentario a fallo del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.133-08-INA, que se pronuncia sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 61 de la Ley 20.000. 135

Ximena Marcazzolo Awad

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

Artículos

El problema del retraso mental en imputados de delitos sexuales. 163

Christian Anker Ullrich

Retractación de las víctimas de agresiones sexuales menores de edad. 185

Catalina Duque González

Sentencia Comentada

Comentario a la sentencia caso RUC 0800326904-4. 197

Corte de Apelaciones de Antofagasta

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

Artículos

La investigación patrimonial. Un enfoque metodológico. 209

Marcelo Contreras Rojas

Modificaciones a la Ley N° 17.798, sobre control de armas: algunos comentarios en torno a los proyectos de ley en actual tramitación. 217

Antonio Segovia Arancibia

Sentencias Comentadas

Deberes de autoprotección de la víctima de estafa: comentario a sentencia en caso Eurolatina, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 23 de diciembre de 2008. 231

Marcos Contreras Enos

Delitos contra la salud pública. Algunos comentarios a partir de una sentencia que condena por el delito previsto en el artículo 314 del Código Penal. 240

Manuel Zárate Campos

VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

Análisis de la conveniencia de la mediación penal en la Ley N° 20.084 de responsabilidad penal adolescente. 253

Miguel Morales Dahmen

Sistema penal y *Burnout*. El desgaste de equipos que trabajan en violencia. 257

Roberto Rodríguez Manríquez

La comisión por omisión en el maltrato habitual. 263

María José Taladriz Eguiluz

Sentencias Comentadas

Sustracción de menores, tipo penal susceptible de ser cometido por uno de los padres. 272

María Angélica San Martín Ponce

PRÓLOGO

En este último número del año 2008 queremos destacar la positiva recepción que ha tenido entre sus lectores la nueva Revista Jurídica del Ministerio Público, lo cual nos motiva a continuar en nuestro propósito de entregar una publicación de calidad.

Y es que en la nueva línea desarrollada durante el año, no sólo se han gestionado esfuerzos para alcanzar una publicación más atractiva que facilite su lectura y la búsqueda de contenidos por materias, sino, especialmente, por ofrecer material especializado desde el enfoque de las diferentes Unidades que componen la Fiscalía Nacional.

Es así como se han ido presentado interesantes y acabados estudios ligados al quehacer penal actual, ya no sólo desarrollados por abogados, sino también por otros profesionales que trabajan en el área, posibilitando la publicación de contenidos más completos e integrales que nos recuerdan que en todo proceso penal no sólo se trata de descripciones de conductas típicas que se han de considerar ilícitos. Además, porque estos aportes desde otras áreas de especialización, posibilitan un acercamiento multidisciplinario al problema de los delitos y los consiguientes procesos y personas afectadas.

En este último orden de ideas es que queremos destacar en este número el aporte de dos psicólogos y un trabajador social, quienes desde sus respectivos campos de trabajo, nos entregan novedosos y actuales análisis y datos respecto de la imputabilidad de quienes sufren algún grado de retraso mental, la conveniencia de la mediación penal cuando involucra a adolescentes, y la exposición y consiguiente riesgo de quienes trabajan con víctimas de violencia.

Desde el campo del derecho, destacan dos sentencias y un artículo que nos dan luces respecto del concepto de funcionario público para efectos de los delitos funcionarios, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial, tema de gran relevancia en la contingencia actual.

Por otra parte, importantes resultan también, entre otros, los artículos referidos a la entrega vigilada de drogas a nivel internacional, la investigación patrimonial (relacionada no sólo con los delitos propiamente patrimoniales, sino también con aquellos casos que involucran asociaciones ilícitas en general) y un análisis de la Ley N° 20.273.

En cuanto a los fallos publicados o comentados en este número, destacamos la importante presencia de decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional, comentarios a casos emblemáticos como el de Eurolatina, o referidos a delitos especiales, como lo es la sustracción de menores por parte de uno de sus padres.

SABAS CHAHUÁN SARRÁS
Fiscal Nacional

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

ANÁLISIS DE LA LEY N° 20.273

Silvia Peña Wasaff

El 28 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.273, que modifica diversas disposiciones del Código Penal y de la Ley General de Servicios Eléctricos (refundida por el D.F.L. N° 4, de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción).

Las modificaciones del Código Penal están contenidas en el art. 1° de la ley y afectan a los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y receptación (arts. 443, 447 bis y 456 bis A, respectivamente), cuando el objeto material de los mismos esté constituido por cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, gas, telefonía, agua potable, alcantarillado, colectores de aguas lluvias y otros similares.

Por su parte, el art. 2° modifica los arts. 213 y 214 de la Ley General de Servicios Eléctricos, de los cuales sólo interesa aquí el primero, pues el segundo se refiere a cuestiones administrativas.

1. Breve reseña histórica y objetivos de la ley:

La ley tiene su origen en dos mociones parlamentarias presentadas a la Cámara de Diputados a mediados de 2006 (boletines 4.266-07 y 4.267-07), que fueron tramitadas como un solo proyecto², atendido que ambas perseguían el mismo fin, cual es poner freno al explosivo aumento del robo de tapas de cauces, alcantarillado y desagües de aguas lluvias, así como de cables y otros elementos de cobre, utilizados en las redes de suministro de servicios básicos, con el consiguiente daño no sólo para la propiedad, sino también para la normalidad en la prestación de tales servicios, y los graves riesgos para la vida e integridad corporal que tales actos originan tanto para los propios hechores como para el público en general.

El texto finalmente aprobado se aparta bastante, sin embargo, de los dos proyectos iniciales, debido, principalmente, a las enmiendas efectuadas en el Senado³.

- 1 Abogada asesora, Fiscalía Nacional, Ministerio Público, Doctorada en Derecho en la Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Alemania.
- 2 Hubo también una moción presentada al Senado por el Senador Ricardo Núñez (Boletín 4.380-07), que perseguía sancionar la fundición y transformación de metales sin que se justificara su procedencia y adquisición, proyecto que fue archivado por estimarse que su contenido ya había sido incorporado al proyecto de ley conocido como “agenda corta contra la delincuencia”, finalmente aprobado como Ley 20.253.
- 3 Véanse los tres informes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

2. Modificaciones del Código Penal:

- a. *Modificaciones introducidas al robo con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público o sitios no destinados a la habitación (art. 443):*

Recordemos que el art. 443 sanciona con la misma pena que el robo en lugar no habitado el robo de cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación, delito creado por la Ley N° 11.625, de 4 de octubre de 1954, que no ha estado exento de reparos, por cuanto vino a alterar la noción de *fuerza en las cosas* correspondiente a la concepción original del Código Penal⁴, en la medida en que la fuerza no se aplica ya para ingresar al lugar en que se encuentra la cosa o para vencer resguardos interiores, sino sobre la cosa misma o sobre eventuales dispositivos de protección con que esté provista, habida cuenta de que el lugar en que se comete el robo es normalmente un lugar abierto⁵, asimilándose a la fuerza el empleo de *medios de tracción*⁶.

Por su parte, la Ley N° 18.699, de 29 de abril de 1988, le agregó a esta disposición un inciso 2°, referido específicamente a la apropiación de cables de tendido eléctrico, de telecomunicaciones o para uso ferroviario, donde se describía de manera muy pormenorizada las modalidades de comisión, en cuanto a lugares, formas de acceso e instrumentos utilizados para la sustracción⁷. Con esta nueva

4 La categoría del robo con fuerza en las cosas es una creación netamente hispana, puesto que en la tradición romano-germánica lo que caracteriza al robo es la violencia contra las personas, en tanto que la sustracción de una cosa ajena, efectuada en forma clandestina o fraudulenta, es calificada de hurto. El robo con fuerza en las cosas viene a ser una categoría intermedia, cuyo origen se encuentra en la creación medieval de los furta periculosa o hurtos peligrosos, los que aún perviven en algunas legislaciones, como la alemana y la italiana (cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, Parte especial*, 15ª ed., Madrid, Dykinson, 1992. Pág. 426. y 448 y ss.).

Esta ubicación fronteriza entre el hurto y el robo, sumada al hecho de que el concepto legal de fuerza en las cosas rebasa con mucho su sentido gramatical, plantea en algunos casos serias dificultades para delimitar el robo con fuerza en las cosas respecto del hurto, con lo cual el castigo más grave que implica la calificación del hecho como robo parece ser expresión de un puro voluntarismo.

5 Cfr. LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal, Parte Especial* (tomo II), Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 7ª ed., año 2000, pág. 209; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte Especial* (tomo III), Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 3ª ed., 1997, pág. 331-332; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte Especial* (tomo IV), Santiago, Edit. Jurídica de Chile, año 2000, págs. 235 y ss.; POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean-Pierre - RAMÍREZ, Mª Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte Especial*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2004, págs. 336-337.

6 Lo que se explica, porque la finalidad perseguida con la creación de este nuevo tipo penal era la represión de la sustracción de vehículos motorizados estacionados en la vía pública.

7 El tenor de este inciso es el siguiente:

“Se sancionará igualmente con la pena del artículo anterior al que se apropiare de alambres de tendido eléctrico, cables de los servicios telefónicos, telegráficos, de radiocomunicaciones o de televisión, o alambres de electricidad o comunicaciones de las empresas de ferrocarriles,

variante del robo con fuerza en las cosas, el concepto de fuerza se amplía aún más, puesto que la misma puede consistir en *escalar* las torres, pilares o postes que soportan los cables, y en *extraer* los alambres en cualquier forma, utilizando instrumentos idóneos para cortar. Su inclusión entre los delitos de robo resulta, entonces, bastante forzada y se explica sólo por la intención del legislador de sustraer este delito de la baja penalidad del hurto, dado el escaso valor de la cosa hurtada, en atención a que el daño causado con la sustracción de los elementos en cuestión, afecta la normalidad en el suministro de servicios básicos⁸.

Pues bien, la Ley 20.273 reemplaza el art. 443 por el siguiente:

“Artículo 443. Con la misma pena señalada en el artículo anterior se castigará el robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitio no destinado a la habitación si el autor hace uso de llaves falsas o verdaderas que se hayan sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes o si se procede, mediante fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección o si se utilizan medios de tracción.

Si con ocasión de alguna de las conductas señaladas en el inciso anterior, se produce la interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, la pena se aplicará en su grado máximo”.

Como puede apreciarse, la modificación dejó prácticamente igual el inciso 1°, limitándose a retocar ligeramente la redacción⁹, al tiempo que eliminó en el inciso 2° toda referencia a la apropiación de alambres de tendido eléctrico y demás elementos que mencionaba el texto anterior, haciéndose eco, quizás, de las críticas formuladas por BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, en el sentido de que la referencia expresa a esta variante del delito en cuestión sería superflua¹⁰. En su

escalando para ello las torres, pilares o postes en que los alambres o cables estén instalados, ya sea que se ingrese o no a los recintos cerrados o cercados donde se encuentren emplazadas dichas torres, pilares o postes, o extrayéndolos en cualquiera forma de su lugar de instalación, sea que se trate de redes subterráneas, subacuáticas o aéreas, mediante el uso de alicates, cortafíos o, en general, cualquier otro instrumento o elemento idóneo para cortar alambres o cables”.

8 Cfr. ETCHEBERRY, op. y loc. cit; GARRIDO MONTT, op. y loc. cit; BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, en “Análisis del proyecto de ley que modifica el Código Penal en lo referente a delitos de elementos constitutivos de redes de servicios de suministro público o domiciliario como robo con fuerza en las cosas”, artículo publicado el 22 de agosto de 2007 en Microjuris, sección Doctrina, bajo el código MJD165.

9 Es una lástima que se haya desaprovechado la oportunidad de modificar esta disposición, destinada originalmente a reprimir en forma más rigurosa la sustracción de vehículos motorizados, pero que hoy resulta no sólo inadecuada, sino también insuficiente, ya que deja fuera los casos en que el hecho no se comete en la vía pública o terrenos abiertos, sino en un recinto cerrado, como un edificio de estacionamientos o un centro comercial.

10 El razonamiento del citado autor para llegar a tal conclusión es que si la pertenencia de los cables a una red de tendido eléctrico constituye por sí misma un dispositivo de protección,

reemplazo se establece una figura agravada para el caso de que la apropiación de una especie cualquiera, cometida en las circunstancias que señala el inciso 1°, *acarree la interrupción o interferencia en el suministro de un servicio público o domiciliario*¹¹. En esta clase de servicios la ley comprende los de electricidad, gas, agua potable, alcantarillado, colectores de aguas lluvias y telefonía, lo que no excluye que pueda haber otros, pues la enumeración va precedida de la expresión “tales como”, lo que denota su carácter no taxativo.

En relación con el objeto material del delito, una primera observación que nos merece esta modificación es la absoluta falta de concordancia que existe entre la rúbrica de la ley -donde se menciona el robo de cables eléctricos y tapas de cauces- con el texto finalmente aprobado, que no los menciona en parte alguna, con lo cual, el objeto material del delito puede ser cualquier cosa, a condición de que su apropiación traiga aparejada la interrupción o interferencia en el suministro de alguno de los servicios públicos o domiciliarios que menciona la ley u otro similar. Al respecto debe tenerse presente que la sustracción de tapas de cauces de la red de agua potable y alcantarillado o de colectores de aguas lluvias no tiene efecto alguno sobre el suministro de tales servicios, sino que afecta solamente la propiedad y la seguridad de las personas, por el riesgo de caídas.

Asimismo, dado que el lugar de comisión del delito es un elemento constitutivo del tipo, el mismo sólo se configura si se comete en un bien nacional de uso público¹² o en sitios no destinados a la habitación, entendiéndose por tales los terrenos baldíos o sitios eriazos, aunque estén provistos de cercas u otro tipo de cierres¹³. De ahí que la sustracción de objetos que forman parte de redes¹⁴ de suministro de un servicio básico, pero que se encuentran en un inmueble de propiedad privada, como es el caso de los medidores de agua potable, no queda cubierto por la nueva disposición, aun cuando su sustracción deje al afectado sin abastecimiento de agua potable.

entonces, basta con la descripción contenida en el inciso 1°, que contempla expresamente tales dispositivos (cfr. op. cit., II, 2).

- 11 La caracterización de tales servicios como *servicio público o domiciliario* no es muy acertada debido a su gran equivocidad, puesto que la primera expresión designa cada una de las dependencias en que se divide la Administración Pública para la satisfacción de necesidades colectivas específicas, tales como los servicios de correos, transporte público, alumbrado público, etc. Por su parte, la expresión *domiciliario* deja fuera servicios que benefician a toda la comunidad, verbigracia, la canalización de las aguas lluvias o el alumbrado público. Por eso estimamos preferible hablar de *suministro de servicios básicos*.
- 12 Definidos por el art. 589 del Código Civil como aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación, y su uso a todos los habitantes de la misma, tales como calles, plazas, puentes y caminos, además del mar adyacente y sus playas.
- 13 Así, ETCHEBERRY, op. cit. pág. 321; GARRIDO MONTT, op. cit., pág. 236; POLITOFF-MATUS-RAMÍREZ, op. cit., pág. 337.
- 14 Entendiendo por tales un “conjunto de elementos organizados para determinado fin” (Diccionario de la Real Academia Española, 22ª ed.).

En lo que atañe a los servicios públicos abarcados por la norma, se plantea si incluye también el transporte público, en la medida que la fuente de energía que utilice sea la electricidad o que requiera de algún sistema de telecomunicaciones para su adecuado funcionamiento. Pensamos que no hay ninguna razón para considerarlo excluido, en atención a la indiscutible naturaleza de servicio público que tiene el transporte público, así como los amplios términos en que quedó formulada la norma¹⁵.

Otra incongruencia que se produce es que, como la disposición fue pensada originalmente para la sustracción de vehículos estacionados en la vía pública, las modalidades de comisión que menciona el inciso primero resultan completamente fuera de lugar en relación con cosas que forman parte de redes de suministro de servicios básicos, ya que para sustraer cables del tendido eléctrico o tapas de cauces no cabe el empleo de llaves falsas ni la fractura de puertas, vidrios o candados, ni tampoco los medios de tracción, y otro tanto puede decirse con respecto a dispositivos especiales de protección. De ahí que la conducta a que se refiere el inciso segundo quede fuera del concepto legal de fuerza en las cosas¹⁶, puesto que, como ya dijimos, lo que convierte en robo la sustracción de una cosa mueble no es el empleo de una fuerza cualquiera, sino sólo de aquellas especialmente descritas en los respectivos tipos legales¹⁷.

Por último, la modificación que comentamos trae consigo otra anomalía sistemática, ya que cuando el objeto material del robo es un vehículo, la pena puede aumentarse en un grado en virtud de lo que dispone el art. 449¹⁸, mientras que si se trata de cosas cuya sustracción produzca la interrupción o interferencia en el suministro de servicios básicos, se aplica la regla prevista en el inciso segundo del art. 443, que limita el marco penal a su tramo más alto, quedando, así, en *presidio menor en su grado máximo*. En los restantes casos, o sea, cuando la especie sustraída no sea un vehículo ni algún elemento de una red de suministro de servicios básicos, se aplica la pena básica con que se conmina esta especie particular de robo (*presidio menor en sus grados medio a máximo*). En otras palabras, esta variante del robo con fuerza en las cosas, supuestamente definida en función del lugar en que se comete y las modalidades que reviste la fuerza,

15 Al respecto conviene tener presente que el art. 118 de la Ley General de Ferrocarriles sanciona al que intencionalmente corte los cables conductores de electricidad que alimentan el servicio de ferrocarriles, sin la intención de apropiarse de ellos, sino que para interrumpir la comunicación por este medio de transporte.

16 En el mismo sentido, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, op. cit., II, 3.

17 ETCHEBERRY hace ver que el apoderamiento de un objeto material supone siempre aplicar una cierta energía física, por lo que, si se entendiera de ese modo la fuerza en las cosas, toda sustracción de cosa ajena sería constitutiva de robo (op. cit., pág. 316).

18 En nuestra opinión, ambas disposiciones son perfectamente compatibles entre sí, puesto que, como bien señala ETCHEBERRY (op. cit. pág. 356), el inciso primero del art. 443 no se refiere específicamente a vehículos, sino a cualquier cosa que se encuentre en bienes nacionales de uso público o sitios no destinados a la habitación, en tanto que el art. 449 se aplica específicamente al hurto o robo de vehículos, dondequiera que ellos se encuentren.

puede tener tres penalidades distintas, según cual sea el objeto material del delito, no obstante que una de las notas que distinguen al robo del hurto es que en el primero la pena no depende de la entidad de la cosa sustraída.

Pero lo que resulta verdaderamente paradójico es que la modificación del art. 443 está muy lejos de llenar las expectativas de los legisladores, dado que sus posibilidades de aplicación son prácticamente nulas, según veremos en el acápite siguiente.

b. Modificaciones introducidas al delito de hurto (art. 447 bis):

La ley que comentamos introdujo un nuevo art. 447 bis, con el siguiente contenido:

“Artículo 447 bis. El hurto de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo.

Si con ocasión de alguna de las conductas señaladas en este artículo se produce la interrupción o interferencia el servicio, la pena se aplicará en su grado máximo”.

De la simple lectura del texto transcrito se concluye que resulta prácticamente imposible delimitar este nuevo tipo penal de la figura de robo analizada más arriba, puesto que, al no ser aplicables a las cosas que forman parte de redes de suministro de servicios básicos las especies de fuerza que menciona el art. 443, la sustracción no violenta de ellas sólo puede ser constitutiva de hurto, delito que el art. 432 define negativamente, como figura supletoria del robo, en caso de que no concurren los elementos que caracterizan a este último delito en cualquiera de sus variantes.

Por lo demás, que la conducta en cuestión pueda calificarse de robo o de hurto no pasa de ser un dato puramente anecdótico, atendido que en este caso las penas de uno y otro delito son exactamente las mismas, lo que viene a subvertir completamente el sistema que consagra el código en materia de delitos contra la propiedad, conforme al cual el robo es siempre un delito más grave que el hurto. De ahí que, en nuestra opinión, la figura de robo resulte completamente superflua, ya que la conducta en cuestión siempre habrá de reconducirse al hurto del art. 447 bis¹⁹.

Pero también la nueva figura de hurto resulta del todo asistemática, dado que la pena no se gradúa en relación con el valor de la cosa hurtada, sino que se prevé una pena única, del mismo modo como ocurre en el robo²⁰. La única diferencia -más bien teórica que real- estriba en que el art. 447 bis contiene una figura básica (conminada con presidio menor en sus grados medio a máximo) referida específicamente a cosas que formen parte de redes de suministro de servicios

19 Es la misma tendencia que se observa en legislaciones extranjeras como la española (art. 235. 2), italiana (art. 625. 7) y colombiana (art. 58. 1), entre otras.

20 Una razón más para sostener que la ley que comentamos hace tabla rasa de las diferencias que separan al hurto del robo.

públicos o domiciliarios, mientras que en el art. 443, inciso primero, la pena es la misma, pero referida a la sustracción de cualquier objeto que se encuentre en un bien nacional de uso público o sitio no destinado a la habitación. En ambos casos se aplicará el grado máximo de la pena si, con ocasión de alguna de las conductas que las respectivas disposiciones describen, se produce la interrupción o interferencia en el suministro del servicio público de que se trate. Decimos que la diferencia es más bien teórica, tanto porque normalmente los referidos objetos se hallan en alguno de los lugares que señala el art. 443, como también porque, salvo casos excepcionales como el de las tapas de cauces de alcantarillado, en la mayoría de los casos la sustracción de algún elemento de una red de servicios básicos traerá consigo la interrupción o perturbación en el suministro del respectivo servicio, lo que obligará a aplicar la pena en su grado máximo²¹.

Sin desconocer que con ello se quiere estatuir una pena ejemplarizadora para poner atajo a un delito que se ha hecho muy común en los últimos tiempos, la pena nos parece excesiva y desproporcionada en relación con el bien jurídico protegido²², sobre todo si se tiene en cuenta que es la misma con que se conmina el homicidio en riña y el secuestro, lo que demuestra, una vez más, la sobrevaloración que nuestro ordenamiento penal asigna a la propiedad privada²³.

c. Modificaciones introducidas al delito de receptación (art. 456 bis A):

Recordemos que el delito de receptación ya había sido modificado recientemente por la Ley N° 20.253, que amplió la gama de delitos que pueden servir de base a la receptación, incorporando la propia receptación y la apropiación indebida,

21 Durante la discusión de la ley, especialmente en la Cámara de Diputados, se hizo gran caudal de la inconveniencia de agravar la pena por la interrupción del suministro, en circunstancias que lo que el delincuente persigue es sólo apropiarse de los elementos que sustrae para obtener un lucro, de manera que no quedaría cubierta por el dolo. En mi opinión, se trata de un clarísimo caso de dolo indirecto o de consecuencias necesarias, porque nadie con un coeficiente normal de inteligencia puede ignorar que la sustracción de cables u otros elementos integrantes de una red de suministro de servicios básicos, acarrea la interrupción o una perturbación importante del mismo servicio.

Cabe hacer notar que en otros países el entorpecimiento en el suministro de un servicio básico se castiga como delito independiente; así, por ejemplo, en Argentina (art. 194 del Código Penal).

En Chile, Bascuñán Rodríguez es de opinión de que, si lo que se quiere proteger es el normal funcionamiento de las redes de suministro de servicios básicos, entonces se debería castigar no sólo los delitos de apoderamiento -hurto y robo- de sus elementos integrantes, sino también los daños (cfr. op. cit., IV, d.), punto de vista que nos parece muy razonable.

22 En el mismo sentido apunta la crítica de Guzmán Dálbora, José Luis, en su artículo "Luz y sombras en 'la nueva' disciplina de la receptación en el Código Penal chileno", publicado en Gaceta Jurídica, N° 188 (1996), págs. 73-87.

23 En el Derecho español la pena de este delito va de uno a tres años.

incluyendo, además, entre las conductas típicas el transporte y la transformación de las cosas que han sido objeto del delito previo²⁴.

La ley que ahora comentamos agrega nuevas modificaciones a las ya mencionadas, reemplazando el inciso 3° del art. 456 bis A por los dos que transcribimos a continuación²⁵:

“Cuando el objeto de la receptación sean cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales. La sentencia condenatoria por delitos de este inciso dispondrá el comiso de los instrumentos, herramientas o medios empleados para cometerlos o para transformar o transportar los elementos sustraídos. Si dichos elementos son almacenados, ocultados o transformados en algún establecimiento de comercio con conocimiento del dueño o administrador, se podrá decretar, además, la clausura definitiva de dicho establecimiento, oficiándose a la autoridad competente.

Se impondrá el grado máximo de la pena establecida en el inciso primero, cuando el autor haya incurrido en reiteración de esos hechos o sea reincidente en ellos. En los casos de reiteración o reincidencia en la receptación de los objetos señalados en el inciso precedente, se aplicará la pena privativa de libertad allí establecida, aumentada en un grado”.

El sentido de estas modificaciones es el siguiente:

En primer lugar, se crea un tipo calificado de receptación de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, los que se ejemplifican de la misma manera que en las disposiciones ya comentadas. Al igual que la pena básica que señala el inciso primero, la pena de esta figura calificada es copulativa, pues comprende una pena privativa de libertad -presidio menor en su grado máximo-, y una pena de multa, que oscila entre 5 y veinte UTM. Sin embargo, la única pena agravada es la privativa de libertad, porque, en cuanto a la pecuniaria, ésta resulta curiosamente más baja que la de la figura básica, ya que el límite superior de la misma ahora es de 100 UTM, en virtud de la modificación efectuada por la Ley 20.253²⁶.

24 Remitimos a nuestro comentario sobre la ley en cuestión, publicado en el N° 36 de esta misma revista.

25 En el texto aprobado por la Cámara de Diputados estas modificaciones formaban parte del texto propuesto para el art. 443, pero en el Senado se optó por trasladarlas al art. 456 bis A.

26 Cabe preguntarse si esta diferencia es deliberada o se debe, simplemente, al hecho de que los legisladores no advirtieron el cambio experimentado por la pena pecuniaria del delito en cuestión en virtud de la citada ley.

En caso de reiteración o reincidencia, la pena aumenta en un grado²⁷, o sea, presidio mayor en su grado mínimo, lo que convierte la receptación de los objetos en cuestión en un crimen. Con ello, la pena del receptor de estas especies resulta considerablemente más alta que la del autor del delito-base, rompiendo así con un principio en materia de receptación, cual es que la pena no puede exceder de aquella que corresponde al delito-base²⁸, máxime si se tiene en cuenta que en el origen de la receptación está el encubrimiento²⁹, esto es, una forma de participar en el delito de otro, que constituye el hecho principal. En tales circunstancias, al receptor le sale más a cuenta cometer él mismo el robo o el hurto que comerciar con el fruto de esos delitos.

Además, hay una innecesaria referencia a la pena de comiso, incluso mal redactada, puesto que, habiéndose ampliado las conductas constitutivas de receptación al transporte y transformación de las especies provenientes de un delito previo, los instrumentos, herramientas o medios empleados para realizar dichas acciones son, al mismo tiempo, medios empleados en la comisión o ejecución de la propia receptación, por lo que quedan cubiertos por la disposición general del art. 31, que establece el comiso como pena accesoria de todo crimen o simple delito.

Una segunda pena accesoria -meramente facultativa, esta vez- es la clausura del establecimiento comercial donde se hayan almacenado, ocultado o transformado las especies mal habidas, la cual se impone al dueño o administrador del mismo establecimiento, que haya tenido conocimiento de tales hechos. Llama la atención que la norma señale derechamente la clausura definitiva del establecimiento sin aludir a una clausura temporal previa³⁰, como ocurre, por ejemplo, en la Ley de Alcoholes, que en su art. 42 establece la misma pena, pero en forma gradual. Lo que se castiga en este caso es una conducta de complicidad, tipificada como delito independiente.

En cuanto a los efectos prácticos que cabe esperar de estas modificaciones, pensamos que no serán significativos si se sigue aceptando sólo la comisión con dolo directo, al exigirse un conocimiento acabado del delito previo, no obstante que la expresión que emplea el art. 456 bis A “o no pudiendo menos que conocerlo” puede interpretarse en el sentido de que basta con el dolo eventual³¹. Pero

27 Recuérdese que reiteración y reincidencia son cosas distintas, y que a su respecto la ley prevé reglas generales sobre la forma de determinar la pena en cada caso (art. 351 del CPP y 74 y 92 del CP). Sin embargo, la modificación que analizamos aquí establece una regla especial y unitaria para ambas situaciones.

28 Principio consagrado legislativamente en el código argentino (art. 279), el francés (art. 321-4), el español (art. 298. 3) y el suizo (art. 160), entre otros.

29 Bajo la modalidad del art. 17, N° 1, así como la del antiguo art. 454. Sobre este punto puede verse Etcheberry, op. cit., pág. 360; Garrido Montt, op. cit., pág. 266-267; Politoff-Matus-Ramírez, op. cit., pág. 367.

30 Contemplan alternativamente ambas posibilidades el código francés (art. 321-19, N° 3) y el español (art. 301).

31 Interesa destacar que tanto para la doctrina como la jurisprudencia alemanas no es necesario que el receptor conozca en todos sus detalles el delito previo ni tampoco que sepa de

también conspira contra la aplicación efectiva de la norma modificada por parte de los tribunales, la desproporcionada cuantía de la pena privativa de libertad. Por otra parte, el bajo monto de la pena pecuniaria al que nos referimos más arriba incide en un escaso efecto disuasivo de la misma.

3) Modificaciones penales de la Ley de Servicios Eléctricos (D.F.L. Nº 4, de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción):

Esta ley contemplaba en su art. 213 un delito específico que sancionaba al que intencionalmente cortara los conductores de electricidad, arrancara o destruyera postes o ejecutara cualquier otro acto con el fin de interrumpir un servicio que utilice energía eléctrica. La pena asignada a este delito era reclusión menor en su grado mínimo, siempre que no ocasionara otros males. Pero si el hecho ocasionaba algún accidente, o si a consecuencia del mismo resultaban lesiones o la muerte de alguna persona, la pena aumentaba un grado en cada caso, pudiendo llegar hasta presidio mayor en su grado mínimo.

Dado que los nuevos tipos penales de los arts. 443 y 447 bis, incorporados al Código Penal por la ley que comentamos, podrían originar problemas concursales con el mencionado delito del art. 213 de la Ley de Servicios Eléctricos, se estimó necesario armonizar ambos cuerpos legales, tanto en cuanto a las acciones punibles como también respecto a las sanciones aplicables en uno y otro caso, reemplazando, en lo que aquí interesa, el art. 213, por el que sigue:

“Artículo 213. El que maliciosamente realice un acto que interrumpa el servicio eléctrico, que no esté contemplado en los artículos 443 o 447 bis del Código Penal, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo.

Si a consecuencia de ese acto se producen daños materiales o lesiones leves o menos graves, la pena será de reclusión menor en su grado medio y si se ocasionan lesiones graves de las establecidas en el número 2° del artículo 397 del Código Penal, la pena será reclusión menor en su grado máximo.

Si se ocasionan algunas de las lesiones indicadas en el número 1° del artículo 397 del Código Penal o la muerte de una persona, se impondrá la pena de reclusión mayor en su grado mínimo.

Lo establecido en el presente artículo no se aplicará a las suspensiones de suministro efectuadas por agentes de las empresas distribuidoras de electricidad y que excedan

qué delito en particular se trata, sino que basta que “suponga que la cosa ha sido obtenida mediante algún hecho punible contra la propiedad” (Esser, Albin, *Strafrecht IV*, 3ª ed., Munich, C.H. Beck, 1979, pág. 207). En el mismo sentido, Stree, Walter, quien agrega que tampoco es necesario que sepa quién cometió el delito previo (en *Strafgesetzbuch Kommentar, begründet von Adolf Schönke y Horst Schröder*, 20ª ed. Munich, C.H. Beck, 1980, pág. 1.638).

En Chile aceptan la posibilidad del dolo eventual Politoff-Matus-Ramírez, op. cit., pág. 368, y Guzmán Dálbora, op. cit., pág. 83.

el máximo permitido por la ley y los reglamentos, las que serán sancionadas administrativamente, conforme a las respectivas disposiciones legales y reglamentarias. Tampoco tendrá lugar lo previsto en este artículo si el hecho constituye otro delito que merezca una pena mayor”.

El nuevo delito que tipifica el citado art. 213 es subsidiario de los delitos de robo y hurto previstos en los arts. 443 y 447 bis del Código Penal, respectivamente. Esto significa que no ha de tratarse de un acto de apropiación de alguna cosa que forme parte de la red de suministro de energía eléctrica. Pero aparte de esta caracterización negativa, la ley no describe la acción típica en sí misma, sino sólo por sus resultados: interrumpir el servicio eléctrico, por lo que, en principio, podría ser cualquiera. Sin embargo, si se tratase de un acto de sabotaje o persiguiera una finalidad de alterar el orden público, el hecho sería constitutivo del delito que sanciona el art. 6, letra c), de la Ley de Seguridad Interior del Estado, que, en lo pertinente, sanciona a los que “inciten, promuevan o fomenten, o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen, paralícen, interrumpan o dañen las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública”. Con ello se estrechan aún más las posibilidades de aplicación del delito que comentamos, que tampoco admite comisión culposa. En consecuencia, sólo cabe el acto intencional que sea apto para interrumpir el suministro de energía eléctrica³²⁻³³. La pena correspondiente al tipo básico es reclusión menor en su grado mínimo.

Si a consecuencia del acto tendiente a interrumpir el servicio eléctrico se producen, además, daños materiales, lesiones corporales o la muerte de una persona, la pena se gradúa proporcionalmente al mal causado: reclusión menor en su grado medio, en el caso de daños o de lesiones leves o menos graves; reclusión menor en su grado máximo, en el caso de lesiones simplemente graves, y reclusión mayor en su grado mínimo, en caso de lesiones gravísimas o muerte, de manera similar a como lo hace la Ley del Tránsito al regular la pena de los delitos de conducción en estado de ebriedad en su art. 196 E.

Si se comparan estas penas con las de los delitos de robo, hurto y receptación de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios básicos, analizados más arriba, podemos observar que son bastante más bajas, no obstante que los

32 Resulta difícil imaginar una acción de esta naturaleza que no cause, al mismo tiempo, algún daño en las instalaciones físicas de la red de distribución eléctrica. Los únicos ejemplos que se nos ocurren son que una persona no autorizada accione el conmutador para cortar el suministro a toda una zona o región del país, o bien ataque los sistemas informáticos que intervienen en las operaciones de distribución o suministro de energía eléctrica.

33 Por la forma como está redactado el tipo no queda claro si la aptitud del acto para provocar una interrupción del servicio debe estar abarcada también por el dolo. Entendemos que sí por la precisión que hizo la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el sentido de que, en el caso de las figuras agravadas previstas en los incisos segundo y tercero, no es óbice para el castigo que el hechor no haya querido provocar el accidente que se produzca como resultado ulterior de la conducta, de donde puede colegirse que este es el único resultado que escapa a la exigencia de intencionalidad.

bienes jurídicos afectados adicionalmente al de la normalidad en el suministro de tales servicios -que es común a ambas categorías de delitos- son la vida y la integridad corporal o la salud, mientras que en el hurto y en el robo, es sólo la propiedad, de jerarquía indudablemente inferior. Pero esto no viene sino a confirmar la gran asimetría que existe en el ordenamiento penal chileno entre la entidad valorativa de los bienes jurídicamente protegidos y las penas con que se conminan los ataques a los mismos.

DEROGACIÓN TÁCITA O INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE

Pablo Campos Muñoz¹

El día 26 de noviembre de 2008², la Sala Penal de la Corte Suprema se pronunció sobre un recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público, en el cual se invocó la causal del artículo 373 letra b), en relación al 376 inciso 3°, ambos del Código Procesal Penal, mediante el cual se impugnaba la decisión del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó que se negó a dar aplicación al artículo 450 inciso 1° del Código Penal en una causa seguida por el delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación.

Considerando que la discusión acerca de la constitucionalidad del mencionado artículo 450 inciso 1° del Código Penal ya ha sido resuelta en varias oportunidades tanto por la Corte Suprema, conociendo de recursos de nulidad, como por el Tribunal Constitucional en sede de requerimientos de inaplicabilidad³, sobre este fallo en particular cabe mencionar que se acogió el recurso de nulidad, estimándose que al haberse negado dar aplicación a la norma cuestionada, se incurrió en errónea aplicación del derecho.

Sin embargo, más allá del resultado del recurso de nulidad en cuestión y de la decisión ya constante de aplicar una vez más el artículo 450 inciso 1° del Código Penal, a nuestro juicio resulta importante destacar la controversia jurídica que se devela ya entre los votos de mayoría, la prevención y el voto de minoría de este fallo, relativa a las facultades de los tribunales ordinarios en relación a la posibilidad de dejar de aplicar una norma por entender que ha sido derogada tácitamente por la Constitución Política de la República.

Más relevante resulta referirnos a este tema si consideramos una reciente sentencia del Tribunal Constitucional dictada al fallar un requerimiento de inaplicabilidad de diversas normas del Decreto Ley N° 2.695 de 1979⁴, en la que esta cuestión es materia de análisis tanto en la decisión de mayoría como en sendas prevenciones.

En cuanto al fallo dictado por la Corte Suprema, cabe hacer presente que el texto del mismo no figura en el Sistema de Consultas de la Página WEB del Poder Judicial. Dada su extensión, no es posible transcribirlo íntegramente

- 1 Abogado Jefe de la Unidad de Recursos Procesales y Jurisprudencia, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Suprema en recurso de nulidad ingreso N° 5420 – 2008, deducido en causa RUC N° 0800278728-9 seguida ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó.
- 3 Ver Revista Jurídica del Ministerio Público N° 34, pp. 11 y siguientes.
- 4 Requerimiento de inaplicabilidad formulado por don Fernando Valenzuela Undurraga, en relación con los artículos 2, 11, 15, 16, 19, 26 y 29 del Decreto Ley N° 2.695 de 1979. Rol de ingreso del Tribunal Constitucional N° 991.

en este artículo, pero citaremos aquellos párrafos que consideramos relevantes para estos efectos.

Ya en el voto de mayoría y respondiendo a una de las cuestiones planteadas por los intervinientes, se señala en el considerando cuarto: *“Que, antes de resolver el punto de derecho específico promovido, es previo decidir acerca de la cuestionada competencia de los jueces del fondo para concluir la derogación tácita del artículo 450 inciso 1° del Código Penal, al estimarlo contrario a los principios constitucionales.*

Para esta Corte, en términos generales, incumbe a todo Juez de la República la aplicación del ordenamiento jurídico a los casos concretos sometidos a su decisión.

La integridad y coherencia de dicho sistema de normas obliga al juzgador a elegir la norma o grupo de normas precisas que utilizará y el sentido de las mismas. En el ejercicio de esa labor intelectual de selección e interpretación puede identificar reglas jurídicas que contienen sentidos opuestos, e incluso reglas jurídicas que se oponen a sendos principios rectores del sistema jurídico. Pues bien, la solución de tales conflictos de normas es también objeto del juzgamiento.

No se discute, en la doctrina constitucional, que los jueces del fondo tengan facultades para interpretar las reglas legales conforme a la Constitución, así como tampoco la utilización de las normas constitucionales de un modo directo para la solución del conflicto específico y, en ambos casos, el juez ha debido interpretar la Constitución.

Del mismo modo, es de competencia de los jueces del fondo el determinar la vigencia de una regla jurídica, ante la existencia de normas posteriores de contenido opuesto, sea que esa norma posterior tenga rango legal o constitucional. No altera el aserto precedente la modificación de nuestra Carta Fundamental, efectuada con ocasión de la Ley N° 20.050 de 25 de agosto de 2005. En efecto, el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución Política de la República no prohíbe una actuación de esa índole y sólo contiene una facultad para el juez que conoce del asunto, en el sentido de elevar la consulta al Tribunal Constitucional, en caso de duda relativa a la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución.

En consecuencia, los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó si no tuvieron dudas acerca de la existencia de una antinomia, han actuado dentro de la esfera de sus competencias al proceder en la forma cuestionada por el recurso.”

Como se puede observar de la lectura de este considerando transcrito, en forma explícita se señala que los jueces tienen la facultad de determinar qué normas aplican para resolver un conflicto jurídico y para ello pueden considerar si normas posteriores ya sea de igual o superior jerarquía tienen un contenido opuesto.

Se agrega además que no obsta a ello la facultad que actualmente tienen los jueces de dirigirse al Tribunal Constitucional para deducir requerimientos de inaplicabilidad de dichas normas, toda vez que se entiende que aquello es precisamente una facultad que les confiere la Carta Fundamental, pero que en ningún caso implica una prohibición que les inhiba de decidir dejar de aplicar una norma, cuando ha sido derogada por otra posterior, aunque como se ha señalado, esta última sea de mayor rango.

En su prevención el Abogado Integrante señor Domingo Hernández Emparanza, desde la perspectiva del control de constitucionalidad concentrado, manifiesta que no comparte lo señalado. Al efecto asevera en primer lugar que en realidad

no se está frente a un caso de derogación tácita sino que frente a uno de “inconstitucionalidad sobrevenida”. Agrega que la doctrina del monismo jurídico postula que no puede haber colisión de normas de distinto rango, de modo tal que si están en conflicto, debe preferirse a la de rango superior, sin importar la época en que haya entrado en vigencia. Concluye señalando que en un sistema de control concentrado de constitucionalidad, es el Tribunal Constitucional el llamado a resolver dicha confrontación de normas.

Finalmente señala en el motivo 5° de su voto que *“De este modo, interpretar la disposición del artículo 93, inciso 11°, de la citada Carta en el sentido de que allí se habilita al juez que conoce de la cuestión de fondo para plantear, a su arbitrio, la inconstitucionalidad sobrevenida ante el Tribunal Constitucional o resolverla directamente, en ejercicio de la función jurisdiccional de interpretar y aplicar el derecho, que le concierne a cualquier tribunal de la República, implica – en opinión de este juez – desconocer el carácter concentrado de nuestro régimen constitucional y, consecuentemente, inhibir la exclusiva competencia de dicho órgano para resolver todo conflicto entre normas de rango superior y otras infraconstitucionales, introduciendo con ello un arbitrario distingo entre preceptos anteriores y posteriores a la Constitución, que es del todo inaceptable”*.

Por su parte, en un extenso y fundado voto de minoría, el Ministro señor Sergio Muñoz Gajardo, quien estuvo por rechazar el recurso de nulidad, postula una tesis similar a la de la decisión de mayoría en cuanto a la facultad de los jueces para analizar la aplicación de las normas jurídicas, pero se basa en fundamentos distintos.

Así, comienza por aseverar que la expresión “errónea aplicación del derecho” contenida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, al hacer referencia al vocablo “derecho”, *“ha tenido por objeto ampliar las Fuentes del Derecho que son parámetro de control de la actividad jurisdiccional, aspecto que resulta más evidente conforme a una interpretación armónica y sistémica con la causal prevista en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, puesto que de esta forma guardan perfecta correspondencia ambas causales. Es así que se torna relativa la importancia de la jerarquía y naturaleza de las Fuentes del Derecho que se afecten, incorporando sin duda el ordenamiento nacional e internacional, como los principios generales del derecho. En lo que se refiere al ordenamiento interno se encontrará incorporado el sustento constitucional y legal, puesto que en ellos queda radicado el principio de legalidad. Ya no es posible reducir la identificación entre derecho y ley, visión positivista que ha costado tanto remontar a nuestra cultura nacional”* (Motivo 2° del voto de minoría).

Prosigue luego con una exhaustiva revisión histórica de la normativa constitucional, para en definitiva concluir con esto que los jueces no pueden limitarse a confrontar las normas que deben aplicar sólo con otras del mismo rango, sino que deben hacerlo relacionándolas con el ordenamiento jurídico nacional e internacional y también con la Constitución Política de la República, la que se debe *“tener en cuenta ... como marco de comparación para examinar la concurrencia del “error de derecho” propuesto; Carta Fundamental que debe considerarse tanto en su sentido formal como material, con todos los principios, valores y derechos que se*

desprenden de una correcta interpretación sistemática e integral, según el desarrollo de la consciencia de la sociedad” (Motivación tercera del voto de minoría).

Prosigue el disidente, haciendo referencia a la historia del establecimiento de la Ley de Reforma Constitucional que entró en vigencia en 2005, en la cual, según señala, se discutió excluir a los tribunales de la facultad de resolver sobre la derogación de los preceptos legales al constar la contradicción expresa de normas legales pretéritas respecto de una norma constitucional posterior. Agrega que sin embargo, esas discusiones no quedaron plasmadas en el texto final de la ley, lo que a su juicio constituye un argumento más para abonar su tesis.

Luego se refiere a fallos del Tribunal Constitucional en que pronunciándose acerca de la eventual inaplicabilidad del artículo 450 inciso 1° del Código Penal, se alude a sentencias dictadas sobre la misma materia por la Corte Suprema e inclusive por Cortes de Apelaciones, concluye que con tales referencias, si bien no importa compartir sus argumentaciones, se le otorga legitimidad a su actividad, puesto que se la estima digna de ser considerada para asumir luego la función de desvirtuar sus planteamientos (Motivo 9°).

Finalmente hace referencia a la situación producida con el artículo 116 del Código Tributario, luego de haber sido declarado inconstitucional, y lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el sentido que ya no le era posible entrar a conocer de requerimientos de inaplicabilidad de una norma que ya estaba derogada, a consecuencia de lo cual la Tercera Sala de la Corte Suprema debió pronunciarse sobre el particular. Estima que ello constituye un argumento más en apoyo de la posibilidad de que los tribunales ordinarios se pronuncien sobre la derogación de una norma jurídica (Motivo 11° del voto de minoría).

El Ministro Sr. Muñoz señala además que de seguirse el predicamento de que los jueces no tienen dicha facultad de determinar la derogación tácita, los principios de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución al caso concreto se verían seriamente resentidos y con ello bases del sistema de pesos y contrapesos que existen al interior del Estado, todos los cuales buscan y reclaman mantener la dignidad de la persona humana (Motivo 6° del aludido voto de minoría).

Con el fallo dictado por el Tribunal Constitucional el día 29 de enero de 2009⁵ y al que ya hicimos referencia anteriormente, queda en claro que este no es un asunto pacífico y por el contrario, de seguro dará lugar a un interesante debate como el que ya se está verificando.

En efecto, una de las partes interesadas en el juicio en el cual se intentaba impedir la aplicación de normas del Decreto Ley N° 2695, oponiéndose a ello, señaló que el mismo requerimiento ya aseveraba que aquellas normas estaban derogadas por la Carta Fundamental, lo que en definitiva llevaba a que el Tribunal Constitucional carecería de atribuciones para conocer y resolver acerca de la vigencia de normas legales abrogadas.

5 Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1099>

Frente a esta última afirmación, los ministros que sustentan el voto de mayoría, reaccionan pronunciándose sobre la misma como cuestión previa.

Sobre el particular señalan que “*la doctrina permanente del Tribunal Constitucional, conforme a la cual el mismo ha sostenido que aunque la entrada en vigencia de un precepto legal sea anterior a la de la norma constitucional con la que resultaría contraria en su aplicación judicial, ello no es obstáculo para su impugnación por la vía de la acción de inaplicabilidad. Este medio de control de constitucionalidad tiene por objeto evitar la aplicación en una gestión judicial que se sigue ante un tribunal ordinario o especial de uno o más preceptos legales que eventualmente puedan recibir aplicación y produzcan, en tal caso, efectos contrarios a la Constitución, para lo cual la intervención de esta Magistratura es insustituible.*

En efecto, si el Tribunal Constitucional se inhibiera de actuar porque en la gestión judicial en que incide el requerimiento se ha planteado la derogación tácita de los preceptos legales cuya inaplicabilidad se ha solicitado, bien pudiera ocurrir que, en definitiva, el tribunal de la causa los estimara vigentes, con lo que se eludiría la decisión, que es propia de esta Magistratura Constitucional, en torno a la aplicación conforme o contraria con la Constitución de un precepto legal;” (Considerando 5°).

Sin perjuicio de lo declarado, es en las prevenciones del Presidente don Juan Colombo Campbell y de la Ministro señora Marisol Peña Torres y especialmente en esta última, donde esta problemática se analiza con aun mayor atención y detalle.

Así, el Sr. Colombo luego de referirse a las diferencias de la actual acción de inaplicabilidad con el recurso de inaplicabilidad que era conocido por la Corte Suprema, agrega que “*la derogación expresa o tácita es un tema de diferente naturaleza, consistente en la determinación de la vigencia y eficacia temporal de las normas, que será determinada por los jueces del fondo y que es revisable por vía de apelación y casación. En tanto se trate de un conflicto entre una norma legal anterior a la Carta Fundamental y una norma constitucional, estaremos en presencia de un conflicto que podrá devenir en una inconstitucionalidad sobrevenida. Cabe señalar que tanto la derogación común como la inconstitucionalidad sobrevenida requieren declaración jurisdiccional, por obvios motivos de seguridad jurídica.” (Motivo 4° de la prevención).*

Distingue entonces la derogación de la inconstitucionalidad sobrevenida, sin embargo insiste en que la derogación debe ser objeto de una declaración jurisdiccional por motivos de seguridad jurídica y agrega finalmente en la motivación séptima, que al Tribunal Constitucional no le corresponde declarar una derogación, sino sólo pronunciarse sobre un conflicto de constitucionalidad concreto, de acuerdo a los caracteres del nuevo requerimiento de inaplicabilidad.

Sin perjuicio de lo señalado el mismo Sr. Colombo agrega que comparte lo expresado por la Ministro señora Marisol Peña Torres en su prevención.

En dicho voto de prevención pronunciado por la Ministro señora Peña, podemos observar una contundente y clara explicación acerca de las diferencias entre la derogación tácita y la constitucionalidad sobreviviente y por ende un

pronunciamiento también explícito sobre las competencias de los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional en relación a este tema.

Así en el considerando 3° de su prevención señala que la derogación es “*la cesación de la eficacia de una ley en virtud de la disposición o disposiciones de otra ley posterior.*”

Agrega que la derogación tácita se produce cuando “*la nueva ley contempla una regulación incompatible o contraria respecto de la ley precedente, produciéndose la privación de efectos de esta última como consecuencia de tal antinomia que da prevalencia a la norma posterior.*”

Así la cosas, declara enseguida que “*la incompatibilidad o contrariedad entre un precepto legal determinado y la Constitución que entra en vigencia con posterioridad presenta un problema de inconstitucionalidad y no de derogación.*” (Motivo 3°) y que ello es lo que se denomina inconstitucionalidad sobreviniente o sobrevinida y que supone “*que el precepto legal que fue compatible con la Constitución primitiva ya no lo es con la nueva Carta, de forma que no estamos frente a un problema de vigencia de la ley en el tiempo sino que ante un problema de efectiva primacía de la norma superior, esto es, un problema de jerarquía de normas.*”

Luego de hacer referencia al voto que el Abogado Integrante señor Domingo Hernández Empananza, pronunció en el fallo de la Corte Suprema que también es materia de este comentario, culmina por señalar que de acuerdo a la “presunción de constitucionalidad” de que gozan las leyes, sólo resulta prudente declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción de que la pugna con la Constitución Política de la República es clara y no es posible armonizarlas. En lo que entendemos es un claro pronunciamiento sobre las facultades del Tribunal Constitucional sobre este tipo de decisiones, concluye el motivo quinto de su voto de prevención señalando que “*Se trata, pues, de un juicio o de una valoración que sólo compete al Tribunal Constitucional*”.

Como se ha podido apreciar, la reforma constitucional del año 2005, en cuanto traspasó al Tribunal Constitucional la facultad de conocer y fallar la acción de inaplicabilidad siguiendo un modelo de control concentrado de constitucionalidad, ha dado pie para que se genere esta interesante discusión que hemos querido dar a conocer sobre la base de dos sentencias pronunciadas en casos específicos y de diversa naturaleza, pero que reflejan los puntos de vista de estos altos tribunales respecto de un tema que evidentemente no es pacífico y del que seguramente conoceremos nuevos pronunciamientos.

SENTENCIAS COMENTADAS

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 149 INCISO 2° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Pablo Campos Muñoz¹

Comentario:

El día 18 de diciembre de 2008 el Tribunal Constitucional se pronunció sobre un requerimiento de inaplicabilidad del artículo 149 inciso 2° del Código Procesal Penal, planteado por el Juez de Garantía de Puerto Montt don Patricio Rondini Fernández-Dávila, en una causa seguida por delito de robo con violencia.

Dicho requerimiento fue uno de los cinco que diversos Jueces de Garantía dedujeron en relación a la misma norma luego de su modificación por la Ley N° 20.253, denominada de Agenda Corta Antidelincuencia.

Los demás requerimientos² fueron declarados inadmisibles por no existir gestión pendiente al momento del examen de admisibilidad, en tanto en cada caso ya había existido un pronunciamiento de la Corte de Apelaciones respectiva sobre el recurso de apelación verbal planteado por los fiscales del Ministerio Público, en algunos casos confirmando lo resuelto por los jueces de garantía y en otros revocando las decisiones de los jueces en orden a no decretar la prisión preventiva.

En este caso en particular, una Sala del Tribunal Constitucional alcanzó a pronunciarse sobre la admisibilidad del requerimiento el mismo día en que el Juez de Garantía lo dedujo, esto es, el día anterior a que en definitiva el recurso de apelación del fiscal fuera resuelto por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la que en definitiva decidió dejar al imputado en prisión preventiva.

En esas condiciones continuó la tramitación del requerimiento que prosiguió con la vista de la causa el día 30 de octubre de 2008 y finalmente con el fallo que ahora comentamos y del que estimamos necesario destacar algunos puntos por considerarlos relevantes.

1. SOBRE EL CARÁCTER CONCRETO DEL ANÁLISIS A REALIZAR EN UN REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD

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

2 Dichos requerimientos llevaron los roles N° 1057-2008, 1060 -2008, 1062-2008 y 1064-2008.

En este punto, el Tribunal Constitucional reitera lo ya tantas veces declarado en el sentido de diferenciar el actual requerimiento de inaplicabilidad del recurso que era conocido por la Corte Suprema.

Al respecto, en los considerandos 19° y 22° recalca una vez más que su decisión jurisdiccional ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional, agregando que ello en la acción de inaplicabilidad dice relación con el examen concreto de si el precepto legal invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución; lo que ciertamente marca una diferencia sustancial con el régimen vigente en Chile entre los años 1925 y 2005, en que la competencia en esta materia estaba reservada de manera privativa y exclusiva a la Corte Suprema de Justicia.

2. EFECTOS DEL PRONUNCIAMIENTO PREVIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONOCIENDO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

Considerando que uno de los temas planteados por el Ministerio Público era precisamente el efecto que debía producir el pronunciamiento que sobre la Ley de Agenda Corta Antidelincuencia había tenido lugar durante el trámite de control de constitucionalidad de la misma y respecto del cual se dictó la sentencia rol N° 1001-2007 de 29 de enero de 2008, el Tribunal Constitucional se refiere a dicha cuestión evidenciando que en realidad el requerimiento planteado por el Juez Sr. Rondini representaba un reclamo más bien abstracto.

Según se señala en el considerando 25° del fallo que se comenta, si bien se había invocado un precepto legal determinado, esto es, el inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal, no podía dejarse de considerar la circunstancia de que la aludida disposición había sido declarada expresamente como orgánica y constitucional en sentencia de fecha 29 de enero de 2008. Agrega el fallo que el requirente no invocó en su presentación un vicio específico que permitiera modificar lo razonado en la aludida resolución de enero de 2008, en su control en abstracto, todo lo cual llevaba a concluir a los sentenciadores que lo que se perseguía por esta vía era más bien dejar sin efecto lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de la ley.

Se determina finalmente que en la especie existe un cuestionamiento de carácter abstracto a la constitucionalidad de la norma, más que un análisis de control concreto, todo lo cual llevó a la conclusión a los sentenciadores del voto de mayoría, de que la petición de inaplicabilidad debía ser rechazada.

3. SOBRE EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No se puede dejar de hacer mención a lo declarado por el Tribunal Constitucional en el considerando 35° en cuanto a establecer la diferencia del rol que le cabe al Tribunal Constitucional en relación a la función propia del Poder Legislativo.

En tal sentido se señala que el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley, o más bien su aplicación a un caso concreto, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador -como depositario de la voluntad democrática-, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de política, conveniencia y oportunidad que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica. De este modo, se agrega que sólo cuando el Congreso Nacional excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o cuando violenta el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional podría intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad -de forma o fondo- en que éste haya incurrido.

Corroborando lo señalado, se agrega a continuación en el mismo considerando, mediante cita de otros fallos anteriores, que la Carta Fundamental establece órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, y cuando estos últimos controlan la constitucionalidad de los actos de los primeros, no pueden invadir su campo propio, por lo tanto, les está vedado entrar a calificar el mérito, oportunidad o conveniencia de las normas impugnadas.

4. EN CUANTO A LAS SUPUESTAS CONTRADICCIONES DE LA NORMA IMPUGNADA CON LA CARTA FUNDAMENTAL

Finalmente este fallo descarta los reclamos referidos a vulneración de garantías constitucionales y aquellos relativos a una supuesta contradicción de la norma impugnada con diversas disposiciones constitucionales.

Así es que desecha aquellas alegaciones que dicen relación con la afectación del derecho a la libertad personal y aquellos que decían relación con una presunta invasión por parte del fiscal del ámbito de actuaciones propias del campo de la jurisdicción, que el requirente creía ver en el hecho que al deducir la apelación verbal de conformidad a la norma impugnada, se estuviera arrogando atribuciones jurisdiccionales, al producir con ello el efecto de prolongar la privación de libertad. En los considerandos 39° y 40° de este fallo se deja en claro que no se divisa infracción alguna a lo dispuesto en el artículo 76 inciso 1° de la Constitución Política de la República, ya que serán siempre los tribunales de justicia como únicos titulares de la función jurisdiccional, los encargados de conocer soberanamente de la materia, confiriendo la libertad o, por el contrario, decretando la prisión preventiva, tal como lo ordena la Carta Fundamental.

5. DESIGNACIÓN DE ABOGADOS PATROCINANTES POR PARTE DEL JUEZ REQUIRENTE

Por último, cabe hacer referencia a la situación producida con la designación por parte del juez requirente de abogados patrocinantes, a quienes además confirió poder para que lo representaran en esta gestión.

Tal como se señala en el fallo comentado, el Ministerio Público manifestó oportunamente que a su juicio no resultaba procedente que un juez delegara en terceras personas el ejercicio de facultades propias de la jurisdicción, como la de sostener un requerimiento de inaplicabilidad.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional evidencia en el considerando 11° de su sentencia que, cuando un juez decide plantear un requerimiento de inaplicabilidad, la designación de abogados patrocinantes no constituye una exigencia constitucional o legal. Por el contrario, la Carta Fundamental, en su artículo 93, inciso 11°, indica que “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”, lo que da cuenta de la situación diversa en que se encuentran las partes en la gestión respecto del juez que debe aplicar la norma, en su caso.

Se agrega a mayor abundamiento que el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales, expresa que los abogados “son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los tribunales de justicia los derechos de las partes litigantes” señalando a continuación que el juez de la causa no tiene el carácter de parte litigante en la acción de inaplicabilidad, en tanto formula a través de una resolución judicial un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

6. VOTO DE MINORÍA

Este fallo fue adoptado por mayoría compuesta por el Presidente, don Juan Colombo Campbell, y por los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Se dejó constancia que el Ministro señor Bertelsen no compartía lo expuesto en los considerandos 23° a 27°, que se refieren a los efectos del fallo previo pronunciado durante el proceso de control de constitucionalidad de la ley.

En voto de minoría los Ministros señores Mario Fernández Baeza y Jorge Correa Sutil, estuvieron por acoger el requerimiento, basados para ello en que en el curso del proceso podrían darse eventualmente las condiciones para que nuevamente pudiera aplicarse la norma cuestionada, a lo cual agregan que la contradicción con la Carta Fundamental se produciría en cuanto se estaría privando de libertad a una persona por la sola voluntad del fiscal que apela verbalmente, inclusive contrariando la voluntad del juez, que es el llamado por la Constitución para así determinarlo si lo considera necesario.

Sentencia:

Santiago, dieciocho de diciembre de dos mil ocho.

VISTOS:

Con fecha veinticuatro de abril, por oficio N° 2761-2008, el Juez del Juzgado de Garantía de Puerto Montt, señor Patricio Rondini Fernández-Dávila, ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 149, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en la causa RIT N° 3798-2008, RUC N° 0800363671-3, seguida en contra de César Uribe Villegas por el delito de robo con violencia. Solicita que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal en relación a los artículos 6°, 7°, 19, N°s. 3, 7 y 26, 76 y 83 de la Constitución.

Exponiendo los hechos que dan lugar a este requerimiento, el Juez señala en el auto motivado, que se adjunta al aludido oficio, que el Fiscal solicitó el control de detención del imputado César Uribe Villegas por el delito de robo con violencia y que, efectuada la audiencia ese mismo día, se declaró la detención ajustada a derecho. Expone que, a continuación, el Ministerio Público procedió a formalizar al imputado por el mencionado delito, tras lo cual solicitó su prisión preventiva, la que fue desestimada por el Juez de Control por cuanto a su juicio no se reunían los requisitos del artículo 140, letra c), del Código Procesal Penal. Señala que, acto seguido, en la audiencia, el Fiscal interpuso recurso de apelación solicitando la aplicación del inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal, para que el imputado no fuera puesto en libertad

en tanto no se resolviera su apelación en la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

La norma impugnada dispone:

“Art. 149. Recursos relacionados con la medida de prisión preventiva. La resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva será apelable cuando hubiere sido dictada en una audiencia. No obstará a la procedencia del recurso, la circunstancia de haberse decretado, a petición de cualquiera de los intervinientes, alguna de las medidas cautelares señaladas en el artículo 155. En los demás casos no será susceptible de recurso alguno.

Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la ley N° 20.000, que tengan pena de crimen, el imputado no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva, salvo el caso en que el imputado no haya sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido. El recurso de apelación contra esta resolución deberá interponerse en la misma audiencia, gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al tribunal de alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil. Cada Corte de Apelaciones deberá establecer una sala de turno que conozca estas apelaciones en días feriados.

En los casos en que no sea aplicable lo dispuesto en el inciso anterior, estando pendiente el recurso contra la resolución que dispone la libertad, para impedir la posible fuga del imputado la Corte de Apelaciones respectiva tendrá la

facultad de decretar una orden de no innovar, desde luego y sin esperar la vista del recurso de apelación del fiscal o del querellante”.

En cuanto a los requisitos de procedencia de la inaplicabilidad de autos, el Juez de Garantía señala, en primer lugar, que existe gestión pendiente, ya que se encuentra judicializada la investigación y se ha otorgado el plazo de un mes para su cierre. En segundo lugar, indica que el precepto legal impugnado, cuya aplicación en el caso de marras es del todo inconstitucional por las razones que expondrá, resulta decisivo en la resolución del asunto, ya que si se absuelve al imputado, éste jamás debió haber sido privado de libertad durante la investigación; y si se le condena, implica un anticipo al cumplimiento de la pena, sin sustento constitucional.

Posteriormente, el Juez de Garantía se refiere al control preventivo de que fue objeto la norma impugnada, señalando que éste no obsta a la presentación de autos, ya que el requerimiento de inconstitucionalidad es un control abstracto, en circunstancias que el requerimiento de inaplicabilidad es un control concreto. Precisa que la imposibilidad de plantear un requerimiento sobre materias que fueron objeto de pronunciamiento previo de constitucionalidad -establecida en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional- se refiere al control abstracto y no al control concreto efectuado en sede de inaplicabilidad, en el que las circunstancias del caso pueden significar que una norma, siendo constitucional, resulte inaplicable al caso concreto.

Finalmente, expone que al existir en Chile un control concentrado y no

difuso de constitucionalidad, la aplicación del aludido artículo 37 dejaría en indefensión a los justiciables, ya que el Juez de la causa no puede desaplicar por sí mismo un precepto legal.

En cuanto al fondo del asunto planteado, indica que el dilema que impone la norma reprochada consiste en que una persona, a la que se le controló la detención y respecto de la cual el juez negó la prisión preventiva, debe permanecer privada de libertad por el simple hecho de que el Fiscal deduzca un recurso de apelación, arbitrio que, conforme lo estatuido en el artículo 368 del Código Procesal Penal, se concede en el solo efecto devolutivo. Agrega que, además, no se sabe en qué condición se encontraría el imputado privado de libertad cuya detención concluyó y que no ha sido sometido a prisión preventiva por resolución judicial.

A continuación, el Juez de Garantía expresa que las infracciones constitucionales serían las siguientes:

1.- El legislador no cumple con el mandato constitucional de establecer siempre un procedimiento justo y racional, estatuido en el artículo 19, Nº 3, inciso quinto, de la Carta Fundamental, pues no resulta justo ni racional que el imputado permanezca privado de libertad por el mero hecho de que el Fiscal deduzca recurso de apelación, en circunstancias que un juez ha señalado que no procede su prisión preventiva. Añade que, además, no es justo ni racional prolongar la privación de libertad de una persona cuando no existe resolución judicial que lo justifique y la única resolución que se pronunció señala que debe dejarse en libertad. Precisa que, inclusive, el precepto impugnado se encuentra en contradicción con el artículo 122 del

mismo Código Procesal Penal, que prescribe que “las medidas cautelares son siempre impuestas por resolución judicial fundada”.

2.- El legislador ha hecho caso omiso de la exigencia constitucional del artículo 19, N° 7, letra e), esto es, de la necesidad de resolución judicial que prive de libertad al imputado y, peor aún, ha desconocido el valor de la resolución judicial que dispone la libertad del encausado pues la libertad quedaría entregada a la decisión del persecutor penal.

3.- El legislador vulnera lo dispuesto en el artículo 19, N° 7, letra b). El artículo 19, N° 7, letra e), exige una resolución judicial para que proceda la privación de libertad, de manera que el precepto reprochado, al omitir dicha exigencia, está estableciendo un caso y forma de privación de libertad al margen de la constitucionalidad.

4.- Ha sido vulnerado también el artículo 19, N° 7, letra c), de la Constitución, ya que de esta norma fluye que, puesto el imputado a disposición del juez, sólo éste puede prolongar su detención mediante resolución fundada, mandato que controvierte el precepto impugnado desde el momento en que se priva de libertad al encartado sin resolución judicial, sin perjuicio de que además la ampliación de hecho de la privación de libertad puede llegar a exceder el máximo constitucional de cinco días para delitos comunes.

5.- La normativa legal de la libertad personal va más allá de ser una regulación y afecta la esencia de la libertad personal, vulnerando así lo establecido en el artículo 19, N° 26, de la Ley Fundamental, puesto que el imputado puede quedar privado de libertad sin resolución judicial y contra la voluntad

del único juez que se ha pronunciado al respecto. En los hechos, el legislador ha creado así un estatus especial del imputado que no está detenido ni en prisión preventiva, y que se encuentra, por tanto, en situación de “no puesto en libertad”, calidad esta última que no reconoce base constitucional ni legal y que coloca al imputado en un limbo jurídico, pues no se sabe en qué lugar ni cómo debe permanecer privado de libertad.

6.- El artículo 149, inciso segundo del Código Procesal Penal afecta la independencia judicial, pues el legislador ejerce funciones jurisdiccionales cuando dispone directamente la privación de libertad y deja sin efecto una resolución judicial que deniega la prisión preventiva, lo que, a su vez, pugna también con la división de poderes contenida en los artículos 6° y 7° de la misma Carta. Además, constitucionalmente, tanto el juez que pronunció la negativa a la prisión preventiva como la Corte de Apelaciones que verá la apelación respectiva tienen la misma jurisdicción y, por lo mismo, no existe sustento para que el legislador desconozca la resolución del juez de garantía mientras la Corte se pronuncia, pues ambas magistraturas ejercen la misma jurisdicción conforme a la Constitución.

7.- Al asignar el precepto impugnado al Ministerio Público el poder de privar de libertad al imputado en contra de la voluntad del juez y por el solo hecho de deducir apelación, en la práctica importa que le confiere el ejercicio de facultades jurisdiccionales como lo son la privación de libertad y la posibilidad de desconocer los efectos de la resolución denegatoria de la prisión preventiva, por lo que contraviene el artículo 83, inciso primero, de la Constitución Política, que prohíbe al

Ministerio Público ejercer funciones jurisdiccionales.

Finalmente, el Juez del Juzgado de Garantía de Puerto Montt solicita a esta Magistratura en su auto motivado que se pronuncie sobre la inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal por contravenir la Constitución Política en sus artículos 6°, 7°, 19, N°s. 3, 7 y 26, 76 y 83.

Con fecha treinta de abril de este año, la Segunda Sala declaró la admisibilidad del requerimiento, pasando los antecedentes al Pleno.

Con fecha dieciséis de julio, el Ministerio Público evacuó el traslado conferido solicitando el rechazo del requerimiento de autos por las razones que se exponen a continuación.

En relación a la procedencia del requerimiento, alega, en primer lugar, que no se cumple la exigencia de que exista una gestión pendiente ante el tribunal ordinario que conoce de la causa. Señala al respecto que, en el actual estadio procesal de la misma, la situación fáctica y procesal ha variado sustancialmente desde el momento en que se controló la admisibilidad del requerimiento, pues ya no hay un asunto o gestión pendiente y la norma cuestionada ya ha sido aplicada, surtiendo todos sus efectos. Precisa que en la audiencia de formalización del imputado Uribe Villegas como autor del delito de robo con violencia, llevada a efecto el día 24 de abril de 2008, el Fiscal solicitó que se decretara la medida cautelar de prisión preventiva, lo que fue rechazado por el Juez de Garantía. Acto seguido, en la misma audiencia, el Ministerio Público apeló verbalmente y, por aplicación de la norma impugnada, el imputado debió permanecer privado de libertad algunas

horas hasta que la Corte de Apelaciones de Puerto Montt se pronunciara al día siguiente revocando la resolución del Juez de Garantía y decretando la medida cautelar de prisión preventiva. De esta forma, concluye el Ministerio Público, la gestión en que podría incidir el artículo 149, inciso segundo, del Código Procesal Penal ya culminó al fallarse el recurso de apelación, la norma cuestionada ya fue aplicada produciendo todos sus efectos y la situación procesal actual del imputado es la de sometido a prisión preventiva por determinación del tribunal de alzada que adoptó tal medida con los antecedentes del caso. Indica que no tiene relevancia que el proceso penal en su totalidad no esté concluido, ya que el concepto de gestión pendiente debe entenderse en relación con la única etapa del procedimiento en la cual puede recibir aplicación la norma impugnada y, al haber sido aplicada la norma reprochada, el requerimiento de autos, más que un reclamo de inaplicabilidad, constituye una verdadera impugnación respecto de la forma en que se aplicó la norma.

En segundo lugar, el Ministerio Público aduce que la norma impugnada no puede resultar decisiva en la resolución de un asunto, atendido que la norma constitucional se pone en la situación de que el asunto aun no se resuelva. Precisa que, en la especie, se está en presencia de un tema ya zanjado inclusive en segunda instancia y en el que la norma ya operó, no pudiendo evitarse a posteriori su aplicación al caso.

En tercer lugar, alega que conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica Constitucional de este Órgano Jurisdiccional, el requerimiento de autos debe ser rechazado atendido que con fecha 29 de enero de 2008, en

sede de control preventivo, la norma impugnada fue declarada conforme a la Constitución. Expresa que si bien pudiera pretenderse que la naturaleza del requerimiento de inaplicabilidad difiere de la finalidad del control de constitucionalidad previsto en el numeral primero del artículo 93 de la Carta Fundamental, la presentación hecha por el Juez de Garantía a este Tribunal apunta en realidad a cuestionar la constitucionalidad de la norma en abstracto, lo que va más allá del requerimiento de inaplicabilidad en atención a un caso concreto. Precisa que el requerimiento constituye un cuestionamiento abstracto y general sobre las competencias de los diversos órganos en el nuevo sistema procesal penal y, particularmente en lo que se refiere a los efectos del recurso de apelación del inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal, cobra importancia la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1001, de 29 de enero pasado, ya que en ésta se efectuó un análisis también abstracto determinando que la norma era constitucional. Por todo lo expuesto, señala el Ministerio Público que el requerimiento en realidad plantea una cuestión de constitucionalidad que es precisamente lo que revisó el Tribunal Constitucional en su oportunidad, por lo que el citado fallo ha producido cosa juzgada al respecto e impide volver a analizar este tema desde la misma perspectiva.

Añade que no obstan a lo anterior los demás cuestionamientos planteados en la presentación del Juez de Garantía, ya que en todos ellos se puede ver una reclamación sobre las facultades de las que se estaría privando a los jueces de garantía y que se traspasan a las Cortes de Apelaciones. En síntesis, cada una

de las infracciones constitucionales planteadas, más allá del caso concreto del imputado por robo con violencia César Uribe Villegas, apunta más bien a cuestionar la norma desde la perspectiva de las facultades y competencias de los órganos involucrados, a saber, Poder Legislativo, Poder Judicial y Ministerio Público, lo que escapa a las finalidades de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, transformándose en una impugnación de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en enero de 2008.

Con fecha 29 de octubre de 2008, la Defensoría Penal Pública acompañó a estos autos un certificado de la Unidad de Administración de Causas del Juzgado de Garantía de Puerto Montt, de fecha 22 de julio de 2008, en relación al imputado Uribe Villegas. Mediante el aludido documento, se certifica que con fecha 24 de abril el Tribunal de Garantía no dio lugar a la prisión preventiva solicitada, lo que fue motivo de apelación por el Ministerio Público de acuerdo a la norma impugnada, y que, al día siguiente, la Corte de Apelaciones revocó la resolución, ordenando la prisión preventiva del imputado. También se certifica que posteriormente, con fecha 16 de mayo, en audiencia de revisión de prisión preventiva solicitada por la Defensora Penal Licitada Karen Rosas, el Tribunal de Garantía resolvió revocar la prisión preventiva, lo que fue apelado en la audiencia por el Ministerio Público y resuelto el mismo día por la Corte de Apelaciones, la que revocó la resolución y decretó la prisión preventiva. Finalmente, se acredita que con fecha 5 de junio, en audiencia para revisar la prisión preventiva solicitada por la Defensora Penal Licitada Karen Rosas, el Tribunal de Garantía decretó el

beneficio de salida diaria del artículo 150 del Código Procesal Penal.

Con fecha 29 de octubre de 2008, el Ministerio Público hizo presente que no resulta procedente que el Juez requirente haya designado abogados patrocinantes y que éstos puedan participar en la vista del requerimiento de autos, ya que, atendida la naturaleza del requerimiento de inaplicabilidad y la calidad en que éste ha sido planteado por el juez, la designación y mandato a un abogado superan con largueza las facultades que la ley y la Constitución le confieren. Precisa que debiendo considerarse la facultad de interponer un requerimiento de inaplicabilidad como parte de la actividad jurisdiccional del magistrado que conoce del asunto -pues la posibilidad de plantear una cuestión de inaplicabilidad se encuentra condicionada por el ejercicio de la jurisdicción en el caso concreto que se verá afectado por el resultado de la cuestión de inaplicabilidad-, no resulta factible distinguir entre el ejercicio de plantear la inaplicabilidad y el ejercicio de la jurisdicción, al punto que se puede sostener que lo primero es manifestación de lo segundo. Concluye, a partir de lo anterior, que la designación de abogados patrocinantes escaparía de las actuaciones que el juez puede realizar en ejercicio de la jurisdicción, ya que ello implicaría una especie de delegación de facultades que la Carta Fundamental considera exclusivas y privativas de la judicatura.

Con fecha 30 de octubre de 2008, el abogado del Juez requirente sostiene que el argumento esgrimido confunde el tema de la legitimación con el problema de la representación procesal, ya que el juez al designar abogado patrocinante y apoderados no delega la facultad privativa que la Constitución le

entrega para plantear inaplicabilidades, sino que designa un mandatario que lo represente en el procedimiento a que ha dado lugar dicha presentación.

Se ordenó traer los autos en relación con fecha treinta de octubre de dos mil ocho se procedió a la vista de la causa. La presentación del Juez requirente fue expuesta por el abogado Julián López Masle, y alegaron en esta causa los abogados Pablo Campos Muñoz, por el Ministerio Público, y Fernando Mardones Vargas, de la Defensoría Penal Pública en representación del imputado César Uribe Villegas.

CONSIDERANDO:

I. Los vicios de inaplicabilidad por inconstitucionalidad planteados por el juez y las peticiones del ministerio público en relación a los presupuestos de la solicitud presentada.

PRIMERO: Que, como se señala en la parte expositiva, el Ministerio Público ha planteado que no se dan en la especie los presupuestos necesarios para que proceda la acción de inaplicabilidad, razón por la cual, previamente, esta Magistratura deberá analizar esta materia, en atención a que el Tribunal debe “pronunciarse en la sentencia sobre la totalidad de las pretensiones planteadas por las partes en el proceso” (Rol Nº 968/2008, consid. 7º);

SEGUNDO: Que el artículo 93, inciso primero, Nº 6, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un

tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. La misma norma constitucional expresa en su inciso decimoprimer que, en este caso, “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto” y agrega que “corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;

TERCERO: Que, de este modo, para que prospere -en general- la acción de inaplicabilidad es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) que se acredite la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la solicitud sea formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto y sea contraria a la Constitución Política de la República; d) que la impugnación esté fundada razonablemente, y e) que se cumplan los demás requisitos legales;

CUARTO: Que, en cuanto a la existencia de una gestión pendiente, señala el Ministerio Público que en la actualidad no se daría dicho requisito, en atención a que la norma cuestionada ya ha sido aplicada, surtiendo todos sus efectos. Así, se explicita que con fecha 24 de abril de 2008 se llevó a efecto la audiencia de control de la detención del imputado, el que fue formalizado por el delito de robo con violencia. En dicha audiencia se solicitó una medida

cautelar de prisión preventiva, la que fue rechazada por el Juez de Garantía, deduciéndose apelación verbal y decretando al día siguiente la Corte de Apelaciones la medida cautelar, en términos tales que el precepto legal en cuestión ya fue aplicado. Sobre este punto, el juez recurrente -a través del abogado señor López- hace presente que la existencia de gestión pendiente es un requisito de admisibilidad que ha sido ya verificado por esta Magistratura y sobre lo cual no puede discutirse de nuevo en la sentencia, de manera que lo resuelto por la Sala no puede ser revocado posteriormente por el Tribunal al conocer el fondo del requerimiento. Adicionalmente, se afirma por el requirente que la gestión pendiente es el proceso penal que se inicia con la etapa de investigación y concluye con una sentencia ejecutoriada, de forma tal que el precepto legal resultará siempre potencialmente aplicable en el procedimiento mientras no exista sentencia judicial ejecutoriada;

QUINTO: Que es del caso tener presente que, como consta de autos, con fecha 24 de abril de 2008, Patricio Rondini Fernández-Dávila, Juez de Garantía de Puerto Montt, dedujo acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la causa Ruc N° 0800363671-3, Rit N° 3798-2008, en aquel momento en tramitación ante dicho juzgado, seguida en contra de don César Andrés Uribe Villegas, por el delito de robo con violencia, en grado de consumado, invocándose como precepto legal decisivo el inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal, lo que vulneraría diversas disposiciones de la Constitución Política que se invocan. La Segunda Sala de esta Magistratura, en resolución de fecha 30 de abril de 2008,

estimó que “consta de los antecedentes acompañados al proceso que la gestión en la que incide el requerimiento se encuentra pendiente”. Agregó que, “en efecto, a la fecha de ingreso de la presente causa (24 de abril de 2008) y a la fecha en que la misma fue vista y adoptado el acuerdo (24 de abril de 2008), la etapa de investigación se encontraba formalizada y en curso; la medida cautelar de prisión preventiva denegada por el juez de la instancia y sometida a consulta y no resuelta por la Corte de Apelaciones respectiva” (fojas 36);

SEXTO: Que, de esta forma, al momento de ingresar la petición de inaplicabilidad por parte del referido Juez de Garantía, existía una gestión pendiente, en términos tales que la disposición podía aún ser aplicada en la causa;

SÉPTIMO: Que con posterioridad a la presentación, la Defensoría Penal solicitó audiencia para revisar la medida de prisión preventiva, la que se efectuó con fecha 16 de mayo de 2008, revocándose en primera instancia la decisión, lo que fue nuevamente enmendado por el tribunal superior, en aplicación precisamente del inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal, impidiéndose así que el imputado obtuviera la libertad solicitada;

OCTAVO: Que, al momento de producirse los alegatos, la causa se encontraba en la situación procesal de lectura de fallo del juicio seguido ante el Tribunal Oral de Puerto Montt, de modo que cabe aún la posibilidad de que se presente recurso de nulidad y se dejen sin efecto las actuaciones seguidas, de manera tal que hipotéticamente

es factible que aún pueda aplicarse la disposición. Como ha señalado esta Magistratura, “es suficiente la posibilidad y no la certeza de que el precepto legal impugnado sea aplicable en la gestión judicial con ocasión de la cual se ha presentado” (Rol Nº 808/2008. En el mismo sentido, Rol Nº 943/2008);

NOVENO: Que, en cuanto al segundo presupuesto, como ya se ha precisado, consta de autos que la solicitud de inaplicabilidad fue presentada por el Juez de Garantía, Patricio Rondini Fernández-Dávila, en el marco de la causa Ruc Nº 0800363671-3, Rit Nº 3798-2008, en aquel momento en tramitación ante dicho juzgado, seguida en contra de don César Andrés Uribe Villegas, por el delito de robo con violencia, en grado de consumado. Tal como se señaló en resolución de fojas 98, el juez “es un actor legitimado para plantear una cuestión ante esta Magistratura”;

DÉCIMO: Que, sobre esta materia, es del caso tener presente que, a partir de la reforma de 2005, los jueces pueden plantear también la cuestión de inaplicabilidad, además de las partes de la causa, en términos tales que -como lo hace presente el propio juez requirente- el control de constitucionalidad de las leyes se encuentra actualmente radicado exclusivamente en esta Magistratura;

DECIMOPRIMERO: Que, incluso, el juez aludido otorgó patrocinio y poder a un letrado para que lo representara ante estos estrados, lo que ciertamente no constituye en modo alguno exigencia constitucional o legal. Por el contrario, la Carta Fundamental, en su artículo 93, inciso decimoprimer, indica que

“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”, lo que da cuenta de la situación diversa en que se encuentran las partes en la gestión respecto del juez que debe aplicar la norma, en su caso. En concordancia con lo anterior, el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales, expresa que los abogados “son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los tribunales de justicia los derechos de las partes litigantes”. Ciertamente, el juez de la causa no tiene el carácter de parte litigante en la acción de inaplicabilidad. En efecto, el juez de la causa lo que formula es un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto, en términos tales de comunicar a través de una resolución fundada en la controversia, tal como ha ocurrido en el caso de autos, cumpliendo así la exigencia constitucional establecida en el artículo 93 aludido. Precisamente por lo mismo, según consta a fojas 4, el juez requirente manifiesta tener una “duda legítima y fundada en cuanto a la constitucionalidad del precepto legal mencionado”, razón por la cual “ha estimado del caso hacer uso de la herramienta constitucional consistente en plantear la cuestión al Excmo. Tribunal Constitucional”;

DECIMOSEGUNDO: Que, en relación a la exigencia de que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto y sea contraria a la Constitución Política de la República, se ha impugnado por el Juez de Garantía el inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal, afirmándose que el mismo vulneraría diversas disposiciones de la Constitución Política, particular-

mente los artículos 6º, 7º, 19, números 3, 7 y 26, 76 y 83 de la misma;

DECIMOTERCERO: Que el Ministerio Público afirma que la norma no puede ser considerada como decisiva, desde el momento que el artículo 93, en su inciso undécimo, se sitúa en la perspectiva de que el asunto en cuestión aún no se resuelva y, en este caso, la situación ya estaría zanjada en segunda instancia. El juez requirente, a través del abogado señor López, hace presente que sin perjuicio de que puede volver a promoverse una discusión sobre la prisión preventiva, el precepto legal en cuestión siempre será decisivo en la resolución de la gestión pendiente, en la eventualidad de que se dicte sentencia condenatoria, desde que el artículo 348 del Código Procesal Penal establece que la sentencia condenatoria debe fijar el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono para su cumplimiento;

DECIMOCUARTO: Que, aun cuando la norma parece no ser decisiva en la actualidad, no es menos cierto que existe la posibilidad de que sea aplicable, mientras no exista sentencia de término ejecutoriada, de modo que esta Magistratura se hará cargo de las demás alegaciones de fondo de las partes;

DECIMOQUINTO: Que cabe tener presente que, como lo afirma el Ministerio Público, el aludido inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal fue declarado expresamente como ley orgánica y constitucional por esta misma Magistratura, con fecha 29 de enero de 2008, en los autos Rol N° 1.001-2007;

DECIMOSEXTO: Que, por tratarse de una materia tan relevante que dice

relación ni más ni menos que con las diferencias entre el control concreto y el abstracto, esta Magistratura resolverá dichas alegaciones en las consideraciones siguientes, haciéndose cargo de las particularidades de la gestión y de la forma en que la aplicación puede producir efectos contrarios a la Constitución Política de la República;

II. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD Y SUS PARTICULARIDADES EN RELACIÓN AL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD

DECIMOSÉPTIMO: Que el Ministerio Público hace presente que, de conformidad a lo establecido en el artículo 37 de la Ley Nº 17.997, el requerimiento debe ser rechazado en atención a que el Tribunal, en los autos Rol Nº 1.001-2007, ya declaró que el precepto legal que se impugna “es constitucional”, a lo que debe agregarse que en la especie no se trata de un control concreto sino que se cuestiona la constitucionalidad de la norma en abstracto. Dicho planteamiento es refutado por el requirente, al expresar que la aplicación de la norma al caso concreto precisamente produciría efectos contrarios a la Carta Fundamental, desde el momento que se priva de libertad al imputado en una situación no autorizada por la Constitución Política de la República;

DECIMOCTAVO: Que no debe olvidarse el carácter concreto de la acción de inaplicabilidad, de suerte tal que, para ser acogida, la aplicación del precepto legal impugnado al caso específico ha de resultar contraria a la Constitución, tal como lo preceptúa el artículo 93, Nº 6, de la Constitución

Política de la República; lo que relativiza, por una parte, el examen meramente abstracto de constitucionalidad y, por la otra, impide extraer conclusiones, reglas y principios generales a partir de una sentencia de inaplicabilidad, por lo que resulta necesario reiterar lo señalado por esta Magistratura en cuanto a que lo decidido en un proceso determinado ha de entenderse referido sólo y exclusivamente al mismo;

DECIMONOVENO: Que, en efecto, como lo ha indicado de manera reiterada este mismo Tribunal en diversas sentencias pronunciadas durante el último año, la acción de inaplicabilidad dice relación con el examen concreto de si el precepto legal invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución; lo que ciertamente marca una diferencia sustancial con el régimen vigente en Chile entre los años 1925 y 2005, en que la competencia en esta materia estaba reservada de manera privativa y exclusiva a la Corte Suprema de Justicia;

VIGÉSIMO: Que, explicitando este punto, se ha fallado que “la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en un caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional” (Rol Nº 546/2006). De este modo, la declaración de inaplicabilidad no significa que siempre la norma impugnada sea per se inconstitucional, sino que únicamente en el caso concreto dentro del cual se formula el respectivo requerimiento. En otras palabras, “en sede de inaplicabilidad, el Tribunal está

llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución”. (Rol N° 480/2006);

VIGESIMOPRIMERO: Que, en resoluciones anteriores, como las contenidas en los roles N° 478, 546, Capítulo I, 473, 517 y 535, este Tribunal ha precisado y se ha extendido en sus consideraciones acerca de la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad y sus evidentes diferencias con la similar prevista en la Carta Fundamental con anterioridad a la reforma del año 2005, destacando especialmente la constatación de que de la simple comparación del texto del actual artículo 93, N° 6, con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa -y más bien abstracta- entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora -en cambio- se está en presencia de una situación completamente diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, todo lo cual -ciertamente-, como se ha indicado, relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior;

VIGESIMOSEGUNDO: Que lo expresado, entonces, deja de manifiesto que las características y circunstancias particulares y precisas del caso concreto de que se trate han adquirido, en el actual texto constitucional, una relevancia sustancialmente mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional

de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto sub lite, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. De esta manera, como se ha precisado por esta Magistratura Constitucional, el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá formular igual declaración (Entre otros, Roles N° 596/2006, 741/2007 y 755/2007). Así las cosas, lo que el Tribunal debe efectuar es un examen concreto de si la norma aplicada a la gestión produce efectos o resultados contrarios a la Constitución Política. En suma, como se ha sentenciado, es forzoso que siempre el conflicto sometido a su decisión consista en la existencia de una contradicción concreta y determinada entre el precepto legal que se cuestiona y la Carta Fundamental, lo que en algunas situaciones puede brotar con claridad del sólo texto del precepto legal cuestionado y, en otras, emergerá de las peculiaridades de su aplicación al caso concreto (Rol 810/2007);

VIGESIMOTERCERO: Que de la simple lectura del requerimiento de autos y de sus fundamentos esenciales se desprende que los reproches de constitucionalidad van más bien dirigidos a los preceptos legales en abstracto y no al caso concreto, todo lo cual configura esta presentación como un recurso de inconstitucionalidad y no de inaplicabilidad, lo que obliga a desechar el requerimiento;

VIGESIMOCUARTO: Que, en efecto, en el caso de autos, como ya

se ha señalado, no se ha acreditado circunstanciadamente que la aplicación del precepto legal al caso concreto importe una vulneración específica a los principios del debido proceso, a la jurisdicción y al Estado de Derecho. En tal sentido, señala el requirente que el empleo de la disposición legal en el caso de autos resulta “del todo inconstitucional, en cuanto dispone que el imputado no pueda ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare la prisión preventiva” (considerando 2º). A su vez, en las consideraciones tercera y siguientes, el juez requirente hace referencia a la “duda legítima y fundada en cuanto a la constitucionalidad del precepto legal mencionado”. Se indica que “el legislador en el artículo 149 del Código Procesal Penal ha hecho caso omiso de la exigencia constitucional del artículo 19 Nº 7, letra e), esto es, una resolución judicial que prive de libertad al imputado y, peor aún, ha desconocido el valor de la resolución judicial que dispone la libertad del encausado” (considerando 7º). Adicionalmente, se expresa que se infringiría la misma disposición constitucional al omitirse la exigencia de “resolución judicial para privar de libertad al imputado” (considerando 8º). En tal sentido, el juez recurrente expresa que “el legislador ha creado un nuevo estatus del imputado (...) calidad que no tiene base constitucional y, en consecuencia, se coloca al imputado en el limbo jurídico por parte del legislador” (considerando 10º). Por último, se reprocha por parte del juez requirente que “el legislador ejerce funciones judiciales cuando en el artículo 149 del Código Procesal (sic) dispone directamente la privación de libertad del imputado y deja sin efecto

una resolución judicial que deniega la prisión preventiva” (considerando 11º);

VIGESIMOQUINTO: Que, en la especie, si bien se invoca un precepto legal determinado, esto es, el inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal, esta Magistratura no puede desatender la circunstancia de que la aludida disposición fue declarada expresamente como orgánica y constitucional en sentencia de fecha 29 de enero de 2008, en los autos Rol Nº 1.001-2007. No invoca la requirente en su presentación un vicio específico que permita modificar lo razonado en la aludida resolución, en su control en abstracto;

VIGESIMOSEXTO: Que, de este modo, lo que se persigue por la presente vía -en definitiva- es más bien dejar sin efecto lo resuelto por este Tribunal, lo que se constata de la lectura del requerimiento, a pesar de lo que señala en su considerando cuarto. Por lo mismo, puede concluirse que, en la especie, existe un cuestionamiento de carácter abstracto a la constitucionalidad de la norma, más que un análisis de control concreto, todo lo cual lleva a la conclusión de que la petición de inaplicabilidad debe ser rechazada;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, a mayor abundamiento y, habida consideración de que el juez requirente ciertamente ha precisado, en sus alegaciones orales efectuadas en la audiencia de la vista de la causa, las razones por las cuales la aplicación del precepto legal cuestionado podría producir efectos contrarios a la Constitución Política de la República, esta Magistratura se hará cargo de las alegaciones de fondo de la presentación;

III. RESERVA LEGISLATIVA Y FACULTADES PRIVATIVAS DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN MATERIA DE REVISIÓN DE LA LIBERTAD.

VIGESIMOCTAVO: Que el inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal cuestionado, señala que: “Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la ley N° 20.000, que tengan pena de crimen, el imputado no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva, salvo el caso en que el imputado no haya sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido. El recurso de apelación contra esta resolución deberá interponerse en la misma audiencia, gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al tribunal de alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil. Cada Corte de Apelaciones deberá establecer una sala de turno que conozca estas apelaciones en días feriados”;

VIGESIMONOVENO: Que, en definitiva, el juez requirente afirma que el señalado precepto legal infringiría el artículo 19, N° 7, de la Constitución Política de la República, en cuanto la libertad personal no puede ser restringida sino en los casos y en la forma determinada por la Constitución y las leyes, previendo la letra e) que el juez puede excepcionalmente denegar la libertad del imputado en tres situaciones allí previstas, todo lo cual se enmarca en la función jurisdiccional que es privativa de los tribunales de justicia (artículo 76, inciso primero),

correspondiéndole al Ministerio Público dirigir la investigación, pudiendo privar o restringir derechos sólo previa aprobación judicial (artículo 83, inciso tercero) y teniendo siempre presentes las garantías de una racional y justa investigación y procedimiento (artículo 19, N° 3, inciso quinto), estándole vedado en definitiva al legislador afectar en su esencia el derecho a la libertad personal (artículo 19, N° 26);

TRIGÉSIMO: Que en el Mensaje Presidencial respectivo se señaló como una de las finalidades de la disposición la circunstancia de que se “hace necesario introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir esa sensación de temor”. Por lo mismo, se ha analizado “la forma en que las normas del nuevo proceso penal están siendo aplicadas, con el objeto de detectar aquellas situaciones que permitan que delincuentes habituales o peligrosos se encuentren en libertad o la recuperen fácilmente”. Así, se persigue que “la resolución que niega o revoca una prisión preventiva no surta efectos respecto de la libertad del imputado mientras no se encuentre firme. Ello abre la posibilidad de una efectiva revisión por el tribunal de alzada, sin riesgo de fuga del imputado mientras se resuelven los recursos”. De este modo, “se trata precisamente de situaciones graves en que el mal criterio de una persona puede afectar investigaciones bastante serias” (senador señor Vásquez, sesión 52°, 12 de septiembre de 2007). En otras palabras, “la sociedad tiene derecho a defenderse, y una manera de hacerlo es que, al menos, respecto de este tipo de delitos, la apelación sea resuelta por un organismo colegiado, es decir, que no sea un tribunal unipersonal el depositario de la verdad absoluta

para otorgar o no la libertad” (senador señor Orpis);

TRIGESIMOPRIMERO: Que, según se explicó por los legisladores, el propósito de la norma es “impedir que los imputados sean puestos en libertad cuando los juzgados de garantía desechen decretar la prisión preventiva de detenidos por los delitos que allí se indican, mientras no se pronuncie la Corte de Apelaciones respectiva, en los casos en que se recurra de apelación” (senador señor Espina). En atención a lo anterior, el señor Ministro de Justicia señaló que debían “tomarse todos los resguardos necesarios para hacer lo más expedita posible la presentación de la apelación en el juzgado de garantía y la resolución de dicho recurso por la Corte de Apelaciones respectiva”. De este modo, estimaron los señores parlamentarios que “bajo ciertas circunstancias y cumpliéndose los requisitos que se establecen en la norma, antes de dejar en libertad a un imputado se debía recurrir a la Corte de Apelaciones” (senador señor Gómez). Por lo mismo, se consignó la necesidad de establecer “un mecanismo que asegure que la apelación de la resolución que deniegue la prisión preventiva y deje al imputado preso debe verse con la máxima rapidez en la Corte de Apelaciones” (diputado señor Burgos, Informe de la Comisión Mixta). Así, “para evitar problemas constitucionales, es indispensable instituir, en este caso, un sistema de salas de turno que en las Cortes conozcan estas apelaciones de forma preferente, todos los días del año” (senador señor Gómez);

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, como puede apreciarse, se trata de una situación excepcional, desde el momento que sólo resulta aplicable en caso de

delitos muy graves y determinados taxativamente por el legislador, los que, específicamente, dicen relación con las figuras penales de secuestro, sustracción de menores, violación, violación de menores, violación calificada, parricidio, homicidio, robo con violencia o intimidación calificado o simple y robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación. Sin embargo, no debe olvidarse la circunstancia de que siempre serán los propios tribunales de justicia, en este caso la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, los que deberán resolver sobre dichas apelaciones, las que corresponde ver preferentemente y, en el caso de autos, ello se produjo al día siguiente, en ambos casos;

TRIGESIMOTERCERO: Que, como puede apreciarse, el juez requirente manifiesta en realidad reparos al sistema de revisión de las decisiones judiciales, lo que se corrobora al afirmarse que “el dilema es por qué una persona a la cual se le controló la detención y el juez negó la prisión preventiva debe permanecer privada de libertad por el simple hecho que el fiscal dedujera un recurso de apelación, el cual al tenor del artículo 368 del Código Procesal Penal se concede en el solo efecto devolutivo” (considerando 5°). Del mismo modo, indica que “sólo existirá una resolución judicial que disponga la prisión preventiva cuando la Corte de Apelaciones respectiva revoque la resolución del juez de garantía que negó la medida cautelar personal, no obstante ello, el imputado se encuentra privado de libertad por mandato del artículo 149 en estudio”, concluyendo que “no parece racional y justo que una persona se encuentre privada de libertad ante la eventualidad que una Corte disponga su prisión preventiva”

(considerando 6º). En suma, sostiene el requirente que “constitucionalmente tanto el juez que pronunció la negativa a la prisión preventiva como la Corte de Apelaciones que verá la apelación respectiva tienen la misma jurisdicción y, por lo mismo, no existe sustento para que el legislador desconozca la resolución del juez de garantía mientras la Corte se pronuncia, pues ambas magistraturas ejercen la misma jurisdicción conforme a la Constitución” (considerando 11º). Ello ciertamente importa un juicio de mérito, que es propio de la competencia del legislador, como se analizará, sin perjuicio de que los tribunales superiores de justicia tienen superintendencia directiva, correccional y económica sobre los inferiores por expreso mandato constitucional (Entre otros, Rol N° 795/2007);

TRIGESIMOCUARTO: Que, como lo ha indicado esta Magistratura en diversas sentencias dictadas el último año, la decisión de sustituir o modificar -en este caso- el sistema de acciones y recursos respecto de las decisiones judiciales en materia de libertad personal constituye una problemática que -en principio- deberá decidir el legislador dentro del marco de sus competencias mediante una ley orgánica constitucional, como lo ordena claramente el artículo 77 de la Constitución Política, debiendo sostenerse que, en todo caso, una discrepancia de criterio sobre este capítulo no resulta eficaz y pertinente por sí misma para configurar la causal de inaplicabilidad, que en tal carácter establece el artículo 93, número 6º, de la Carta Fundamental;

TRIGESIMOQUINTO: Que, en este sentido, es necesario reiterar que el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley,

o más bien -en esta sede- su aplicación a un caso concreto, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador -como depositario de la voluntad democrática-, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de política, conveniencia y oportunidad que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica. De este modo, como se ha consignado por esta Jurisdicción Constitucional, sólo cuando el Congreso Nacional excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violenta el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad -de forma o fondo- en que éste haya incurrido (Vid, entre otros, Rol N° 664/2006, consid. 22º). Como consecuencia de lo anterior, esta Magistratura ha afirmado que “el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley (...) no vulnere los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional”. (Rol N° 591/2006, considerando 9º). Ha agregado, adicionalmente, que: “En el caso del legislador, tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa. Sólo cuando el Parlamento exceda su ámbito

de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido” (Idem. En el mismo sentido vid., entre otros, Roles N°s 231, consid. 7°; 242, consid. 3°; 465, consid. 23°; 473, consid. 11°; 541, consid. 15°, y, recientemente, 786). En suma, “la Carta Fundamental establece órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, y cuando estos últimos controlan la constitucionalidad de los actos de los primeros no pueden invadir su campo propio, por lo tanto, les está vedado entrar a calificar el mérito, oportunidad o conveniencia de las normas impugnadas” (Rol N° 535/2006, consid. 11°, y en el mismo sentido Rol N° 517/2006, consid. 12°);

TRIGESIMOSEXTO: Que dicho principio constituye una regla básica adoptada explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales de Europa. Así, por ejemplo, el Consejo Constitucional Francés ha declarado su incompetencia para emitir pronunciamientos sobre cuestiones de mérito, consignando que “la Constitución no le confiere al Consejo Constitucional un poder general para juzgar y decidir idéntico a aquél del Parlamento. Sólo le entrega competencia para decidir si una ley sometida a su control es consistente o no con la Constitución”; concluyendo el Tribunal galo -en el ámbito de una modificación a la ley penal- que “dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el juicio del Parlamento por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos”. (Vid. David Dokhan, *Les limites du contrôle de la*

constitutionnalité des actes législatifs”, 2001, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, especialmente páginas 450 y siguientes). El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha precisado que: «La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquél puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad». Explicando dicho espacio de libertad legislativa, el Tribunal hispano ha añadido que: “El legislador es libre, dentro de los límites que la Constitución establece, para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional». Como ha indicado la doctrina hispana, “el juicio del Tribunal se ha de circunscribir así a determinar la conformidad con la Constitución de la Ley impugnada. No es, por tanto, un juicio de valor acerca de si la regulación adoptada es o no la más oportuna, porque éste es el campo de actuación en que han de moverse las distintas opciones políticas dentro del marco de la Constitución” (Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, 1992, p. 1085). En el mismo sentido, en Alemania, se ha precisado que “mientras no se oponga a mandatos o prohibiciones constitucionales, el parlamento es libre en el empleo de sus facultades legislativas de configuración, en la determinación de prioridades y en el recurso a medios presupuestarios; igualmente libre es el Gobierno en su política interior y exterior o la Jurisdicción a la hora de interpretar y aplicar el derecho ordinario. El Bundesverfassungsgericht no es

competente para examinar si cualquiera de tales órganos ha observado adecuadamente sus responsabilidades o ha dado con la fórmula de solución más justa” (Helmut Simon, *La Jurisdicción Constitucional*, en *Manual de Derecho Constitucional*, varios autores, 1996, p. 851). De este modo, como lo ha consignado el Tribunal Constitucional alemán, el legislador goza de un espacio de reglamentación, valoración y examen propio que, en principio, no puede ser revisado por los tribunales (Sentencia de la Segunda Sala, 29 de octubre de 1987, Tomo 77, página 170 II, en “50 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, Jürgen Schwabe, 2003, p. 92). Por último, en el caso de Italia, el principio de la autonomía legislativa ha sido reconocido expresamente por la normativa que reglamenta las funciones del Tribunal Constitucional, particularmente el artículo 28 de la Ley 87, del 11 de marzo de 1953, que veda a dicho órgano de control constitucional «cualquier valoración de naturaleza política y cualquier control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento»;

TRIGESIMOSEPTIMO: Que así por lo demás lo ha sostenido esta misma Magistratura al analizar la constitucionalidad de la legislación que modificó el sistema de penalidades en relación a responsabilidad juvenil. En efecto, en los autos Rol N° 786-2007, se insistió en “la exclusividad de la competencia legislativa en la determinación de las penas como en la fijación de las modalidades de su cumplimiento”, en términos tales que sólo corresponde a esta Magistratura “cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren

los límites precisos que la misma Carta ha impuesto” (consid. 30°);

TRIGESIMOCTAVO: Que, de este modo, no se divisa infracción a lo dispuesto en el artículo 19, N° 7, de la Constitución Política de la República, desde que, como lo indica su letra b), “nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”. Precisamente en este caso es el legislador el que ha previsto ciertas normas aplicables al otorgamiento de la libertad en determinados delitos, socialmente reprochables, exigiendo una revisión por parte del tribunal superior jerárquico de lo resuelto por el juez de garantía;

TRIGESIMONOVENO: Que tampoco se vulnera la letra e) del artículo 19, N° 7, de la Carta Fundamental, conforme a la cual “la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad”, debiendo la ley establecer “los requisitos y modalidades para obtenerla”. Idéntico razonamiento cabe efectuar en relación a lo dispuesto en la letra c) del aludido artículo 19 N° 7, de acuerdo al cual “nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal”, obligándose a que respecto de toda persona arrestada o detenida se de “aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado” En efecto, será siempre el juez -de garantía o, en su caso, la Corte de Apelaciones- quien tendrá competencia para pronunciarse sobre

la materia, situación que se encuentra prevista precisamente en la disposición legal que se reprocha como contraria a la Constitución Política por parte del juez requirente;

CUADRAGÉSIMO: Que, por lo mismo, tampoco se divisa infracción alguna a lo dispuesto en el artículo 76, inciso primero, de la Ley Suprema, desde que precisamente serán siempre los tribunales de justicia, como únicos titulares de la función jurisdiccional, los encargados de conocer soberanamente de la materia, confiriendo la libertad o, por el contrario, excepcionalmente, decretando la prisión preventiva, tal como lo ordena la Carta Fundamental, preservando en cada caso los principios que deben informar todo debido proceso, tal como lo ordena el artículo 19, Nº 3, inciso quinto, de la misma, al obligar al tribunal superior jerárquico a resolver prontamente o, más tardar al día siguiente, como por lo demás ocurrió en el caso de autos en las dos oportunidades en que se ha aplicado el precepto legal cuestionado. En modo alguno, entonces, se infringe el inciso primero del artículo 83 de la Constitución Política de la República, como se afirma por el juez requirente, desde que el Ministerio Público no ejerce funciones jurisdiccionales, las que -como se ha señalado de manera reiterada- quedan siempre reservadas a los tribunales de justicia, ya sea el Juez de Garantía o la Corte de Apelaciones respectiva, en su caso.

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito en los artículos 6º, 7º, 19, números 3º, 7º y 26º, 76, 83 y 93, inciso primero, Nº 6, de la Constitución Política de la República; y 30 y 31 de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:

SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO.

Se previene que el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto no comparte los considerandos 23 a 27.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Mario Fernández Baeza y Jorge Correa Sutil, quienes estuvieron por acoger el requerimiento y declarar que el precepto legal contenido en el inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal produciría, en caso de volver a aplicarse en el juicio que se le sigue al imputado en la gestión pendiente, un resultado contrario a la Carta Fundamental, por infringir las garantías de la libertad personal contenidas en las letras c) y e) del numeral 7º de su artículo 19; todo ello, en virtud de los fundamentos que pasan a exponer:

PRIMERO: Que, tal como se razona en el considerando octavo del fallo que precede, el precepto legal cuestionado podría llegar a tener una nueva aplicación en la causa en el evento de que se presente y acoja recurso de nulidad y se dejen sin efecto las actuaciones seguidas. En tal situación, el imputado quedaría en libertad y el artículo 149 sólo podría tener aplicación si se iniciara en su contra un nuevo juicio, que provocara su detención para ponerlo a disposición del tribunal. Si, en tal supuesto, se solicitare medida de prisión preventiva, el juez la negare y ello fuere apelado, el imputado deberá -por aplicación del precepto legal atacado- permanecer privado de libertad, en tanto no se adopte decisión definitiva por la Corte de Apelaciones respectiva.

SEGUNDO: Que en los supuestos establecidos en el considerado que antecede, únicos en los cuales el precepto impugnado podría llegar a aplicarse, el mismo produciría efectos contrarios a lo dispuesto en la letra e) del numeral 7º del artículo 19 de la Carta Fundamental. En esa norma, la Constitución asegura que la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para alguno de los tres bienes que la propia norma señala. En cambio, si llegara a aplicarse la disposición legal cuestionada, la privación de libertad del imputado se mantendrá aun cuando el juez expresamente haya resuelto que no la considera necesaria. La contradicción de ambas normas es palmaria y la Carta Fundamental no autoriza que un imputado puesto a disposición de un juez permanezca privado de libertad por la sola voluntad de un fiscal del Ministerio Público;

TERCERO: Que, en caso de verificarse los supuestos indicados en el considerando 1º de esta disidencia y recibir aplicación el precepto impugnado en la gestión pendiente, la misma resultaría también contraria a lo dispuesto en la letra c) del numeral 7º del artículo 19 de la Carta Fundamental. En esta norma se asegura a toda persona que no podrá ser arrestada ni detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley. En la especie, el imputado permanecería privado de libertad en contra de la orden de la única autoridad competente, como lo es el juez de garantía y por la sola manifestación de voluntad de que así ocurra, no la orden, de un fiscal, que, en tales casos tampoco ha sido expresamente facultado por la ley para prolongar una detención.

Redactó la sentencia el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán y la disidencia el Ministro señor Jorge Correa Sutil.

Comuníquese, regístrese y archívese.

Rol N° 1065-2008.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, don Juan Colombo Campbell, y por los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

RECHAZA REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DE NORMAS QUE FACULTAN A LA JUSTICIA MILITAR PARA CONOCER DE DELITOS COMUNES COMETIDOS POR CIVILES.

Tribunal: Tribunal Constitucional.

Resumen:

Durante la tramitación ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago de una causa por obstrucción a la justicia, en la cual figuraban como imputados personas civiles conjuntamente con funcionarios policiales, el Juez de Garantía Sr. Daniel Urrutia Labreaux dedujo un requerimiento de inaplicabilidad de diversas normas del Código de Justicia Militar que permiten que la Justicia Militar pueda conocer de delitos comunes como el de la especie, inclusive cometidos por civiles.

El Tribunal Constitucional rechazó este requerimiento, por cuanto las cuestiones de competencia entre la Justicia Militar y la Ordinaria habían sido resueltas en ese caso y el asunto estaba ya radicado en el Juzgado de Garantía respectivo, de modo tal que las normas impugnadas no iban a poder tener aplicación en dicho proceso, de lo cual se concluye que el Juez Sr. Urrutia no podía ser considerado el "juez que conoce del asunto", en los términos señalados en el artículo 93 N° 6 inciso 11 de la Constitución Política de la República, careciendo por lo mismo de un interés que pudiera ser protegido por esta vía, todo lo cual obstaba a su requerimiento.

Texto completo:

Santiago, veinticuatro de noviembre de dos mil ocho.

Vistos:

Con fecha diecisiete de enero de dos mil ocho, por oficio N° 319-2008, el Juez del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, Daniel Urrutia Laubreaux, ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de diversos artículos del Código de Justicia Militar.

En auto motivado el Juez requirente expone que los funcionarios de Carabineros Cabo 1° Anthony Crespo Santel y Cabo 1° Jhon Vera Aros detuvieron a Mauricio Esteban Orellana Salinas por su supuesta participación en el delito de robo con intimidación, siendo formalizado y decretándose su prisión preventiva. Posteriormente, el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago le otorgó la libertad, dictándose sentencia absolutoria en el caso.

Una de las víctimas de la causa, señora Rosa Hidalgo Gómez, compareciendo ante la Fiscal del caso señala que en su declaración había mentido, ya que nunca había sido amenazada ni agredida por el imputado, y todo lo dicho en su contra se debió al temor de perder su trabajo, y que además la administradora y guardias del local, junto a los carabineros aprehensores, le pidieron que declarara en contra del imputado.

Debido a lo anterior es que Orellana Salinas interpuso una querrela por el delito de obstrucción a la investigación, tipificado en el artículo 269 bis del Código Penal, en contra de los que resulten responsables.

La defensa de los carabineros dedujo un incidente de nulidad por estimar que el Juzgado de Garantía carece de competencia para conocer del delito en cuestión, lo que fue rechazado,

formalizándose a los imputados. Se apeló de la denegatoria de incompetencia y la Corte de Apelaciones de Santiago declaró abandonado el recurso por incomparecencia del recurrente.

Posteriormente la defensa de los carabineros interpuso un recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones de Santiago, fundado en la incompetencia del tribunal, lo que fue rechazado por exceder el marco del recurso.

De esta forma, el requirente señala que la gestión pendiente es la investigación fiscal abierta, agregando que, vencido el plazo de cierre judicial y una vez cerrada la investigación, el Ministerio Público eventualmente acusará tanto a los civiles como a los carabineros, lo que dará origen a la citación a la audiencia de preparación de juicio oral, y en aquella oportunidad los imputados podrán oponer, como excepción de previo y especial pronunciamiento, la incompetencia del Juez de Garantía.

Indica que los fundamentos de sus alegaciones son los siguientes:

Juez natural.

Expresa que toda persona que sea imputada de un delito tiene derecho a ser juzgada por un tribunal competente, independiente e imparcial.

La garantía del juez natural es otorgarle valor a la presunción de inocencia. Tal derecho se manifiesta en una serie de otros derechos, como el de contar con un tribunal imparcial, establecido con anterioridad a la comisión de los hechos, ser oído ante el tribunal, contar con un abogado de confianza y con la posibilidad de preparar una defensa y presentar pruebas de descargo.

En el caso de la Justicia Militar, por sus peculiaridades, se altera la garantía del juez natural, ya que ésta debe allí ser comprendida y aplicada de manera restrictiva.

Excepcionalidad de la jurisdicción militar.

Sostiene que esta jurisdicción posee una estructura propia, basada esencialmente en un procedimiento escrito, secreto e inquisitivo, en que todas las actuaciones son sustanciadas por funcionarios que integran cuerpos militares, que poseen amplias facultades de investigación para determinar los supuestos del delito.

La esencia del injusto de los delitos militares es que la infracción la comete un militar, infringiendo los deberes que la naturaleza de su trabajo le impone.

La lesión del bien jurídico se refiere a la eficiencia de las Fuerzas Armadas, como órgano técnico profesional especializado en la protección de la seguridad del Estado.

Afirma, además, que la justicia militar no cumple con otros dos principios nucleares del debido proceso, esto es, la independencia e imparcialidad de los jueces, que descansan en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Añade que pugna con la Carta Fundamental y su bloque de constitucionalidad -constituido además por los tratados internacionales sobre derechos humanos- el artículo 70-A del Código de Justicia Militar, al ordenar la integración del Auditor General del Ejército a la Corte Suprema, creando así un tribunal especial para esta jurisdicción.

Finalmente indica que “existiendo claramente dudas acerca de la concordancia de los preceptos del Código de Justicia Militar ya citados, con el bloque de constitucionalidad”, solicita pronunciamiento para el caso concreto.

Precisando las normas del Código de Justicia Militar cuya inaplicabilidad solicita, expone: “la aplicación de los siguientes artículos del Código de Justicia Militar, artículos 5º N° 3, en relación al artículo 6º; Art. 10, Art. 11, Art. 70-A, 405, 421, 426, en general, todas aquellas normas del Código de Justicia Militar que autorizan a los juzgados militares a juzgar civiles por delitos comunes, pueden resultar decisivos en la resolución del asunto y eventualmente contrarios a la carta fundamental, tanto en la discusión de la competencia del tribunal, como de la prosecución del juicio, por la falta de garantías judiciales y tanto más, en la dictación de una sentencia de término, que en el caso concreto y por ser eventualmente juzgados ciudadanos civiles por tribunales militares de tiempos de paz, se podrían ver conculcados al menos los siguientes preceptos constitucionales, Artículo 76 y 78, en relación a la independencia e imparcialidad del Poder Judicial. Art. 19 N° 2 de la igualdad ante la ley, pues en Chile no hay grupo ni persona privilegiada; 19 N° 3º debido proceso, todos en relación al art. 5º inciso 2º, y Art. 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Con fecha cuatro de marzo de dos mil ocho, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró la admisibilidad del requerimiento suspendiendo el procedimiento y pasando los antecedentes al Pleno para su sustanciación.

Con fecha veintitrés de mayo de 2008, el Ministerio Público Militar, al evacuar sus observaciones, señaló que la presentación del requirente carece del requisito de admisibilidad consistente en la existencia de una gestión pendiente en que deban aplicarse las normas impugnadas. En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago dejó a firme una resolución que el juez requirente había dictado estableciendo su competencia, por lo cual esta competencia no se encuentra pendiente de resolución, habiendo sido resuelta a su favor por la Corte. Así, las normas que deberá aplicar en la tramitación de la causa no dicen relación con el Código de Justicia Militar.

Citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional, concluye el Ministerio Público que el requerimiento deducido no cumple con la exigencia del artículo 93 N° 6 de la Constitución, ya que se ha solicitado la declaración de inaplicabilidad de disposiciones que en caso alguno se aplicarán al caso, consistente en una investigación del presunto delito de obstrucción a la investigación, delito tipificado en el artículo 269 bis del Código Penal. De esta manera el juez requirente no aplicará los preceptos legales impugnados y éstos no serán decisivos en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Manifiesta el Ministerio Público además que, de cualquier forma, las normas impugnadas son constitucionales, aun cuando no serán aplicadas por el juez requirente, y ello porque los tribunales militares en tiempo de paz forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales, rigiéndose en su organización y atribuciones por las disposiciones contenidas en el Código de Justicia Militar y leyes complementarias,

de acuerdo al artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales. El artículo 83, inciso final, de la Constitución dispone por su parte que “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”, lo que desvanece todo argumento del requerimiento. Añade que en el inciso final de la disposición octava transitoria de la Constitución se establece que “el capítulo VII «Ministerio Público», la ley orgánica constitucional del Ministerio Público y las leyes que, complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones”. Es del caso advertir que la Reforma Procesal Penal no ha entrado en vigencia en materia de Justicia Militar, por lo que continúan en aplicación el Código de Procedimiento Penal y las respectivas normas del Código Orgánico de Tribunales, ya que están amparadas por la misma Constitución.

Finalmente, el Ministerio Público Militar indica que el artículo 66 de la Ley N° 19.806, sobre Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal, señala que las prescripciones de esa normativa no

afectarán a las disposiciones contenidas en el Código de Justicia Militar. Este cuerpo normativo fue sometido a control preventivo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, sin que su artículo 66 haya recibido reproche alguno, teniendo claro que exceptúa en forma expresa a la Justicia Militar de la Reforma Procesal Penal, manteniendo intactas sus facultades y normas jurídicas, por lo que continúan en vigor para esa jurisdicción. En todo caso, la justicia castrense ha sido objeto de numerosas reformas, reduciendo sustancialmente su competencia y modificándola, las que han sido todas sometidas a control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

Se ordenó traer los autos en relación y con fecha nueve de octubre de dos mil ocho se procedió a la vista de la causa. La presentación del Juez requirente fue expuesta por el abogado Francisco Cox Vial, y alegaron en esta causa los abogados Marcelo Cibié Bluth, por el Ministerio Público Militar; Gonzalo Medina Schulz, de la Defensoría Penal Pública, en representación de Rosa Hidalgo Gómez; Héctor Mery Romero, representante de Sandra Hurtado Tapia, y Alejandro Laura Teitelboim, representante de Samuel Ríos Salgado.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal “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 el artículo 93, inciso décimo primero, de la Carta Fundamental establece que, en tal caso, "la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto", agregando 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 razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley";

TERCERO: Que este proceso se ha iniciado por requerimiento del juez titular del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, con arreglo a lo previsto en el citado artículo 93, inciso décimo primero, de la Constitución Política.

Se funda en que la aplicación de los artículos 5º N°3, 10, 11, 70-A, 405, 421 y 426 del Código de Justicia Militar vulnera, a lo menos, los artículos 76, 19 N°2 y 19 N°3, todos en relación al artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política y diversas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

CUARTO: Que la historia del establecimiento de la Ley N° 20.050, sobre las reformas constitucionales aprobadas en 2005, proporciona muy limitados antecedentes acerca de la legitimación activa del juez de la causa para plantear una cuestión de inaplicabilidad.

Desde luego, en los dos proyectos de reforma constitucional que originaron su tramitación (de la Alianza y de la Concertación, respectivamente, boletines 2.526-07 y 2.534-07) se contemplaba el traspaso del recurso de inaplicabilidad

al Tribunal Constitucional, mas sólo por la denominada "vía de recurso", sin darle iniciativa al juez que conoce del asunto.

Posteriormente, en el "Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento" del Senado, de fecha 6 de noviembre de 2001, recaído en las dos mociones de reforma, consta que fueron invitados a la comisión los ministros de este Tribunal señores Eugenio Valenzuela y Juan Colombo.

En la pág. 511 de dicho informe se indica que el Ministro señor Valenzuela sugiere "que la acción de inaplicabilidad pueda ser iniciada por el juez que conoce de la causa o por las partes que forman el litigio y que para el recurso de inconstitucionalidad exista acción popular, vale decir, que cualquier persona pueda pedir la inconstitucionalidad de esa ley con efecto general".

Tras discutir el tema (no se consigna en el acta el detalle del debate), la comisión acordó introducir en el texto finalmente aprobado que "la acción podrá ser deducida de oficio por el tribunal que conoce de la gestión y por quien sea parte en ella, antes de la sentencia", redacción que después será perfeccionada según consta en el Primer Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de fecha 22 de junio de 2005, en el cual se introdujo el texto del inciso décimo primero del actual artículo 93 (también sin registrarse en el acta el debate o las razones del cambio);

QUINTO: Que la habilitación al juez de la causa para entablar la cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal, inédita en nuestro ordenamiento jurídico, tiene

como antecedente en el derecho comparado (en Alemania, Italia y España) la facultad del juez para consultar al Tribunal Constitucional las dudas de constitucionalidad que le merezca una norma jurídica;

SEXTO: Que la aludida cuestión de inaplicabilidad se encuentra sometida a requisitos comunes, sea el juez o las partes quienes la formulen, ya que la disposición constitucional no hace distinción alguna.

No obstante lo anterior, no puede desatenderse que el interés legítimo que sustenta la acción no es exactamente el mismo en ambos casos. Las partes del juicio procuran la tutela de un derecho subjetivo o de un interés protegido; el juez, por su lado, vela por la supremacía constitucional, dando cumplimiento al mandato del artículo 6º de la Carta Fundamental, pues su función propia es resolver una controversia entre partes, decidiendo imparcialmente el asunto concreto sometido a su conocimiento, de acuerdo a la Constitución y a las leyes;

SÉPTIMO: Que la acción de inaplicabilidad se dirige a establecer los efectos contrarios a la Constitución que la aplicación de un precepto legal provoca al regular una relación jurídica determinada y no a contrastar la compatibilidad, en abstracto, de un norma legal con la Ley Fundamental.

Si bien la inconciliabilidad absoluta de ley y Constitución genera consecuentemente un efecto contrario a esta última en la aplicación de aquélla a la relación jurídica singular -en el caso de que se trate y, por regla general, en cualquier otro-, en la especie no se cuestiona la aplicación de determinadas y precisas normas legales, explicando cómo cada una de ellas

produce efectos contrarios a la Carta, sino que se impugna genéricamente un elemento relevante de un sistema jurisdiccional, el penal militar.

Sin perjuicio de las críticas doctrinarias al mismo y del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Chile que se invoca, a propósito de una situación jurídica determinada (caso Palamara Iribarne, sentencia de 22 de noviembre de 2005), el juzgamiento de la acción de inaplicabilidad exige establecer si, en el caso específico, resulta contraria a la Constitución la aplicación de ciertos y determinados preceptos legales. Tal exigencia atribuye al interesado la carga de la argumentación y, eventualmente, de la prueba de las circunstancias concretas que en esa relación jurídica -como se alega- privan de imparcialidad al tribunal del fuero militar, disminuyen a límites inaceptables el derecho de defensa del imputado civil o atentan contra las bases de un procedimiento e investigación racionales y justos;

OCTAVO: Que, en este caso, la cuestión planteada por el juez de la causa involucra un enjuiciamiento global del sistema procesal penal militar, en su modalidad de aplicación al juzgamiento de civiles por delitos comunes, como se refleja en el considerando segundo de la presentación del requirente, cuando afirma que “la aplicación de los siguientes artículos del Código de Justicia Militar, artículos 5º N° 3, en relación al artículo 6º; Art. 10, Art. 11, Art. 70-A, 405, 421, 426, en general, todas aquellas normas del Código de Justicia Militar que autorizan a los juzgados militares a juzgar civiles por delitos comunes, pueden resultar decisivos en la resolución del asunto y eventualmente contrarios a la carta

fundamental, tanto en la discusión de la competencia del tribunal, como de la prosecución del juicio, por la falta de garantías judiciales y tanto más, en la dictación de una sentencia de término”;

NOVENO: Que, por otra parte, esta Magistratura debe determinar si, al tenor de la cuestión planteada, las normas reprochadas producen en su aplicación al caso sublite efectos contrarios a la Constitución.

Para tal fin, resulta indispensable estimar si la relación jurídica concreta objeto del juzgamiento de la instancia se ve afectada o concernida por la aplicación de los preceptos legales reprochados;

DÉCIMO: Que el artículo 5° N° 3 del Código de Justicia Militar confía a la jurisdicción militar el conocimiento “de las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas”.

Como se desprende del texto citado, cada uno de los supuestos de la norma carece de aplicación a la relación jurídica que se juzga y, por ende, aquélla no es decisiva en la resolución del asunto;

DECIMOPRIMERO: Que el artículo 6° del Código de Justicia Militar prescribe que para los efectos de este Código, se considerarán militares los que se encuentren comprendidos en las leyes de planta o dotación del

Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Carabineros; los alumnos que efectúen los dos últimos años de estudios en las Escuelas Matrices para Oficiales de las Fuerzas Armadas, y los aspirantes a Oficiales que integran los cursos de la Escuela de Carabineros; los Oficiales de Reclutamiento; los conscriptos; los miembros de las Fuerzas Armadas desde que sean llamados al servicio; las personas que las sigan en campaña en el estado de guerra; y los prisioneros de guerra”.

Si el elemento medular de la cuestión de constitucionalidad formulada es el juzgamiento de civiles por juzgados militares y sus efectos en la competencia del tribunal, no se advierte la influencia decisiva, en la resolución de una situación jurídica que afecta a civiles, de una norma que simplemente califica la condición militar. El precepto, pues, es absolutamente irrelevante en la decisión del asunto;

DECIMOSEGUNDO: Que el artículo 10 del Código de Justicia Militar dispone lo siguiente: “Será competente para conocer de los delitos militares, el juzgado institucional que corresponda al cuerpo armado ofendido por el hecho descrito en la ley; y del delito común, el tribunal que corresponda a la institución a que pertenezca el sujeto activo del delito. En el caso de que fueran dos o más las instituciones ofendidas o si hubiere procesados pertenecientes a distintas instituciones militares, será competente el juzgado institucional que primero haya comenzado a instruir el proceso. Si no se supiere cuál fue ese tribunal, será competente el que designare el tribunal superior encargado de resolver las cuestiones de competencia entre los juzgados institucionales comprometidos en la causa”.

De manera análoga a lo expuesto precedentemente, puede concluirse que esta disposición, referida a la competencia en el conocimiento de delitos cometidos por militares, carece de vinculación con el reproche al juzgamiento por tribunales militares de delitos cometidos por civiles y su aplicación no es pertinente ni decisiva en la resolución del asunto;

DECIMOTERCERO: Que, en el mismo orden de consideraciones, carece de todo fundamento constitucional la impugnación a los artículos 405, 421 y 426 del Código de Justicia Militar, que aluden a delitos militares especiales, relativos a Carabineros de Chile; a la definición de acto de servicio, y a la comprensión de la palabra “Ejército”;

DECIMOCUARTO: Que, por asociarse más propiamente al contenido esencial de la cuestión de inaplicabilidad propuesta, se analizarán separadamente las disposiciones de los artículos 11 y 70-A del Código de Justicia Militar;

DECIMOQUINTO: Que el artículo 11 del Código de Justicia Militar establece que “el Tribunal Militar tendrá jurisdicción para juzgar no sólo al autor de un delito de jurisdicción militar, sino también a los demás responsables de él, aunque no estén sujetos a fuero.

Tendrá, asimismo, jurisdicción para conocer de los delitos que sean conexos, aun cuando independientemente sean de jurisdicción común, salvo las excepciones legales.

No se alterará la jurisdicción cuando el Tribunal Militar, al dictar el fallo, califique como delito común un hecho que se tuvo como delito militar durante la tramitación del proceso”;

DECIMOSEXTO: Que, respecto de este capítulo de inaplicabilidad, debe señalarse que por su ejercicio se persigue privar de su eventual competencia a un tribunal militar para juzgar, por los hechos del proceso, a imputados civiles, cuestión sobre la que dichos imputados carecen de interés digno de tutela en esta fase, toda vez que la resolución del juez de garantía que afirmó su competencia para conocer del asunto quedó ejecutoriada. Como se ve, el precepto en cuestión no está llamado a tener aplicación en una gestión de la que conozca actualmente el juez de garantía recurrente.

Resulta evidente, entonces, que el peticionario carece de un interés que pueda ser protegido por esta vía, como que no es “el juez que conoce del asunto” en que el precepto legal objetado podría aplicarse y no se persigue la inaplicabilidad de un precepto en una gestión “que se siga ante un tribunal” actualmente, exigencias impuestas en el artículo. 93, Nº 6 e inciso décimo primero de la Constitución.

Además, debe observarse que no se ha reprochado constitucionalmente la aplicación del artículo 169 del Código Orgánico de Tribunales, que provoca similar efecto al precepto que se está analizando, cuyo tenor se transcribirá: “Si siendo muchos los responsables de un delito hubiere entre ellos individuos sometidos a los tribunales militares y otros que no lo estén, el tribunal competente para juzgar a los que gozan de fuero juzgará también a todos los demás”;

DECIMOSÉPTIMO: Que el requirente representa la posibilidad de que en la audiencia de preparación del juicio oral se invoque la disposición comentada

en apoyo a una excepción de previo y especial pronunciamiento.

Ese suceso, futuro e incierto, de ocurrir efectivamente podría suscitar la aplicación del precepto. Pero en este proceso constitucional debe calificarse la aplicabilidad de una norma en una gestión judicial en curso -vigente- y no en una eventual, en relación a la cual quienes están legitimados para la acción no pueden ejercitarla anticipadamente.

La gestión judicial no se equipara a instancia, sino a la precisa actuación de que se trata. En la especie, no hay una gestión pendiente en la que el precepto pueda tener aplicación decisiva, pues ella se encuentra terminada o agotada.

Aún más, no se ha cerrado la investigación e, hipotéticamente, puede la Fiscalía no perseverar en dicha investigación, instar por el sobreseimiento o acusar, único evento en que se abre la posibilidad de aplicación del precepto impugnado (si alguno de los imputados opone la excepción de incompetencia);

DECIMOCTAVO: Que el artículo 70-A del Código de Justicia Militar establece que “a la Corte Suprema, integrada por el Auditor General del Ejército o quien deba subrogarlo, corresponde también el ejercicio de las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas a que alude el artículo 2º de este Código, en relación con la administración de la justicia militar de tiempo de paz, y conocer:

1º De los recursos de casación, así en la forma como en el fondo, contra las sentencias de las Cortes Marciales;

2º De los recursos de revisión contra las sentencias firmes en materia de

jurisdicción militar de tiempo de paz;

3º De los recursos de queja contra las resoluciones de las Cortes Marciales y, en segunda instancia, de los recursos de queja de que éstos conocieren;

4º De las solicitudes de implicancia o recusación contra los Ministros de las Cortes Marciales;

5º De las contiendas de competencia entre un tribunal militar y otro del fuero común;

6º De las contiendas de competencia entre juzgados institucionales que dependen de diferentes Cortes Marciales y de las que se susciten entre éstas;

7º De la extradición activa en los procesos de la jurisdicción militar”.

Las consideraciones estampadas anteriormente respecto del interés tutelado y de la aplicabilidad del precepto, son plenamente atingentes a la impugnación de esta norma.

No existe actualmente contienda de competencia entre un tribunal militar y otro del fuero común que haga operante la atribución del número cinco de este precepto, ni actuación de Corte Marcial alguna que pueda ser revisada por la Corte Suprema;

DECIMONOVENO: Que, en virtud de las motivaciones precedentes, esta Magistratura no acogerá la cuestión de inaplicabilidad propuesta.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 6º, 19 y 93 Nº 6 de la Constitución Política de la República y disposiciones pertinentes de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO. DÉJESE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DECRETADA.

Redactó la sentencia el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 1029-08-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don 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, señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

EL CONCEPTO DE EMPLEADO PÚBLICO PARA EFECTOS PENALES

——— Unidad Especializada Anticorrupción Fiscalía Nacional del Ministerio Público'

El Concepto de Funcionario Público en nuestra Doctrina y Jurisprudencia

La calidad de funcionario público constituye uno de los elementos esenciales y característicos de los denominados delitos funcionarios, toda vez que el sujeto activo de estos delitos debe revestir esa calidad.

Por ello, en cada investigación por corrupción pública, uno de los primeros elementos que deben ser acreditados es la calidad de empleado público a los efectos penales, conforme a la interpretación que se realiza del artículo 260 del Código Penal y, por cierto, uno de los primeros debates que plantea la defensa radica en negar que el imputado revista tal condición.

Una de las discusiones frecuentes dice relación con la definición que realiza el Derecho Administrativo a este respecto, la que, evidentemente, no es la recogida por nuestra doctrina y jurisprudencia, las que han realizado un acabado desarrollo de este concepto desde la perspectiva del Derecho Penal, delimitando correctamente sus alcances y contornos.

Esta permanente discusión ha puesto de relieve nuestra necesidad de pronunciarnos sobre el tema, recordando la historia de las modificaciones legales sufridas por el artículo 260, y procurando organizar temáticamente la abundante literatura existente sobre la materia.

a) Historia del artículo 260 del Código Penal.

Al revisar la historia del concepto de funcionario público, encontramos que el texto original del actual artículo 260, era el siguiente:

“Para los efectos de este título y del párrafo IV del título III, se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de nombramiento del Jefe de la República, ni reciba sueldo del Estado”.

Esta definición, en opinión de Etcheberry era *“lo suficientemente amplia como para incluir todas las categorías de personas que ahora son mencionadas expresamente, ya que la locución “cargo público” se refería a cualquier clase de vinculación, permanente o accidental, a las funciones propias de la administración pública, con las responsabilidades y deberes que ellas suponen”*².

1 El presente artículo corresponde a un extracto del Manual de Delitos de Corrupción de la Unidad Especializada Anticorrupción del Ministerio Público coordinado, en esta parte, por el abogado de la misma Unidad, don Hernán Fernández Aracena.

2 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1998. Página 205.

Sin embargo y, dada la forma en que los Tribunales interpretaron la norma, el legislador vislumbró la necesidad de modificarla.

En ese sentido hay 3 fallos que podemos destacar, en orden cronológico:

- El más antiguo se refiere a que *“la disposición del artículo 193 no comprende a un Alcalde, pues éste no es empleado público”*³.
- Otro fallo señala que *“los empleados de una institución semifiscal, como la caja de crédito minero... no pueden ser considerados como empleados públicos para los efectos de sancionar los actos de defraudación por ellos cometidos en el desempeño de sus cargos...”*⁴
- Finalmente, en otra sentencia se indica que *“los empleados de las instituciones semifiscales no son empleados públicos”*.⁵

Como se dijo, fallos judiciales como los citados motivaron la dictación de la Ley N° 13.211, de 21 de noviembre de 1958, que estatuyó el siguiente texto del artículo 260 (destacamos sus agregados):

*“Para los efectos de este título y del párrafo IV del título III, se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, **semifiscal, de administración autónoma y municipal**, aunque no sea de nombramiento del Jefe de la República, ni reciba sueldo del Estado.”*

De esta forma, alcaldes y empleados semifiscales claramente era funcionarios públicos a los efectos penales.

Sin embargo, el actual texto del artículo 260 fue fijado tras la reforma realizada por la Ley N° 15.078, de 18 de diciembre de 1962, quedando su texto de la siguiente forma (destacamos sus agregados).

Artículo 260 *“Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Libro III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo **o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él**, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. **No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”**.*

Esta modificación ha implicado precisar que, para los efectos penales, lo que importa es la función pública desempeñada por sobre la naturaleza del cargo. En este sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema *“Los empleados de organismos semifiscales, de administración autónoma y municipales sólo quedaron comprendidos en el artículo 260 a partir de la modificación introducida por la ley 13.211, que cambió el criterio orgánico de la definición de empleado público, agregando*

3 Sentencia de la Corte de Tacna de 16 de diciembre de 1912, citada en “Repertorio del Código Penal y leyes complementarias”, edición de 1995, página 131.

4 Sentencia de la Corte Suprema de 04 de noviembre de 1948, citada en “Repertorio del Código Penal y leyes complementarias”, edición de 1995, página 131.

5 Sentencia de la Corte Suprema de 01 de septiembre de 1951, citada en “Repertorio del Código Penal y leyes complementarias”, edición de 1995, página 131.

*el concepto de función pública, de manera de incorporar al criterio de la naturaleza de la función desempeñada para la determinación de empleado público*⁶.

Respecto al **concepto de cargo público**, debemos tener en cuenta lo siguiente:

“Con motivo de un proyecto de ley del gobierno, en 1962, para reorganizar los servicios de Impuestos Internos, Tesorería, Aduanas y el Consejo de Defensa del Estado, en el segundo trámite, en el Senado, la Comisión de Gobierno encomendó a los profesores Novoa Monreal y Silva Cimma redactar algunas enmiendas a las leyes orgánicas de esos servicios y reemplazar el art. 260 del CP.

En virtud de lo anterior, el art. 260 pasó a tener la siguiente redacción, que conserva hasta hoy: “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

La modificación asimila los conceptos de cargo y función, incorporando expresamente la expresión “función pública” al concepto de empleado público.

b) Análisis del artículo 260 del Código Penal.

Como lo adelantamos, se cuestiona en Doctrina si el concepto de empleado público del Derecho Penal debe ser el mismo del Derecho Administrativo⁷, llegando a la conclusión que *“el concepto penal de funcionario público es una noción autónoma y propia de esta rama jurídica. La autonomía se funda en que al legislador penal no le interesa tanto la “calificación jurídica” que merezca el desempeño de un trabajo o responsabilidad en la Administración, sino el hecho de que un sujeto interviene en el funcionamiento de la Administración, dependiendo de él la corrección de un Servicio Público*⁸.

Ello nos lleva a analizar la norma del artículo 260 del Código Penal.

6 Sentencia de la Corte Suprema publicada en Revista Fallos del Mes N° 42, mayo 1962, Pág. 88.

7 De acuerdo al artículo 3° del Estatuto Administrativo, cargo público es *“aquél que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1°, a través del cual se realiza una función administrativa”*. Esa definición deja fuera a los empleados a honorarios, lo que ha ratificado la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República que ha señalado entre otros dictámenes N°s. 47.066, de 2000 y 38.989, de 2002, que las personas que prestan servicios a la Administración sobre la base de honorarios, no poseen la calidad de funcionarios y tienen como única norma reguladora de sus relaciones con ella el propio convenio, careciendo de los derechos de que gozan los empleados públicos.

8 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos contra la Función Pública*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2005. Página 122.

b.1. Ámbito de aplicación del 260. El concepto contenido en el artículo 260 del Código Penal comienza con una supuesta restricción pues señala que ella tendrá aplicación para los delitos contemplados en el “Título V del Libro II” y para los efectos del “Párrafo IV del Título III” del mismo libro.

Labatut entiende que, respecto de los restantes delitos no contemplados en los citados párrafos, el concepto de empleado público es el fijado por el Estatuto Administrativo. Criterio que no comparte Etcheberry pues los fines del Derecho Penal son “*más vastos que los del derecho administrativo*” y, teniendo en cuenta que la noción que establece el Estatuto Administrativo sólo existe “*para los efectos de determinar quiénes son los sujetos de derechos y deberes que el propio estatuto señala*”. En cambio, el interés del Derecho Penal cubre muchos otros aspectos distintos de las actividades de los funcionarios públicos, por lo que teniendo presente el concepto funcional de empleado público, para este autor la definición del 260 “*es valedera para todos los casos en que la ley penal se refiere a empleados o funcionarios públicos como sujetos activos de delito*”.

En ese mismo sentido ha fallado el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, respecto de una receptora judicial acusada por el delito de falsificación de instrumento público del artículo 193 del Código Penal, que en su considerando Noveno indicó: “*si bien la definición de funcionario público contenida en el artículo 260 del Código Penal, no se extiende a este delito por expresa remisión al Título V y párrafo IV del Título III que no lo comprenden, tampoco puede adoptarse la definición del Estatuto Administrativo, que sólo es aplicable para los efectos propios de dicho cuerpo legal. Los funcionarios del Poder Judicial tienen un estatuto propio incorporado en el Código Orgánico de Tribunales y la circunstancia de que algunos funcionarios auxiliares de la Administración de Justicia no se remuneren con fondos fiscales, sino con derechos o emolumentos pagados por particulares, no afecta su calidad de empleados públicos, ya que entre otras cosas, el Código Orgánico de Tribunales hace a los notarios y receptores ministros de fe pública, lo que hace más evidente aún la calidad pública de su empleo o función, hasta el punto que solamente ellos pueden incurrir en algunas de las falsedades señaladas en el artículo 193 del Código Penal*”⁹.

Finalmente no debe olvidarse el elemento de interpretación sistemático de la ley, al que se refiere el inciso segundo del artículo 22 del Código Civil que textualmente indica “*Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto*”. De forma que el concepto de empleado público del artículo 260 debe ser aplicable a las definiciones de empleado público que contiene el Código Penal en otras normas distintas a las que alude el artículo 260, como por ejemplo, los artículos 119, 134, 135, 193, 199, 203, 299, 439, 485 N° 1, o las contempladas en leyes especiales, por aplicación del criterio sistemático, dado que la definición penal es más específica, cercana, versando sobre asuntos similares, que la contemplada por el derecho administrativo.

9 ETCHEBERRY. O. cit, Páginas 206 y 207.

10 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta de 11 de diciembre de 2003, causa RUC N° 0210000692-0, RIT N° 95-2003.

b.2. Vinculación del funcionario con el Estado. El concepto del artículo 260 envuelve a quienes desempeñen un cargo o una función pública, cualquiera sea el carácter del órgano para el que ejerzan estas funciones o la naturaleza jurídica del vínculo que los une al correspondiente servicio.

El señalado concepto abarca, por tanto, a quienes se desempeñen en los órganos del Estado, descritos y regulados por la Constitución Política de la República, aquellos a que se refiere el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, -cuyo texto actualizado fue fijado por el D.F.L. N° 1/19.653, de 13 de diciembre de 2001- y a los regulados por estatutos especiales, incluyendo a quienes se desempeñen como gerentes, directores, administradores y funcionarios de empresas públicas creadas por ley (estén dotadas o no de estatuto jurídico propio y rigiéndose por la ley común aplicable a los particulares) y en las corporaciones municipales dedicadas al cumplimiento de funciones municipales de educación y salud y siempre que no exista una norma expresa que los excluya de esta denominación o existan normas especiales de responsabilidad.¹¹

En consecuencia, para efectos penales son empleados públicos aquellos que se desempeñan en un órgano del Estado, aun cuando se vinculen con la Administración mediante un contrato de trabajo. En ese sentido, fallo de la Corte Suprema de 1962, *“Aunque el Estatuto Orgánico de una empresa dependiente de CORFO señale que sus empleados estarán sometidos a las disposiciones del Código del Trabajo y sus leyes complementarias, debe tenerse presente que tal determinación obedece a fines administrativos y de orden previsional y que ella en ningún caso puede marginar a todos los empleados de las responsabilidades por los delitos que cometen en el desempeño de sus cargos públicos o interés colectivo”*¹².

Tampoco constituye óbice para considerar funcionario público a quien se vincula mediante una “contrata” con el Estado. En este sentido se pronunció el Juzgado de Garantía de Antofagasta en el 2004 señalando que *“la calidad de empleado público de los acusados consta del hecho no controvertido que desempeñaban funciones como estafetas de Carabineros, cargo para el cual requirieron ser contratados por la Policía de Carabineros, según consta de las respectivas resoluciones de contrata, y que de no mediar tal contrata no pudieron desempeñar tal función, independiente de que pertenecieran o no a la planta de la institución. Así, no puede sino tenerseles como empleados públicos, pues precisamente una de las modalidades bajo las cuales la legislación autoriza para desempeñar funciones en la administración estatal es la de contrata, y más aun si en el caso particular, estas personas percibían remuneraciones con cargo a fondos fiscales”*¹³.

-
- 11 Instructivo General N° 10 de 12 de octubre de 2000 del Fiscal Nacional del Ministerio Público.
- 12 Sentencia de la Corte Suprema publicada en Revista Fallos del Mes N° 42, mayo 1962, Pág. 88.
- 13 Sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Antofagasta en procedimiento abreviado, de fecha 20 de julio de 2004, RUC N° 0300189055-6, causa seguida contra de Héctor Manuel Godoy Guerrero y Juan Segundo Leiva Maldonado por el delito de cohecho.

Respecto de los trabajadores de CODELCO, existen dos precedentes, el del caso seguido en contra de Juan Pablo Dávila, y otro investigado en el nuevo sistema procesal penal.

En la sentencia de primera instancia del Ministro en visita designado para conocer el caso “CODELCO-Dávila” en su considerando N° 36 se señaló que *“Las personas encargadas de desarrollar la gestión conducente a la consecución, de los fines que la ley asigna a la Corporación nacional del cobre de Chile y a la Empresa Nacional de Minería, son agentes del estado y tienen calidad de funcionarios públicos, lo que queda en evidencia por la circunstancia de que las operaciones que realizan, comprometen su patrimonio estatal y como Codelco y Enami son empresas del estado, su patrimonio debe ser celosamente protegido de cualquier riesgo que escape al giro de ellas”*.

Además, indicó que *“empleo público es aquel que vincula al empleado a la actividad del Estado en cualquiera de sus manifestaciones, que tienda a satisfacer necesidades públicas por medio de sus respectivos servicios”*. El hecho que los sentenciados empleados de Codelco y Enami hubieren estado sometidos al régimen laboral del Código del Trabajo *“no es sino una consecuencia para los efectos administrativos, toda vez que, para los efectos penales son empleados públicos”¹⁴*.

En tanto, en investigación seguida por la Fiscalía Local de Calama, se obtuvo la condena de un funcionario de CODELCO, cuya calidad de empleado público fue discutida por la parte querellante representante de la empresa estatal.

El fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, no modificado por el de la Corte de Apelaciones, señaló que *“Los Directivos, ejecutivos, profesionales, técnicos y administrativos de la Corporación Nacional del Cobre son empleados del Estado y como tales tienen la calidad de funcionarios públicos. Ello, por cuanto, la ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo primero, contempla a las empresas del estado creadas por ley, como es el caso de Codelco, como integrantes del cuadro orgánico de la administración del estado”*. *“La aludida calidad, no se altera por el hecho de que el Decreto Ley 1350 del año 1976 en su artículo 25 inciso 2°, disponga que sus trabajadores estarán sujetos al código del trabajo y sus leyes complementarias, como asimismo a la normativa sobre organización sindical y negociación colectiva que rigen al sector privado, pues la remisión al código laboral, implica solamente la determinación del estatuto que regula al personal de esa entidad, lo que no constituye más que la aplicación del principio contemplado en el actual artículo 18 de la ley 18.575.”*

Finalmente concluye que *“En consecuencia, quienes se desempeñan en ella, tienen la condición de empleados públicos cualesquiera sean las normas que regulan sus relaciones laborales, pues las mismas solo constituyen el estatuto que rige la prestación de*

14 Sentencia de 18 de agosto de 1999, rol N° 144.665-3, dictada por el Ministro en Visita del Quinto Juzgado del Crimen de Santiago, fallo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 16 de octubre de 2003, Rol Ingreso de Corte N° 56.136-99, y cuyos recursos de casación interpuestos fueron rechazados por la Excm. Corte Suprema con fecha 16 de octubre de 2006, Rol N° 5419-03.

sus servicios, pero no el elemento que determina su calidad jurídica... Por lo anterior, ha de considerarse que los elementos integrantes de las empresas públicas creadas por ley, vale decir, sus fines, recursos, personal y régimen jurídico, son de carácter público, resultando un contrasentido pretender que en un organismo de esta naturaleza, sus bienes, capital o utilidades sean privados y sus trabajadores particulares, ya que estos son agentes encargados de su conducción y administración¹⁵.

Estas conclusiones respecto a los empleados de CODELCO, pueden hacerse extensivas a las demás empresas del Estado creadas por ley, como son Ferrocarriles del Estado¹⁶, el Banco Estado¹⁷, el Servicio Agrícola y Ganadero, existiendo fallos previos a la Reforma Procesal Penal que nos ilustran en tal sentido y que puedan resultar igualmente aplicables con posterioridad a la misma.

En ese sentido, fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción¹⁸, en que se analiza que la Empresa de Ferrocarriles del Estado es una persona jurídica de derecho público, representada por su Director General, funcionario que es de nombramiento exclusivo del Presidente de la República, y en que el objeto de la empresa es servir fines públicos, siendo sus recursos “proporcionados por la generalidad de los habitantes del país, siendo por tanto, un servicio público, atendido por agentes públicos”, determinando que los empleados de EFE tienen el carácter de “empleados públicos”.

En cuanto al Banco del Estado de Chile, la Corte Suprema ha fallado¹⁹ que “*El artículo 260 del Código Penal amplía el concepto de empleado público a funcionarios o empleados que pueden no tener el carácter de tales, con respecto a su sistema previsional, o a las relaciones que los rigen con la institución empleadora, pero que debido a la función pública que ejercen, el Código Penal los considera como funcionarios públicos.... Los empleados del Banco del Estado de Chile pertenecen a una institución de administración autónoma estatal y por lo tanto, quedan incluidos dentro de la*

15 Sentencia de 14 de noviembre de 2006 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, RIT N° 84-2006, RUC N° 0310004303-2, no modificada por la decisión de 06 de enero de 2007 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que en autos Rol N° 15-2007, rechazó los recursos de nulidad interpuestos.

16 El DFL N° 1 de 1993 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que fijó el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley Orgánica de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, publicada en el Diario Oficial del 3 de agosto de 1993, señala que ésta “es una persona jurídica de derecho público, constituye una empresa autónoma del Estado, dotada de patrimonio propio, con domicilio en la ciudad de Santiago y se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”.

17 El artículo 1° del Decreto Ley N° 2.079 de 1977, Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile, modificado por la Ley N° 18.840 publicada en el Diario Oficial con fecha 10 de octubre de 1989 establece que ésta es una empresa autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio de duración indefinida, sometida exclusivamente a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda.

18 Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LVII N° 1, 1960, sec. IV pág. 1.

19 Publicado en Revista Fallos del Mes N° 43, junio 1962, pág. 114.

disposición del artículo 260, aunque su sistema de previsión se encuentre regido por la legislación para los empleados particulares y, en consecuencia, los delitos de sustracción o apropiación de los fondos que administran, tiene el carácter de malversación de caudales públicos”.

En relación al SAG, la Corte Suprema ha fallado²⁰ en el sentido que “*el delito de malversación de caudales públicos afecta a todos los funcionarios públicos, lo que no está constreñido a los que actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco, sino que comprende a los de las empresas del Estado, como es el Servicio Agrícola y Ganadero*”.

Respecto a los funcionarios de las municipalidades, tras las reformas sufridas por el artículo 260 no cabe duda que son empleados públicos, sin embargo, la Corte Suprema tuvo que señalarlo expresamente en 1966, fallando²¹: “*Aunque el legislador no ha definido en forma expresa el concepto de “cargo público” diversos preceptos legales y la interpretación de la ley que autoriza el artículo 21 del Código Civil, permiten concluir que un cargo es público, en oposición a la actividad privada, cuando vincula al empleado con las actividades del Estado o de otras corporaciones o entidades destinadas a satisfacer fundamentalmente necesidades públicas, en otras palabras, organismos de carácter permanente cuya finalidad es la satisfacción de tales necesidades de una manera regular y continua y es evidente que las municipalidades, dados los fines que la Constitución Política del Estado y su ley orgánica les señalan, participan de esas características*”.

En relación a la empresa EMPREMAR S.A., la Excma. Corte Suprema²² casó de oficio y revocó la sentencia recurrida, en cuanto había condenado al procesado como autor del delito de fraude al Fisco, tipificado en el art. 239 del Código Penal.

Para ello, el fallo de casación razonó primero que la actividad empresarial que desarrollen las sociedades anónimas, aunque el Fisco tenga participación mayoritaria, no forma parte de la función pública que desarrolla el Estado, debiendo regularse su actividad por las mismas normas que se aplican a los particulares.

Pero además se basó en el hecho de que EMPREMAR S.A. no fue creada por ley, sino que por escritura pública, de acuerdo a las reglas de las sociedades anónimas abiertas, conforme al art. 3 de la Ley N° 18.406, lo que estimó determinante para que no sea considerado un órgano de la Administración del Estado, en los términos establecidos en la Ley de Bases de Administración del Estado, que les da ese carácter a las empresas creadas por ley.

20 Sentencia de la Corte Suprema de 17 abril de 1997, publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV (1197) N° 1 (Enero-Abril) Sección 4. C/Carlos Parra M. y otros.

21 Sentencia de la Corte Suprema publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXIII N° 2, 1966, sección IV, pág. 84.

22 Sentencia de la Corte Suprema de 28 de mayo de 1998, dictada en recurso de casación en la forma y fondo, ingreso C. S. N° 3.886-98 causa seguida contra Guillermo Kegevic Ahumada, y publicada en “Memoria del Consejo de Defensa del Estado”, año 1999, pág. 192.

Por todo lo cual concluye que a los empleados de EMPREMAR S.A. no les puede ser aplicado el artículo 260 del Código Penal.

Esta resolución no ha dado lugar a una jurisprudencia que haya sido sostenida en el tiempo, por cuanto, a nuestro juicio, el art. 260 del Código Penal es comprensivo de los empleos de diferentes tipos de empresas constituidas con recursos estatales, independientemente de su configuración jurídica o regulación.

Respecto a empleados contratados a honorarios, podemos citar el reciente fallo de **la Corte Suprema en el denominado caso MOP- Carlos Cruz**²³, en el que la sentencia discurre respecto del ámbito de aplicación que debe darse al artículo 260 del Código punitivo, optando por darle un alcance extensivo a la noción de empleado público, concluyendo que “para los fines inherentes al Código Penal, es tan empleado público, el que ocupa un cargo creado por la ley en la estructura de un servicio, sea de planta o a contrata, permanente o de carácter transitorio, como aquél que ejerce una función pública, noción cuyo amplio espectro ha sido ya delimitado” y por tanto, deben incluirse dentro de esta categoría quienes ejerzan un cargo público a **honorarios** o incluso “ad honorem”.²⁴

Este fallo es de gran importancia en cuanto proviene de nuestro máximo tribunal de la República y fija de modo muy concreto la interpretación amplia que debe darse a la noción de empleado público del artículo 260 de nuestro Código punitivo. Atendido su contenido, el tribunal que lo emitió y su reciente fecha (2008) resulta útil mencionarlo en juicio, atendido que confirma las tesis fiscales.

En similar sentido se ha pronunciado el fallo del Juzgado de Garantía de Angol que condenó en procedimiento abreviado a un sujeto contratado a honorarios por el delito de malversación de caudales públicos. En el considerando Noveno en relación al requisito de que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público señala que “*Dentro de los antecedentes reunidos en la investigación del Ministerio Público, esta circunstancia fáctica se acredita mediante diversos medios de prueba principalmente de los documentos individualizados con los números 3 al 9 de la prueba documental, consistentes en oficio N° 6195, en que se remite a la Fiscalía Local todos los antecedentes relacionados con la función pública desarrollada por el imputado, decretos de nombramiento y los **contratos de prestación de servicios a honorarios** firmados por este los que fueron renovados en forma semestral y que se resumen en el documento signado con el número 10, esto el certificado emitido por el*

23 La sentencia de la Segunda Sala de la Excm. Corte Suprema de fecha 19 de mayo de 2008, que rechazó los recursos de casación en el fondo interpuestos por los querellantes particulares y por la defensa del acusado Herrera Labarca y Cruz Lorenzen, ratificando la condena impuesta por la Corte de Apelaciones de Santiago que sancionó a Carlos Cruz y Sergio Cortés a la pena de 60 días de presidio remitido como coautores del delito de fraude al Fisco, y a Raúl Herrera de 61 días de presidio remitido como coautor de fraude al Fisco.

24 Boletín UNAC N° 7 2008, ver comentario del abogado Roberto Morales Peña a la Sentencia de la Excm. Corte Suprema que condena por fraude al fisco a Carlos Cruz, Raúl Herrera y Sergio Cortés.

Secretario Municipal de Angol relativo a las funciones desarrolladas por el acusado entre el primero de julio de 2005 y el 31 de diciembre de 2006".²⁵

Luego en su considerando Décimo se hace cargo del debate abierto por la defensa en cuanto a negar su calidad de empleado público sosteniendo el fallo que *"debe tenerse presente que lo que le da el carácter de funcionario público al imputado es la función que este realizaba al tenor de lo dispuesto en el artículo 260 del Código Penal, sin que sea óbice para ello cualquier declaración en contrario contenida en el contrato de prestación de servicios que este suscribió, desde que lo que define el carácter de funcionario público es la función o el cargo desarrollado, no siendo necesario que este devenga de un nombramiento regular u oficial como lo expresa la disposición citada, sino que basta que haya sido designado para la función de cualquier forma... cuyo es el caso del imputado quien se hallaba encargado de la ejecución de un proyecto deportivo financiado con fondos estatales que fueron traspasados a la Municipalidad, y con los cuales se adquirieron implementos deportivos que éste debía entregar según las especificaciones del proyecto"*.

b.3. Funcionario Público y Función Pública. El concepto de empleado público está íntimamente relacionado con la concepción de "función pública". El Profesor Francisco Grisolia, en informe de derecho agregado en la causa "Codelco-Dávila" señala que la función pública está *"vinculada al desempeño de la función para el Estado. Órgano del Estado es quien verifica un acto del Estado (KELSEN), vale decir, cualquier acto que éste realice y no exclusivamente los propios de una administración central. La nota de incorporación a la administración no es necesaria "siendo indiferente la existencia de una incorporación en el sentido administrativo del vocablo." Por eso son funcionarios públicos a efectos penales personas muy distantes de la Administración"*.

Agregando el mismo profesor que *"Se viene aceptando por función pública la diversa forma de manifestación pública de la actividad del Estado, o por mejor decir, la manifestación del poder público desde un punto de vista teleológico, finalista. Es decir: la función pública se caracteriza, en cualquiera de sus manifestaciones, por su contenido final....el Estado procede a la consecución de sus fines por medio de una serie de actividades que constituyen sus funciones... La función pública y de bien común corresponde a todos sus empleados, órganos ejecutantes del acto estatal, por muy privadas que sean sus relaciones laborales. La función pública constituye una impronta indeleble en el desarrollo de sus actos funcionales"*.

Por su parte los profesores Labatut y Del Río señalan: *"por cargo público debe entenderse una vinculación con el Estado, de carácter permanente o transitoria, originada por el desempeño de las funciones políticas, administrativas o judiciales"*.

Y el profesor Etcheberry indica: *"la función crea al empleado y no a la inversa"*.²⁶ Así nos indica que *"para el Derecho Penal, en cambio, son sinónimas las expresiones "empleado" y "funcionario", de modo que incluso el Presidente de la República es un*

25 Fallo del Juzgado de Garantía de Angol, dictado en procedimiento abreviado de 22 de enero de 2008, RUC N°0600461824-4, RIT N° N° 1826-2006, en una de las aristas del denominado caso CHILEDEPORTES.

26 ETCHEBERRY. O. cit. Pág. 179.

empleado público para los efectos de los delitos designados en este párrafo, al igual que los Parlamentarios, los miembros del Poder Judicial, los regidores y Alcaldes, etc...”.

Últimamente los profesores Rodríguez Collao y Ossandón Widow indican que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que el concepto penal de funcionario público es una noción autónoma y propia de esta rama del derecho, fundando esta autonomía en el hecho que al legislador penal no le interesa tanto la “calificación jurídica” que merezca el desempeño de un trabajo o responsabilidad en la Administración, sino el hecho de que un sujeto interviene en el funcionamiento de la Administración, dependiendo de él la corrección de un servicio público²⁷.

c) Las Convenciones Internacionales contra la Corrupción.

Finalmente, nos parece importante destacar que obra a favor de una interpretación amplia del concepto, el hecho que Chile sea parte, actualmente, de tres convenciones internacionales sobre corrupción, cada una de las cuales contempla un concepto de función pública y de funcionario público.

Así, la **Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)** promulgada en Chile por Decreto N° 1.879 de 29 de octubre de 1998 y publicada en el Diario Oficial de 02 de febrero de 1999, define la función pública y funcionario público como:

“Función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado, o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”;

“Funcionario público”, o “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

Por su parte, la **“Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales” (OCDE)**, promulgada mediante Decreto Supremo N° 496 de 10 de octubre de 2001, y publicada en el Diario Oficial de 30 de enero de 2002, define al funcionario público extranjero en la siguiente forma:

“Funcionario público extranjero significa toda persona que detente un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida; cualquiera persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluyendo para un organismo público o empresa de servicio público; y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

Finalmente, la más reciente de las Convenciones contra la corrupción ratificada por Chile es la **Convención de las Naciones Unidas**, promulgada en Chile por

27 RODRÍGUEZ - OSSANDÓN . O. cit. Pág. 122.

Decreto Nº 375 de 23 de noviembre de 2006 y publicada en el Diario Oficial de 30 de enero de 2007, que indica:

a) Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

b) Por “funcionario público extranjero” se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública;

c) Por “funcionario de una organización internacional pública” se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre;

d) Comentarios finales.

Nuestra Doctrina y la Jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia han llegado a la conclusión que el concepto del artículo 260 del Código Penal apunta, más allá de las vinculaciones que el funcionario tenga con la Administración, al hecho que realice una función pública, destacando que se trata de un concepto funcional.

Por ello es perfectamente posible que empleados de un servicio público contratados a honorarios o bajo el Código del Trabajo puedan ser considerados funcionarios públicos a los efectos penales, pese a que, administrativamente, no sean empleados públicos.

Como se puede apreciar, los conceptos que entregan las convenciones internacionales son sumamente amplios, cuestión que permite demostrar su intención de ser omnicomprendivos de todo empleado que preste, de alguna forma, servicios para el Estado, a efectos de ser sumamente riguroso en el castigo de delitos que afectan uno de los pilares del Estado de Derecho, como es la probidad de los funcionarios públicos.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA RECAÍDA EN LA CAUSA POR FRAUDE AL ESTADO (CODELCO) SEGUIDO CONTRA JUAN PABLO DÁVILA Y OTROS

Roberto Morales Peña¹

Comentario:

En este artículo se comenta la sentencia de 16 de octubre de 2006, dictada por la Excma. Corte Suprema, rol N°5419-02, por la cual se rechazaron los recursos de casación en la forma y fondo interpuestos en contra de la sentencia de segundo grado, recaída en la causa rol 144.665-3 del Quinto Juzgado del Crimen de Santiago, la que se refiere a continuación y que se transcribe en lo estrictamente pertinente, por la cual se condena por los delitos de fraude al Estado y de negociación incompatible.

En dicha causa se emite pronunciamiento sobre la calidad de funcionarios públicos de los empleados de Codelco y, además, resuelve aplicando la teoría de la comunicabilidad para el delito de negociación incompatible.

Es así como la Excma. Corte Suprema rechazó los fundamentos de los recursos de casación en la forma y fondo interpuestos por la defensa de los imputados, por los cuales se cuestionó la calificación de empleado público del funcionario de Codelco, Sr. Dávila, y la comunicación de esa calidad a terceros partícipes, dejando establecido al fundamentar el rechazo, en su considerando Décimo Octavo:

“Que, de acuerdo con los hechos determinados en la causa, no cabe admitir que se han cometido por el fallo recurrido los errores de derecho a que se refieren las causales de casación invocadas por el recurrente, ni se han producido, por vía consecuencial, vulneración alguna a las restantes normas legales citadas, de lo que se concluye que el recurso deducido no puede prosperar.”

De ese modo, la sentencia estableció la calidad de empleado público de los empleados de Codelco para los fines penales, sin que en ello incida el régimen estatutario aplicable al personal a efectos laborales.²

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

2 En el mismo sentido se pronunció el TOP de Calama en fallo de 14 de noviembre de 2006, en los siguientes términos: “los trabajadores de Codelco, son agentes del estado y funcionarios públicos, lo que se evidencia en la circunstancia de que las operaciones que realizan comprometen el patrimonio estatal. La aludida calidad, no se altera por el hecho de que el Decreto Ley 1350 del año 1976 en su artículo 25 inciso 2°, disponga que sus trabajadores estarán sujetos al código del trabajo y sus leyes complementarias”.

El Considerando Vigésimo de la sentencia de la Excma. Corte Suprema señala:

“Que de todos modos, para el caso en estudio, dada la forma en que la sentencia que se impugna sienta los hechos y determina la participación y condena a los recurrentes, ello resulta acorde al mérito del proceso y no se aprecia en dicho juzgamiento violación de norma legal alguna”.

Una lectura sistemática del Considerando citado permite inferir que la Excma. Corte concuerda y hace suyos los argumentos desarrollados tanto por la sentencia de primera³ como de segunda instancia⁴ respecto de la absoluta certeza que le cabe acerca de la calidad de empleados públicos de Juan Pablo Dávila y Enrique Orrego, y que esta condición ha sido comunicada a los particulares y extraños a la administración del Estado, Aníbal Frías y Marcelo Avendaño, razón por la cual fueron condenados como autores del delito de negociación incompatible. Ese es el alcance del Considerando citado, ya que expresamente afirma que, sin vulnerar norma legal alguna, la sentencia recurrida establece los hechos, determina la participación y condena a los recurrentes.

Siendo el delito de negociación incompatible un delito especial propio, es decir, un delito funcionario que sólo puede cometer un empleado público por razón de su cargo, calidad que es un elemento del tipo penal, la forma utilizada para capturar por este delito especial propio a los extraneus ha sido adoptando la teoría de la comunicabilidad, de modo de participar tal condición a los demás terceros partícipes, debiendo ellos responder por su conducta del mismo modo que los intraneus.

Es tan así, que la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en el considerando 5°, hace especial mención a la posición sostenida por el profesor Garrido Montt respecto a la comunicabilidad, al señalar que:

“Por consiguiente, los coautores, siendo algunos idóneos y otros inidóneos que llevan a cabo un delito especial sea propio o impropio, responderán todos como coautores del delito especial, y viceversa.”

Como se señaló, para una comprensión más cabal y sistemática se efectúa una breve reseña de las sentencias de primera y segunda instancia:

Sentencia de 1ª instancia (18.08.1999):

Por sentencia de primera instancia se condenó

1- A Juan Pablo Benjamín Dávila Silva:

- A la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, como **autor del delito de fraude al Estado**, perpetrado con ánimo de lucro entre el 1° de enero de 1993 y el 21 de enero de 1994, en perjuicio de la Corporación Nacional del

3 Sentencia 5° Juzgado del Crimen de Santiago, “C/Juan Pablo Dávila y Otros”, Rol 144.665-3, 18 de agosto de 1999.

4 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de octubre de 2003.

Cobre de Chile (CODELCO), inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez por ciento del perjuicio causado y al pago de las costas de la causa;

- A la pena de tres años de reclusión menor en su grado medio, **como autor del delito de negociación incompatible**, que en relación al broker Metallgesellschaft se perpetró el 15 de enero de 1990, y que en relación al broker Sogemin Metals Limited, se cometió entre mayo de 1992 y octubre de 1994, con ánimo de lucro, en perjuicio de las empresas Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO) y la Empresa Nacional de Minería (ENAMI), inhabilitación especial perpetua para el cargo y oficio y multa del diez por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio;

- A la pena de dos años de presidio menor en su grado medio y multa de once sueldos vitales, **como autor del delito de presentación de documento falso** en causa criminal, perpetrado el 10 de julio de 1995;

2.- A Enrique Patricio Orrego Hirsch, a la pena de tres años de reclusión menor en su grado medio, como autor del delito de negociación incompatible, referido únicamente al broker Sogemin Metals Limited, perpetrado entre mayo de 1992 y octubre de 1994, con ánimo de lucro y en perjuicio de la Empresa Nacional de Minería, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio y al pago de las costas de la causa;

3.- A Aníbal Luis Frías Cañas, a la pena de trescientos días de reclusión menor en su grado mínimo, como cómplice del delito de negociación incompatible, referido al broker Sogemin Metals Limited, perpetrado entre mayo de 1992 y octubre de 1994, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa;

4.- A Juan Marcelo Avendaño Sabugo, a la pena de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo, como cómplice de delito de negociación incompatible, referido al broker Sogemin Metals Limited, perpetrado entre mayo de 1992 y octubre de 1994, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa;

5.- A Ximena Antonieta Pradenas Villalobos, a la pena de sesenta días de prisión en su grado máximo, como encubridora del delito de negociación incompatible respecto a los brokers Metallgesellschaft y Sogemin Metals Limited, cometidos el 15 de enero de 1990 y entre mayo de 1992 y octubre de 1994, respectivamente, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa;

6.- A Carmen Gloria Partarrieu Contreras, a la pena de sesenta días de prisión en su grado máximo, como encubridora del delito de negociación incompatible, con respecto al broker Sogemin Metals Limited, perpetrado entre mayo de 1992 y octubre de 1994, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.

Interesa destacar de esta sentencia dictada por el Quinto Juzgado del Crimen de Santiago, **el Considerando Trigésimo Sexto**, en el cual, compartiendo el criterio sustentado por la Contraloría General de la República, tiene por establecido que los empleados de CODELCO y ENAMI, Juan Pablo Dávila y Enrique Orrego Hirsch, respectivamente, son funcionarios públicos y que esa calidad se comunica a los extraneus.

En primer término expone que:

“Las personas encargadas de desarrollar la gestión conducente a la consecución, de los fines que la ley asigna a la Corporación nacional del cobre de Chile y a la Empresa Nacional de Minería, son agentes del estado y tienen calidad de funcionarios públicos, lo que queda en evidencia por la circunstancia de que las operaciones que realizan, comprometen su patrimonio estatal y como Codelco y Enami son empresas del estado, su patrimonio debe ser celosamente protegido de cualquier riesgo que escape al giro de ellas”.

Agrega que:

“En consecuencia, no cabe sino al juzgador concluir que tanto Juan Pablo Dávila como Enrique Orrego Hirsch, eran empleados públicos en el momento en que el primero perpetró el delito de fraude al Fisco y de Negociación Incompatible y el segundo, el de Negociación Incompatible, ambos ilícitos previstos y sancionados en los artículos 239 y 240 del Código Penal.”

Como consecuencia de ello, condena a Juan Pablo Dávila y a Enrique Orrego en calidad de funcionarios públicos, tomando en cuenta de manera preponderante el incumplimiento de deberes en que incurrieron originando a Codelco una cuantiosa pérdida patrimonial derivada de operaciones en mercados de futuro de metales.

Sentencia de 2ª instancia (16.10.2003):

La I. Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de 16 de octubre de 2003, revocó la sentencia de primer grado en cuanto había condenado a Juan Pablo Dávila Silva como autor del delito de presentación de documento falso en causa criminal y a las enjuiciadas Ximena Antonieta Pradenas Villalobos y Carmen Gloria Partarrieu, como encubridoras del delito de negociación incompatible, revocándolo asimismo en cuanto había acogido la acción civil deducida en contra de Ximena Antonieta Pradenas Villalobos, negando lugar, además, a la petición de intereses corrientes formulada en el primer otrosí de fojas 18.905 por el Consejo de Defensa del Estado, y en su lugar decidió que las sumas que debían pagar los demandados lo serían con más los intereses corrientes a partir de la fecha en que éstos se constituyeren en mora, es decir, desde que la sentencia quedare ejecutoriada.

Confirmó en lo demás la sentencia apelada, con declaración sobre las penas impuestas.

En la parte que conforma la sentencia de primer grado, la I. Corte de Apelaciones de Santiago acoge el razonamiento del profesor Mario Garrido Montt sobre la comunicabilidad de los delitos especiales propios, respecto a la autoría y a la participación, en el sentido de señalar que

“Para establecer la responsabilidad de sujetos idóneos que actúan en coautoría con sujetos inidóneos, deben descartarse los criterios de la accesoriedad y la norma establecida en el art 64. Ha de tenerse en cuenta la esencia de la acción de sujeto múltiple, en particular su plano subjetivo, el propósito común que dirige la actividad de los correalizadores; ese propósito indicará si lo perseguido por ellos es perpetrar el tipo especial o el tipo básico, y determinado esto, todos responden por este hecho único, porque no se trata de un hecho propio ni de un hecho ajeno sino de un hecho común a todos y para todos. Por consiguiente, los coautores, siendo algunos idóneos y otros inidóneos, que llevan a cabo un delito especial propio o impropio-, responderán todos como coautores del delito especial, y viceversa”.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema recaída en recursos de casación en la forma y fondo.

A continuación, se reproducen parcialmente los Considerandos de la sentencia de casación:

Santiago, dieciséis de octubre de dos mil seis.

CONSIDERANDO:

SEXTO: Que en primer término, se decidirá acerca del recurso de casación en la forma deducido por la defensa del sentenciado Juan Pablo Benjamín Dávila Silva, sustentado en la causal contenida en el numeral segundo del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación con lo que prescriben los artículos 517 y 518 del mismo cuerpo legal.

En efecto, según ordena el artículo 517 citado, para la procedencia de la recepción de la causa a prueba en segunda instancia será menester que dicha solicitud se funde en la alegación de algún hecho nuevo que pueda tener importancia para la resolución del

recurso, ignorado hasta el vencimiento del término de prueba en primera instancia y, además, cuando no se hubiere practicado la prueba ofrecida por el solicitante, por causas ajenas a su voluntad, con tal que dicha prueba tienda a demostrar la existencia de un hecho importante para el éxito del juicio. En esta virtud, corresponde al tribunal de alzada pronunciarse acerca de la pertinencia de la solicitud y la concurrencia de los supuestos que la hacen procedente, y en el caso de desestimar tal pretensión, dicha denegación deberá ser fundada.

Que en este sentido, la resolución del tribunal de segunda instancia cumple a cabalidad con el imperativo contenido en el artículo 518 del Código de Enjuiciamiento Criminal, desde que razona detalladamente, en consideraciones precisas y en resolución fundada, acerca de su decisión para desestimar la solicitud de la defensa del encartado.

Que, como lo establece la motivación sexta de la resolución de fojas 20.178, la abundante prueba recopilada en el transcurso de la investigación unida

a la decretada en segunda instancia, consignan hechos indesmentibles, por lo que no es posible desatender los fundamentos de la decisión del tribunal de alzada en orden a desestimar la solicitud del encartado Dávila por innecesaria e inconducente a los fines que el artículo 517 señala, de modo entonces que no resulta configurado el vicio formal de casación que se denuncia.

SÉPTIMO: Que en lo que concierne al recurso de casación en el fondo deducido en representación del Fisco, y que se ha hecho consistir en haber incurrido la sentencia en la causal de invalidación contenida en el numeral cuarto del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, cabe destacar que el artículo 212 del Código Penal, en su redacción vigente a la época de acaecimiento de los hechos, sancionaba al que a sabiendas presentare en juicio criminal documentos falsos.

Ciertamente en los hechos que los jueces del fondo han estimado probados concurren parte de aquellos que importan la comisión del ilícito en cuestión. En efecto, en el establecimiento de los hechos, se ha dado por probada la presentación por parte del acusado Dávila Silva de fotocopias de unos documentos que luego de las pericias de rigor resultaron ser falsos. Sin embargo, aún cuando los sentenciadores discurren sobre la base de la no exigibilidad de otra conducta al encausado, lo cierto es que en las apreciaciones fácticas de los jueces derivadas de los antecedentes copiados en el proceso, no deriva aquella que conlleve la conciencia de la ilicitud por parte del acusado. El tipo penal sanciona al que “a sabiendas” presente en juicio los documentos falsos. Tal expresión supone conocimiento, certeza y deliberación. La sentencia impugnada incorpora suposiciones acerca de la autoría de los documentos,

no obstante deja establecido que esa circunstancia no está acreditada al no haber sido materia de la investigación. Tales apreciaciones resultan inamovibles para este tribunal de derecho, desde que no se han denunciado como infringidas leyes reguladoras de la prueba y, en ese contexto, no resulta probada la existencia del delito de presentación de documento falso en juicio por lo que la causal de casación no se encuentra en condiciones de prosperar.

OCTAVO: Que sin perjuicio de lo decidido, la defensa del sentenciado Juan Pablo Dávila Silva ha sostenido en estrados que el delito de presentación de documentos falsos tipificado y sancionado en el artículo 212 a la fecha de comisión del delito, en la actualidad no constituye ilícito penal en virtud de la modificación introducida por la Ley N° 20.074, entre otros cuerpos legales, al Código Penal, en virtud de la cual la norma citada fue sustituida por su texto actual que reza “El que fuera de los casos previstos en los artículos precedentes faltare a la verdad en declaración prestada bajo juramento o promesa exigida por ley, será castigado con la pena de prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales.”

NOVENO: Que respecto de este nuevo planteamiento de la defensa del sentenciado Dávila Silva en el sentido que la figura que sancionaba el artículo 212 del Código Penal se encontraría derogada y que con la modificación introducida por la Ley 20.074 la norma se refiere actualmente a una situación diversa de la de autos, si bien esta segunda aseveración resulta efectiva de la sola lectura del texto legal en su redacción vigente, no lo es menos que el tipo penal que contemplaba el precepto en su antigua redacción

se encuentra descrito y sancionado en el actual artículo 207 del Código Punitivo, norma también sustituida por la ley 20.074, cuya modificación introducida al texto sanciona al que, a sabiendas, presentare ante un tribunal a los testigos, peritos o intérpretes a que se refiere el artículo 206, u otros medios de prueba falsos o adulterados.

En consecuencia, no resulta factible prestar atención a este nuevo argumento de la defensa por carecer de sustento legal sin que en modo alguno se vulnere con este raciocinio la norma contemplada en el artículo 18 del Código Punitivo.

DÉCIMO: Que, en lo que atañe al recurso de casación en el fondo deducido en representación de la Sociedad Inmobiliaria Los Olmos Limitada, como ha sido jurisprudencia uniforme y reiterada de este Tribunal, el recurso de casación en el fondo en contra de la decisión civil de la sentencia, debe sujetarse a los requisitos y formas del Código de Procedimiento Penal, en este sentido, resulta condición indispensable de su planteamiento, asilarse expresamente en el artículo 546 inciso final del Código de Enjuiciamiento Criminal.

UNDÉCIMO: Que en el caso de autos, el recurrente ha omitido toda mención a dicha norma, en cuya virtud se faculta a este Tribunal para conocer acerca de las decisiones civiles del fallo impugnado, limitándose a hacer una genérica mención al artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, lo que pugna con un recurso de derecho estricto como el de la especie, por lo que la antedicha inobservancia conduce de antemano al rechazo del recurso por su deficiente formulación.

DUODÉCIMO: Que se ha impetrado por la defensa del sentenciado Avendaño

Sabugo un recurso de casación en el fondo cuyo sostén descansa en las causales primera y tercera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena; y a su vez, en que la sentencia califique como delito un hecho que la ley penal no considera como tal.

Que, en el desarrollo del recurso, al argumentar sobre de la forma en que se ha producido la infracción a las disposiciones legales que cita, no se advierte una distinción precisa acerca de lo (sic) errores de derecho que denuncia y que, en cada caso, constituirían las causales de nulidad invocadas. En efecto, el recurso descansa, según argumenta, en las causales primera y tercera del Código de Procedimiento Penal, sin embargo existe una sola línea argumentativa que llevaría a configurar ambos vicios de casación.

DECIMOTERCERO: Que, siendo el recurso de casación de derecho estricto, en el desarrollo de la infracción, el recurrente está obligado a manifestar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida y que configuran cada una de las causales intentadas, y señalar de qué modo ese o esos errores influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En consecuencia, y por disposición de la norma contenida en el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie en virtud de lo dispuesto en el artículo 535 del Código

de Procedimiento Penal, junto con expresar que la infracción denunciada produce el resultado que las causales invocadas contemplan, es menester señalar la correcta interpretación y el fallo ajustado a derecho que esa interpretación debió haber provocado, vale decir debe indicar cómo y por qué se ha contravenido la ley, se la ha interpretado erróneamente o se ha hecho una falsa aplicación de ella, cuestión que en la especie no se advierte.

DECIMOCUARTO: Que, a su turno, el recurrente solicita la modificación del fallo de alzada en atención a que dicho pronunciamiento ha determinado que le corresponde una participación en calidad de coautor del delito, lo que constituye error de derecho porque a su juicio no es posible que tal participación exista y, en todo caso, se ha hecho una calificación equivocada respecto del delito que en relación a Avendaño Sabugo, “no tiene los fundamentos de tal en conformidad a la ley penal”.

DECIMOQUINTO: Que de lo relacionado se sigue que en los términos que se planteó el recurso, contraría los motivos de casación contemplados en el numeral primero del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal. Como lo ha sostenido este tribunal, el recurso de casación en el fondo por la antedicha causal supone que el recurrente acepta que la sentencia ha establecido de modo correcto la existencia de un delito, no obstante lo cual se ha impuesto una pena más o menos grave por haberse incurrido en error de derecho al determinar la participación u otras circunstancias vinculadas a la extensión de la pena. La causal primera, en lo que a participación se refiere, dice relación con la calidad de ella, esto es, si se trata de autor, cómplice o encubridor. La causal en análisis entonces supone acreditados

tanto un delito cuanto la participación, cuestión que en la especie el recurrente no admite, por lo que tal invocación errónea le impide prosperar.

DECIMOSEXTO: Que en lo que atañe a la causal tercera invocada, dicho motivo de nulidad supone necesariamente que se encuentren establecidos en la sentencia impugnada los hechos de que el condenado deriva su irresponsabilidad.

Que en lo pertinente, la defensa de Avendaño Sabugo sostiene que tanto en el fallo de primer grado como en el de alzada, se ha tenido como hecho común para determinar su grado de participación en el delito, el conocimiento de la calidad de empleado público que a la sazón detentaba Dávila. Sin embargo, argumenta que no existe en la causa ningún elemento probatorio que permita concluir tal circunstancia; en primer término, porque tal calidad fue tema de debate incluso por los propios tribunales y objeto de un informe de la Contraloría General de la República y, en segundo lugar, por las precisas características de la participación de Avendaño en los hechos.

DECIMOSÉPTIMO: Que, de esta manera, a la luz de lo expuesto precedentemente, queda claro que en el recurso interpuesto se impugnan los hechos que han dado por establecidos los jueces de fondo, y en cuya virtud se ha determinado la existencia del delito y la participación del acusado, los que sólo pueden ser alterados en la etapa de casación si se hubiere fundado el recurso en la causal Nº 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, cuando se denuncia la violación de las leyes reguladoras de la prueba, cuyo no es el caso de autos, pues en el recurso se ha invocado únicamente los números 1 y 3 de ese precepto.

DECIMOOCTAVO: Que, de acuerdo con los hechos determinados en la causa, no cabe admitir que se han cometido por el fallo recurrido los errores de derecho a que se refieren las causales de casación invocadas por el recurrente, ni se han producido, por vía consecencial, vulneración alguna a las restantes normas legales citadas, de lo que se concluye que el recurso deducido no puede prosperar.

DECIMONOVENO: Que el análisis precedente, resulta plenamente aplicable a los recursos de casación en el fondo deducidos a fojas 20.216 y 20.226, por la defensa de los sentenciados Frías Cañas y Dávila Silva, desde que las argumentaciones que desarrollan los recursos suponen necesariamente una modificación de los hechos establecidos en la causa, lo que resulta vedado a este tribunal de casación por la falta de invocación de la causal adjetiva del artículo 546 N°7 del Código de Procedimiento Penal.

VIGÉSIMO: Que de todos modos, para el caso en estudio, dada la forma en que la sentencia que se impugna sienta los hechos y determina la participación y condena de los recurrentes, ello resulta acorde al mérito del proceso y no se aprecia en dicho juzgamiento violación de norma legal alguna.

VIGESIMOPRIMERO: Que, en consecuencia, los recursos de casación en el fondo interpuestos por los mencionados Frías y Dávila también tendrán que ser desestimados.

VIGESIMOSEGUNDO: Por último, y respecto del recurso de casación en el fondo interpuesto en representación de Dávila Silva en contra de la decisión civil de la sentencia de alzada, como se dejó asentado en los fundamentos décimo y undécimo de este fallo, resulta condición indispensable del

planteamiento de un recurso como el de la especie, asilarse expresamente en el artículo 546 inciso final del Código de Enjuiciamiento Criminal, cuestión que en el caso de autos se ha omitido, y es en virtud de dicha invocación que se faculta a este Tribunal para conocer acerca de las decisiones civiles del fallo impugnado. Como se señaló, una genérica mención al artículo 546 del Código de Procedimiento Penal pugna con un recurso de derecho estricto como el intentado, por lo que la antedicha inobservancia conduce de antemano al rechazo del recurso por deficiente formulación.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 541, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se rechazan los recursos de casación en el fondo interpuestos a fojas 20.196, 20.203, 20.210 y 20.216 y, asimismo, se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos a fojas 20.226, en contra de la sentencia de dieciséis de octubre de dos mil tres, escrita a fojas 20.181 y siguientes, la que, por consiguiente, no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante señor José Fernández Richard.

Rol N° 5419-03.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Rubén Ballesteros C., Julio Torres A. y los abogados integrantes Sres. José Fernández R. y Oscar Herrera V. No firman los Ministros Sres. Ballesteros y Torres, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y por haber cesado en sus funciones, respectivamente.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

CONDENA POR EL DELITO DE FRAUDE AL FISCO A EMPLEADO DE CODELCO

Yelica Lusic Nadal¹

Fallo del Tribunal Oral de Calama que condena por el delito de fraude al fisco a empleado de CODELCO. (Fallo de 14 de noviembre de 2006).

Doctrina

“Los Directivos, ejecutivos, profesionales, técnicos y administrativos de la Corporación Nacional del Cobre son empleados del Estado y como tales tienen la calidad de funcionarios públicos. Ello, por cuanto, la ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo primero, contempla a las empresas del estado creadas por ley, como es el caso de Codelco, como integrantes del cuadro orgánico de la administración del estado.

Así, quien trabaja en la mencionada empresa nacional, está plenamente afecto a Ley 18.575, tanto en cuanto al deber general de cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones dispuesto en el artículo 7º de dicha Ley, como en cuanto a la norma contemplada en su artículo 15, la que señala que el personal de la administración estatal se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley. A lo anterior, se agrega, además, la norma dispuesta en el artículo 18 de la misma Ley, que sujeta a todo el personal de la administración del estado a responsabilidad administrativa sin desmedro de la civil y penal que pueda afectarle.

Por lo tanto, los trabajadores de Codelco, son agentes del estado y funcionarios públicos, lo que se evidencia por la circunstancia de que las operaciones que realizan comprometen el patrimonio estatal. La aludida calidad, no se altera por el hecho de que Decreto Ley 1350 del año 1976 en su artículo 25 inciso 2º, disponga que sus trabajadores estarán sujetos al código del trabajo y sus leyes complementarias, como asimismo a la normativa sobre organización sindical y negociación colectiva que rigen al sector privado, pues la remisión al código laboral, implica solamente la determinación del estatuto que regula al personal de esa entidad, lo que no constituye más que la aplicación del principio contemplado en el actual artículo 18 de la ley 18.575, de rango constitucional, dictada después del Decreto Ley 1.350, que como se indicó señala que los servidores de la administración estatal se rigen por las normas estatutarias que establezca la Ley, sin formular distingo acerca del contenido ni denominación del tal estatuto, admitiendo que puede ser un cuerpo legal especial o el Código del Trabajo, como ocurre con Codelco. En consecuencia, quienes se desempeñan en ella, tienen la condición de empleados públicos cualesquiera sean las normas que regulan sus rela-

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

ciones laborales, pues las mismas solo constituyen el estatuto que rige la prestación de sus servicios, pero no el elemento que determina su calidad jurídica.”

Con fecha 14 de noviembre de 2006 el Tribunal Oral en lo Penal de Calama, integrado por los Jueces Titulares Marcela Mesías Toro, Carlos Muñoz Sepúlveda y Franco Repetto Contreras, dictó sentencia condenatoria en contra de un Supervisor del Área de Abastecimiento de la empresa del Estado Codelco Norte, por el delito de Fraude al Fisco del art. 239 del Código Penal, siendo ésta la primera vez que, en reforma, se reconoce la calidad de funcionario público de un empleado de esa Empresa del Estado y se le condena por el delito de Fraude al Fisco.²

Se condenó al acusado a la pena privativa de libertad de 541 días de presidio menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y a la multa del 50% del monto defraudado, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena; otorgándosele el beneficio de la remisión condicional de la pena.

Llevó adelante esta investigación y sostuvo la acusación el Fiscal Adjunto de Calama Eduardo Peña Martínez, el cual también concurrió ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta que conoció el recurso de nulidad deducido por el condenado y la parte querellante de Codelco³, el cual fue rechazado.

1. Antecedentes de la Causa

Los hechos que motivaron la investigación y posterior juicio oral en contra del empleado de Codelco Norte, se relacionan con la circunstancia de haber autorizado, en su calidad de Supervisor del Área de Abastecimiento de la empresa del Estado Codelco Norte, la salida de materiales valiosos de propiedad de la empresa, sin conocimiento de sus superiores y al margen de cualquier sistema de control de la empresa, materiales que no fueron facturados por la empresa ni tampoco le fueron pagados de modo alguno, por lo que se le causó un evidente perjuicio económico al Estado. Estos hechos se verificaron entre los años 2002 y 2003.

El material que se retiró de la empresa correspondía a ladrillos refractarios, cobre y diversas sustancias minerales, con un peso que excedía las 5.000 toneladas, por un valor que fluctuaba entre los \$336.051.373.- y los \$830.399.663.- según los diversos parámetros de tasación. Estos materiales fueron sacados de los recintos industriales de Codelco Norte División Chuquicamata amparados en Guías de Despacho emitidas por la empresa Kogal y trasladados en camiones con destino a la Tercera Región, cerca de Copiapó, donde se procesaban en una planta denominada “La Fortuna” o “Puerto Rico”. Una vez obtenido el material

2 Esta calidad de empleado se había reconocido anteriormente, en el sistema antiguo, respecto de Juan Pablo Dávila, a quien se lo condenó por los delitos Fraude y Negociación Incompatible, sentencia comentada en esta misma Revista.

3 Dicho recurso fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta con fecha 6 de enero de 2007.

de cobre era acopiado en un Puerto de la Cuarta Región para posteriormente ser exportado al extranjero.

El fallo presenta gran interés por ser la primera sentencia de un Tribunal Oral en lo Penal firme que reconoce la calidad de empleado público a un trabajador de esa empresa estatal, rechazando la tesis que sostuvo el abogado de Codelco como querellante.

El juicio oral se dirigió en contra de un empleado de la empresa del Estado Codelco División Codelco Norte, quien tenía el cargo de Supervisor del Área de Abastecimiento, manteniendo un contrato de trabajo con la mencionada empresa desde el mes de abril de 1987; y en contra de dos terceros, uno de ellos, Gerente de Operaciones de la empresa contratista Kogal y el otro dueño de la empresa Kogal, respecto del cual únicamente dedujo acusación particular Codelco.

A lo anterior se agrega que la parte querellante, en su acusación particular, realizó una apreciación jurídica de los hechos diferente a la sostenida por el Ministerio Público y así dedujo acusación por el delito de hurto agravado del art. 447 Nº 2 del Código Penal respecto del empleado de Codelco, sosteniendo la tesis de que sus empleados no son empleados públicos. Acusó a los otros dos imputados como coautores del mismo delito.

2. Extractos del Fallo

Interesante resulta extraer algunos considerandos del fallo relativos a los hechos que se dieron por probados, la calidad de funcionario público y cómo se configuró el delito de Fraude al Fisco por parte del acusado.

Así, el Considerando undécimo se refiere a los hechos que se entendieron probados en el juicio:

“UNDÉCIMO: Que, en base a lo reseñado en los motivos que anteceden, podemos concluir, con el mérito de la prueba rendida, libremente apreciada por el tribunal, los siguientes hechos:

Que, con fecha 30 de septiembre de 2001, la empresa KOGAL se adjudicó el remate del lote 470 cuya descripción consistía en ladrillos amarillos (aluminico sílico), por un valor de 14 millones de pesos.

Que, luego de seis meses de efectuado el remate comenzaron la labores de retiro del material. Para efectuar esta operación existía un procedimiento habitual para cumplir con las normas de seguridad de la empresa, el que consistía, fundamentalmente, en actividades de control y visaje de documentación, entre los cuales se debía contar con el denominado “Formulario 618” o de autorización de salida de materiales, los que podían ser firmados por don Francisco Joannon y don Mario Cavada.

Que, KOGAL retiró desde la división Codelco norte 195 camiones, contando para ello con formularios 618 llenados y firmados por el señor Cavada y que no quedaron registrados en el sistema central de la empresa. La carga de esos camiones iba constituida con otros materiales diversos a los ladrillos amarillos, de alto contenido de cobre, que se encontraba en el botadero 67, el que era llevado a la ciudad de Copiapó, en donde en la planta Puerto

rico de la minera La fortuna se procesaba, obteniendo un concentrado de cobre de baja ley, el que posteriormente era enviado al Puerto de Coquimbo en donde se mezclaba con otros productos siendo, finalmente, exportado”.

Por su parte el considerando décimo segundo analiza cómo se entienden acreditados cada uno de los elementos del tipo penal fraude al fisco del art. 239 del Código Penal:

“DÉCIMO SEGUNDO: *Que, los hechos anteriormente expuestos, configuran el delito de fraude al fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, en grado de ejecución consumado, toda vez que un funcionario público, al intervenir en operaciones en función de su cargo, defraudó al estado, originando una pérdida o bien lo privó de un lucro legítimo”.*

Analícemos, pues, los elementos del tipo:

a) En cuanto a la concurrencia de un funcionario público:

La doctrina es conteste en que el sujeto activo de este ilícito debe ser un empleado o funcionario público. Don Mario Cavada Morales se desempeñaba como Supervisor de Abastecimiento de la División Codelco Norte, estando vinculado contractualmente con esta institución desde el 1 de abril de 1987, según da cuenta el contrato de trabajo acompañado. De esta relación laboral dieron fe en juicio, además, los testigos de cargo Karen Molina, Juan Carlos García, Marco Villarzú, José Valenzuela, Andrés Soto, Ana María Contreras, Paulo Schenone, Julio Marticorena, Francisco Joannon y Gustavo Díaz, quienes trabajando en Codelco, salvo Schenone, lo reconocen como empleado de la misma. Lo anterior se ve reforzado con los dichos del perito Mauro Pizarro y de los testigos de la defensa del señor Cavada don Osvaldo Moreno y Eduardo Pizarro. En efecto, doña Karen Molina “señaló no saber cuánto tiempo llevaba el señor Cavada en sus labores, si que su jefatura estaba sorprendida por la experiencia que él tenía”. Juan García, declarando respecto de la detención de tres camiones, expresó que “pidió llamar al señor Cavada y al señor Joannon. Llegan al lugar, además del Señor Plaza de KOGAL. Conocía de antes al señor Cavada y lo identifica en la audiencia”. José Valenzuela señaló que “A Cavada también lo ubicaba por alguna reunión de trabajo. El trabajaba en abastecimiento y también lo reconoce en la audiencia”. Marco Villarzú, también declarando respecto de los tres camiones detenidos señaló que “no habló con Cavada y lo conocía de antes por haber interactuado en varias oportunidades. Identifica a Cavada en la audiencia”. Andrés Soto expresa que “conocía a Cavada por haber realizado estimaciones de costos desde el año 1995”. Ana María Contreras, al señalar sus funciones en Codelco señaló ser “secretaria de la bodega en abastecimiento. El supervisor de área es el señor Cavada”. El inspector de la policía de investigaciones Paulo Schenone señaló entrevistarse “con la secretaria Contreras que lo era de Cavada”. Julio Marticorena, martillero público, expresa con ocasión del remate en el que él intervino que “Codelco le pidió el remate a través de Cavada”. Francisco Joannon, señaló que “con él trabajaba el señor Cavada que era supervisor del área, encargado del tema ventas por años. Tenía mucha experiencia en las salidas de la división”. Gustavo Díaz señaló ser “súper intendente de abastecimiento de codelco norte. Trabajaba con el señor Cavada y el señor Joannon. Cavada se dedicaba a las ventas y Joannon a las bodegas”. El perito Mauro Pizarro señaló haber efectuado “un

peritaje contable respecto al movimiento patrimonial de Cavada de Enero 2001 a Mayo 2005. Se analizaron liquidaciones y cartolas bancarias, también su contrato de trabajo. Se vieron las liquidaciones de sueldo, Codelco transfiere los fondos internamente y de eso da cuenta la cuenta corriente y se sabe si ingresó o no. Sus conclusiones son que cavada tenía una remuneración de 2.456.303". Osvaldo Moreno, al realizar con ocasión de los hechos una especie de sumario administrativo dentro de Codelco señaló que "investigó una situación laboral en la que estuvo involucrado el señor Cavada. La investigación se realiza cuando concurre la causal de falta de probidad del Código del Trabajo y el acusado tiene que hacer sus descargos", agregando saber que "Cavada participó de una huelga legal". Eduardo Pizarro, jefe de bodegas, señaló que "trabaja en ese cargo desde el año 1995 y que trabaja con Cavada en el mismo departamento y en el mismo edificio. No depende de él".

Todo lo anterior se ve confirmado con diversos documentos acompañados por los intervinientes. Así, resulta interesante resaltar el mail de Gustavo Díaz Andrades a Mario Cavada de fecha 31 de mayo de 2005 a las 23:03 horas; el mail de respuesta a don Andrés Soto Castillo de Mario Cavada de fecha 10 de junio de 2003; la respuesta de Francisco Joannon Fernández y de Mario Cavada Morales a doña Karen Molina Sánchez de fecha 31 de julio de 2003 a las 11:03 horas; el mail enviado por don Andrés Soto Castillo a don Mario Cavada Morales de fecha 20 de septiembre de 2001 a las 16:55 horas; mail de don José Manuel Valenzuela con fecha 29 de abril de 2002 a las 18:27 horas y la respuesta de Mario Cavada Morales con fecha 30 de abril del mismo año a las 11:50 horas; mail de Marco Villarzú Castaño para don Mario Cavada Morales de fecha 20 de junio de 2003 a las 15:18 horas; mail de respuesta a doña Ana María Gálvez Herrera de Mario Cavada del 14 de mayo de 2002 a las 11:09 horas; Carta de felicitaciones SAV N° 727/99 de fecha 10 de noviembre de 1999 firmada por don Gustavo Díaz Andrades y, 5 documentos reiteran el tipo de trabajo de don Mario Cavada.

Con estos antecedentes, y sin perjuicio de lo que se expondrá en el motivo siguiente, don Edilberto Mario Cavada Morales, se ha encontrado vinculado laboralmente con Codelco Chile, División Codelco Norte.

b) En cuanto a que ese funcionario público intervenga en operaciones en función de su cargo:

Este tipo penal requiere que el empleado público participe en ciertas operaciones en razón de su cargo, cabiéndole cierto grado de responsabilidad en ellas. Francisco Joannon señaló que don Mario Cavada era el "encargado del tema ventas por años. Tenía mucha experiencia en las salidas de la división", agregando que "Cavada se encargaba de los remates, se entendía con el martillero, hacía los lotes, la facturación, estaba en los remates y se encargaba de la salida del material." El martillero público Julio Marticorena, señaló haberse entendido con don Mario Cavada para efectuar el remate. Además, la testigo Karen Molina, quien realiza una auditoría interna con ocasión de los hechos, refiriéndose al procedimiento existente dentro de Codelco para la salida de material señaló que "el material se pesa en una romana y con un ticket se elabora ese formulario, quedándose con una copia el chofer del camión para poder salir de la faena. La bodega de abastecimiento llevada un control centralizado de esos formularios, estando a cargo de una persona ese control". Esta declaración da cuenta de la existencia

de los llamados “Formularios 618” o de “salida de materiales”, los que, según la nota interna SAP N° 230/2002 de fecha 16 de Julio de 2002, emitida por don Gustavo Díaz Andrades, solamente estaban autorizados para firmar don Francisco Joannon Fernández y don Mario Cavada Morales, Jefe de Área Logística Abastecimiento y Supervisor Área Logística Abastecimiento, respectivamente.

En otras palabras, todo material de la empresa Codelco que debía salir de ella, requería del cumplimiento de un procedimiento, dentro del cual, se necesitaba contar con una autorización de salida, la que se plasmaba en estos “formularios 618”, los cuales solamente podían ser firmados por los señores Joannon y Cavada. Cualquiera que fuera la forma de enajenación de material a que da cuenta el oficio DCN-CJN° 0288/2006, esto es, venta bajo licitación, pública subasta o venta directa, cuando se debía proceder al retiro del material y su consiguiente salida de la empresa, se requería contar con ese formulario. La propia defensa del señor Cavada señaló que él “tenía autorización para firmar y vender, se le ordenó vender y lo hizo”, agregando que Cavada “era autónomo en su trabajo y podía negociar”. Cavada Morales, como Supervisor de Abastecimiento, en la División Codelco Norte.

c.- En cuanto a la defraudación:

Este tipo, entendido como una forma de defraudación, requiere para su consumación de un engaño que genere un perjuicio. Los autores Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandón Widow, en lo atinente, expresan que “el engaño no necesariamente debe constituir una acabada mise en scene. Incluso, se estima que el perjuicio puede provenir del incumplimiento de los deberes funcionarios, aunque no exista propiamente engaño, si bien habitualmente habrá a lo menos una mentira. Así también lo ha interpretado la jurisprudencia, que se refiere al engaño, abuso de confianza o mala fe del funcionario, sin exigir un especial ardid de su parte.” (“Delitos contra la Función Pública”, Editorial Jurídica de Chile, página 403).

Ahora bien, este ardid puede consistir en la utilización de cualquier medio, artificio, maquinación, simulación o engaño que tenga por objeto defraudar. Veamos, entonces, si este elemento del tipo lo encontramos en este caso.

Ya delimitamos mas arriba el ámbito de las funciones que en la empresa Codelco le correspondía desarrollar a don Mario Cavada Morales, específicamente como Supervisor del Área Logística de Abastecimiento. ¿Su intervención en los hechos materia de las acusaciones puede ser objeto de reproche penal?

Don Andrés Soto, encargado del mantenimiento de los hornos de la fundición, solicitó la venta de unos ladrillos amarillos, que se utilizan como capa de seguridad o en ductos de gases, mediante correo electrónico al señor Cavada. Dichos ladrillos estaban depositados en un pucará en el patio 67. Esta información es confirmada por el testigo Carlos Caballero, el que señala que “se podía vender sólo el ladrillo amarillo que estaba en un pucará, en un montón ordenados unos sobre otros, agregando que los vio, había dos acopios de los dos tipos de ladrillos”. Es así como con fecha 30 de Septiembre de 2001 se llevó a cabo el remate, siendo adjudicado a la Sociedad Minera Guayacán, empresa relacionada con KOGAL, el que fue cantado por el martillero público Julio Marticorena, el que señaló que “el remate era relativo a un lote y que de acuerdo a la planilla acta de remate, el último es relativo a las 5 mil toneladas. Son 5 mil toneladas

porque se reunió con Cavada y así se precisó". La mencionada planilla de remate, efectivamente, en su parte final da cuenta que se remataron ladrillos amarillos en una cantidad de 5 mil toneladas y la factura respectiva, emitida por Marticorena y Cía. Ltda., N° 162066 describe ladrillos amarillos (alumínico Silico) por el monto de \$14.000.000. El testigo Francisco Joannon recuerda que "se entrevista con Cavada estableciendo una cantidad y que KOGAL había reclamado por la cantidad y el testigo autorizó la salida de más material en el buen entendido que se facturaría después". Lo anterior refleja que no obstante existir claridad respecto del material que debía subastarse (ladrillos amarillos ubicados como pucará en el botadero 67), lo cierto es que se genera una controversia en cuanto a lo adjudicado por parte de KOGAL, situación que se salva de la manera indicada por Francisco Joannon. Lo anterior es refrendado por don José San Martín, empleado de KOGAL, el que al respecto señaló que "se empezaron a retirar después de 6 meses, ello porque se generó una controversia entre el señor Plaza y el señor Cavada en cuanto a la cantidad, ya que ellos habían comprado un lote y no sólo 5 mil toneladas", agregando que hubo una "interpretación distinta en la adjudicación. Se envió una carta al súper intendente de abastecimiento de fecha 6 de diciembre de 2001, pero verbalmente Cavada ya lo sabía".

Es en ese contexto que con fecha 29 de Abril de 2003 se produce un evento azaroso. Tres camiones que efectuaban fletes a la empresa KOGAL de transporte de material desde el interior del botadero 67 fueron retenidos antes de salir. El testigo Marco Villarzú señaló que "el 29 de abril de 2003 después de colación fue a la gerencia cumpliendo sus labores habituales. El camino estaba desviado y se fue por la avenida circunvalación que atraviesa los pies del botadero 67. Al llegar a la línea férrea, ve unos camiones cargados y se detiene por que le llama la atención el material cargado. Se acerca a los conductores y les pide autorización para subirse. El destino de ellos era Copiapó. Se sube al primer camión y ve material de carga fría que no se vende, ya que se reprocesa. Le señalaron que eran de KOGAL. Se sube al segundo camión y patea el material y encuentra cobre metálico y en la cola del camión había un chancho de gran espesor con cobre puro. El como supervisor debe resguardar los intereses de la fundición y se pone en contacto con el super intendente subrogante, el señor García. Este se comunica con protección industrial y el jefe de turno acude al lugar. No había ninguna autorización interna para sacar ese material". Cuando este testigo afirma que no existía autorización interna para sacar el material que transportaban los camiones detenidos, nos reconduce a los procedimientos internos de la empresa que regulan la salida de materiales. El testigo Benito Reyes, chofer de uno de los camiones detenidos, señala que "le daban un pase y por la puerta 4 ingresaban al lugar de carguío. Esperaban hasta que llegaba un vigilante y les indicaba donde cargar. No podían cargar sin la presencia de ese funcionario de Protección Industrial. Cargaba un cargador más una persona que estaba arriba del camión. El funcionario de protección industrial les indicaba donde sacar material. De ahí se iban a una romana y pesaban por eje y luego a una romana donde pesaban el total; le daban un ticket hasta la portería y esperaban al señor Plaza al que le entregaban el ticket y él les entregaba una guía de despacho, después personal de protección industrial revisaba la carga y le entregaban la guía". En este procedimiento, para poder sacar el material, era indispensable poder contar con el denominado "formulario 618" o de salida de materiales. Ya sabemos que solamente podían ser firmados por don Francisco Joannon y por don

Mario Cavada, según instructivo interno. A mayor abundamiento, el propio señor Joannon había ordenado centralizar en él su control, de manera que los diversos jefes de bodega le hicieron entrega de los talonarios que contenían los formularios. La testigo Ana María Contreras, sobre este punto, señaló que “como secretaria debía llevar un control de salida de materiales, mediante formularios 618. Hizo una planilla excel de control diario para saber que cantidad de ladrillo se estaba sacando en ese momento. El formulario es de salida de material fuera de lo recintos industriales. Ella estaba a cargo de los formularios y sabía que había en otras dependencias. Francisco Joannon centralizó los formularios cuando llegó a la jefatura y tenían que estar en su sección. Los autorizados para firmarlos eran Joannon y Cavada”. Es del caso que la orden de centralizar los formularios 618 dada por Joannon no fue respetada por Cavada. En aquello coincidimos con la defensa de Cavada, en el sentido de no encontrar nada de extraño en poseer los talonarios de los formularios 618 por quien se encuentra autorizado para firmarlos. Sin embargo, otra cosa distinta es su uso, vulnerando los procedimientos, no obstante gozar de la autonomía necesaria dada por la confianza ganada en años de eficiente trabajo en esa área.

Al efectuarse una auditoria interna, se detectaron ciertas irregularidades. La testigo Karen Molina estuvo a cargo de ella y señaló que “se sacaron ladrillos además de material con contenido de cobre. Existía un formulario que permitía salir a los camiones cargados. El material se pesa en una romana y con un ticket se elabora ese formulario, quedándose con una copia el chofer del camión para poder salir de la faena. La bodega de abastecimiento llevaba un control centralizado de esos formularios, estando a cargo de una persona ese control. Lo que se hizo fue tomar los formularios y cotejarlos con el registro que llevaba una secretaria, doña Ana María Contreras, y ahí se detectó una serie de formularios que faltaban los que fueron elaborados por el señor Cavada, los que además tenían su firma. El fue entrevistado y lo negó. Los talonarios los tenía la señora Contreras. El original y la primera copia del talonario lo tenía protección industrial, el chofer lo entrega allí. Se entrevistó a la señora Contreras y ella dijo no saber nada y su jefatura, el señor Francisco Joannon, tampoco”. En efecto, KOGAL se había adjudicado cierta cantidad de ladrillos amarillos comenzando las labores de transporte del mismo, sin embargo y a partir de la detención de los tres camiones referida, se logró determinar que no solo ladrillos amarillos estaban siendo retirados, sino que también otro tipo de material con contenido de cobre, utilizándose para ello, ya que los procedimientos lo exigían, formularios 618 o de salida de materiales, pero que no se encontraban registrados en el sistema de control de la empresa. Estos formularios 618 fueron llenados y firmados por el señor Cavada. Aquí se nos presenta de un modo prístino el engaño necesario como para configurar este ilícito, permitiendo que 195 camiones salieran de Codelco transportando una carga no comprendida en el material subastado. Esto es clarificado por el testigo José San Martín, el que señaló que “respecto de los excedentes en el patio los adquirieron después de una reunión con Cavada”, agregando que “pagaron por los excedentes del patio y que no hubo contrato”. El testigo Francisco Joannon señaló que no sabía que el señor Cavada mantenía otros formularios en su poder. “Cuando se hace la auditoria el señor Cavada se lo cuenta y se los mostró.” La venta de los excedentes es avalada por Joannon sobre la base de la confianza depositada en Cavada, el que le indica que dicha operación se daba a partir de una orden verbal otorgada por el Súper Intendente

Gustavo Díaz Andrades, lo que de suyo llamó la atención del Jefe de Abastecimiento y Bodegas, toda vez que el normal proceder de Díaz, en especial cuando de instrucciones se trataba, era de consignar todo por escrito, cuestión confirmada en estrados por él mismo. Las pericias efectuadas por William Contreras y Marcelo Rivas, dan cuenta que tanto las firmas como el llenado de casi la totalidad de los formularios 618 que tenía en su poder el señor Cavada, correspondían a su puño y letra. En otras palabras, para la salida de 195 camiones se utilizaron la misma cantidad de formularios 618, llenados y firmados por Mario Cavada Morales y que no quedaron registrados en el control, bajo planilla Excel, que doña Ana María Contreras llevaba. A mayor abundamiento, el propio señor Cavada llevaba, bajo la misma modalidad Excel, su personal control de esas mismas salidas de material. ¿Qué sentido tuvo aquello? La respuesta resulta palmaria: permitir la salida de un material que requería salir utilizándose este subterfugio, de lo contrario no se explica no haberlo controlado ordinariamente, como sí lo fueron 405 salidas de material por parte de KOGAL. El material en cuestión, salido bajo este ardid, ha sido definido por las defensas del señor Cavada y Plaza como Basura, material de desecho, que requería ser eliminado del botadero 67 para cumplir con las estrictas normas medio ambientales contenidas en le ISO 14.001. Sin embargo, creemos que había un real interés en ese material y no precisamente por tratarse de mera basura. El testigo Marco Villarzú señaló refiriéndose al incidente de la detención de los tres camiones que “se sube al primer camión y ve material de carga fría que no se vende, ya que se reprocessa. Le señalaron que eran de KOGAL. Se sube al segundo camión y patea el material y encuentra cobre metálico y en la cola del camión había un chanco de gran espesor con cobre puro”. El testigo José Zazzali, dueño de la Planta Puerto Rico de Copiapó, lugar adonde se dirigían los camiones, señaló “que La carga venía de chuquicamata. Toda la carga se procesó. Una vez procesado se lo llevaban. Los camiones llegaban con ladrillos, bloques, láminas de cobre, cables, etc.” Agregando que en su planta “limpiaban el material sacándole toda la basura no aprovechable para el proceso. Había ladrillos amarillos y negros. Los primeros se botaban y se escogían los otros”. El testigo Cristián Matus, funcionario de la policía de investigaciones, confirma lo anterior indicando que “el objetivo de su trabajo era obtener el paradero de los camiones que habían salido desde Calama. Sabían que habían llegado a Copiapó a una planta del señor Zazzali. Ahí se limpia el material que venía en los camiones. Esta información se obtiene con la propia declaración del señor Zazzali. Se obtenía concentrado de cobre luego de la limpieza y de ahí se iba al puerto de Coquimbo.” El testigo José San Martín, de su parte, también se refiere a este punto señalando que “el concentrado obtenido en Copiapó estaba contaminado con magnesita y otro producto. Codelco no puede fundirla porque perjudicaría los hornos y por ello se exporta. Lo exportaban a China y Perú, el que se mezclaba con material de Santiago y de ENAMI para bajarle las impurezas y aumentarle la Ley hasta de un 24 %”. El testigo de la defensa del señor Plaza don Gonzalo Astorga indicó que “procesó unos productos llevados desde Calama a Copiapó. Eran ladrillos y desechos, había que clasificarlos. Se hizo en la Planta Puerto Rico. Los ladrillos eran cerca de la mitad. Salía un producto de molienda de ladrillo con un porcentaje de ley de cobre de un 13 a 14 %. Era un material con muchas impurezas con magnesita. Ese material se vendió, se envió a Coquimbo. Ese material no es comercial por sus impurezas.” Agregando que “el material venía en rampas desde Calama.

Eran ladrillos, cartones, alambres, tierra, piedras, maderas y basura, por eso había clasificarlo.” Este testigo fue contratado por KOGAL para hacerse cargo del procesamiento del material, señalando que “fueron meses de trabajo, un tiempo prolongado.” A partir, entonces, de la información anterior, podemos concluir que no solo era basura lo que se transportaba desde Codelco a la Planta Puerto Rico de Copiapó, sino que material con contenido de cobre el que era procesado y mezclado posteriormente en el Puerto de Coquimbo, siendo finalmente exportado. Resulta peregrina, entonces, la afirmación de que no se logró acreditar la salida del material en tanto cuanto, queda de manifiesto el destino del mismo, cuestión por lo demás, reconocida por la propia defensa del señor Cavada. Asimismo, se ha querido establecer la imposibilidad de la salida de ese material, que como ya hemos señalado, efectivamente salió, por la presencia permanente de personal de protección industrial en las labores de carguío de los camiones, que hubiesen impedido cargar otro material diverso al que realmente correspondía, sustentado principalmente en la experiencia de los chóferes de los tres camiones detenidos. Los tres señalaron que no podían cargar sin estar presente protección industrial allí, más los tres a su vez afirman no intervenir en lo absoluto en aquellas labores. Además, vinieron a Chuquicamata algunas pocas veces, incluso el testigo Patricio Saldívar, señaló haber venido sólo una vez, esto es, la vez que le impidieron salir con la carga. Pero más allá de lo expresado por los conductores, el testimonio de Jorge Ríos resulta clarificador, al señalar que “era jefe de Protección Industrial en chuquicamata y que para entrar al patio 67 se requería un inspector de terreno que era de protección industrial pero no siempre aquello ocurría por las necesidades del trabajo. No siempre había alguien de protección industrial en el carguío de los camiones porque había un funcionario por turno.” El jefe de bodegas, Eduardo Pizarro, sobre este punto señaló que “piensa que el cargueo debiera ser vigilado por protección industrial”.

En síntesis, ha quedado acreditado que la empresa KOGAL transportó 195 camiones con material con contenido de cobre desde Chuquicamata hasta la Planta Puerto Rico de Copiapó, utilizándose para permitir su salida, formularios 618 llenados y firmados por don Mario Cavada Morales, extraños a los que controladamente se llevaban en el Departamento de Abastecimiento por doña Ana María Contreras.

Ahora bien, se ha sostenido por la doctrina que este ilícito es de aquellos denominados “delitos de resultado”, esto es, que se genere un perjuicio al fisco. Pues bien, el perjuicio ocasionado a Codelco y, en consecuencia, al Estado de Chile, fue determinado mediante la pericia efectuada por doña Claudia González, la que señaló en sus conclusiones que respecto de la tasación del material que se habría retirado desde Codelco amparado sólo en Formularios 618 de salida de materiales sin estar amparados en facturas, se señala que la carga estimada con contenido de material de cobre que fue retirada de Codelco Norte, en el período mayo a diciembre de 2002, asciende aproximadamente a 2.998,25 toneladas y en el año 2003, asciende aproximadamente a 102,40 toneladas. Este pesaje correspondería al precio declarado por Codelco en los años señalados en un mínimo de \$629.346.912 y un máximo de \$830.399.663.-; y al precio declarado por Distribuidora Gallardo, en el mínimo \$336.051.373 y un máximo de \$368.098.816.

Sin embargo, de la lectura de la acusación particular intentada por Codelco Chile, división Codelco Norte, se delimitan los perjuicios sufridos, indicándose que a lo

menos alcanzarían los \$25.000.000 (veinticinco millones de pesos), y siendo aquello una declaración efectuada por la propia víctima, habrá de estarse a ella a la hora de determinar el perjuicio efectivamente producido.

Como último punto en este capítulo, debemos señalar que el dolo exigido por el legislador en el artículo 239 del Código Penal, es el directo, descartándose la culpa y el dolo eventual para perfeccionarlo. Este dolo se expresa, como ya se ha sostenido, en el ardid consistente en el llenado y firma de los formulario 618 que permitieron la salida de un material sin que la empresa Codelco tuviera conocimiento ni lo autorizara y que fue descubierta por un hecho fortuito, generándose las investigaciones siguientes y este juicio.

En consecuencia, con la prueba rendida y expuesta, se ha generado la convicción, más allá de toda duda razonable en este Tribunal, que se dan los elementos del delito de fraude al fisco”.

Por su parte el considerando décimo tercero realiza un análisis de la calidad de funcionario público de los empleados de Codelco.

“DECIMOTERCERO: Que, ya hemos señalado en el considerando anterior, que en la especie se reúnen todos y cada uno de los elementos del tipo correspondiente al fraude al fisco, adelantando allí la calidad de funcionario público de don Mario Cavada Morales. Esta calificación efectuada por estos sentenciadores, hecha por la borda la pretensión sostenida en juicio por Codelco Chile, División Codelco Norte, en el sentido de defender la tesis de que los funcionarios y empleados de Codelco no reúnen tal calidad y, en consecuencia, no podría aplicárseles el estatuto jurídico de la norma del artículo 239 del Código Penal, calificando, entonces, los hechos acusados particularmente como hurto agravado en los términos del artículo 447 del Código Punitivo. Como se dijo más arriba, aquello no es compartido por este Tribunal por las razones que se expresan continuación.

Los Directivos, ejecutivos, profesionales, técnicos y administrativos de la Corporación Nacional del Cobre son empleados del Estado y como tales tienen la calidad de funcionarios públicos. Ello, por cuanto, la ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo primero, contempla a las empresas del estado creadas por ley, como es el caso de Codelco, como integrantes del cuadro orgánico de la administración del estado.

Así, quien trabaja en la mencionada empresa nacional, está plenamente afecto a Ley 18.575, tanto en cuanto al deber general de cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones dispuesto en el artículo 7º de dicha Ley, como en cuanto a la norma contemplada en su artículo 15, la que señala que el personal de la administración estatal se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley. A lo anterior, se agrega, además, la norma dispuesta en el artículo 18 de la misma Ley, que sujeta a todo el personal de la administración del estado a responsabilidad administrativa sin desmedro de la civil y penal que pueda afectarle.

Por lo tanto, los trabajadores de Codelco, son agentes del estado y funcionarios públicos, lo que se evidencia por la circunstancia de que las operaciones que realizan

comprometen el patrimonio estatal. La aludida calidad, no se altera por el hecho de que Decreto Ley 1350 del año 1976 en su artículo 25 inciso 2º, disponga que sus trabajadores estarán sujetos al código del trabajo y sus leyes complementarias, como asimismo a la normativa sobre organización sindical y negociación colectiva que rigen al sector privado, pues la remisión al código laboral, implica solamente la determinación del estatuto que regula al personal de esa entidad, lo que no constituye más que la aplicación del principio contemplado en el actual artículo 18 de la ley 18.575, de rango constitucional, dictada después del Decreto Ley 1.350, que como se indicó señala que los servidores de la administración estatal se rigen por las normas estatutarias que establezca la Ley, sin formular distingo acerca del contenido ni denominación del tal estatuto, admitiendo que puede ser un cuerpo legal especial o el Código del Trabajo, como ocurre con Codelco. En consecuencia, quienes se desempeñan en ella, tienen la condición de empleados públicos cualesquiera sean las normas que regulan sus relaciones laborales, pues las mismas solo constituyen el estatuto que rige la prestación de sus servicios, pero no el elemento que determina su calidad jurídica⁴.

Ratifica lo anterior, el artículo 1º del Decreto Ley 1350 del año 1976, al indicar que Codelco es una empresa del estado con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se rige por el citado texto legal, sus estatutos y el derecho común en cuanto fuera compatible con sus disposiciones.

Por lo anterior, ha de considerarse que los elementos integrantes de las empresas públicas creadas por ley, vale decir, sus fines, recursos, personal y régimen jurídico, son de carácter público, resultando un contrasentido pretender que en un organismo de esta naturaleza, sus bienes, capital o utilidades sean privados y sus trabajadores particulares, ya que estos son agentes encargados de su conducción y administración.

Salvado lo anterior, no puede soslayarse que por sobre todo y sin que aquello constituya un atentado a una interpretación armónica con las normas constitucionales, la piedra angular que informa nuestro ordenamiento penal, es el respeto irrestricto al principio de legalidad y que se plasma en la configuración de un tipo específico y que con lo razonado en los motivos anteriores, se refiere al del artículo 239 del Código Penal en relación con el artículo 260 del mismo cuerpo legal.

Es por lo anterior, que esta sentencia deberá ser absolutoria respecto de don Mario Cavada Morales, Jorge Plaza Vidal y don Luis Gallardo Quijanes por el delito de hurto agravado por el que fueran acusados por Codelco Chile, División Codelco Norte.”

En cuanto a la participación señala el considerando décimo cuarto:

“DECIMOCUARTO: *Que, la participación del acusado quedó acreditada con las declaraciones de los testigos de cargo Karen Molina, Juan Carlos García, Marco Villarzú, José Valenzuela, Andrés Soto, Ana María Contreras, Paulo Schenone, Julio Marticorena, Francisco Joannon y Gustavo Díaz. Además de la declaración de los peritos William Contreras, Marcelo Rivas y Claudia González. Lo anterior, sin perjuicio de la declaración de los testigos de la defensa Osvaldo Moreno y Eduardo*

4 Lo destacado es nuestro

Pizarro, estimándose de esta manera la participación del mismo en los hechos de una manera inmediata y directa, conforme a lo prescrito en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Que, en cuanto a la participación de don Jorge Plaza Vidal en el delito de fraude al fisco, con la prueba de cargo no se ha logrado acreditar, mas allá de toda duda razonable, la existencia de un concierto previo con el Sr. Cavada ni el conocimiento de la ilicitud de la conducta desplegada por éste de manera de hacerse acreedor de un reproche penal idéntico a éste. En efecto, la mera circunstancia de que Plaza Vidal, estuviese en conocimiento de el material que se sacaba de la empresa Codelco, no correspondía única y exclusivamente a los ladrillos amarillo (aluminico silico), no puede llevar, unívocamente, a considerar establecida su participación en el delito, pues, la salida de dichos elementos contaban con documentación respaldatoria que permitía su egreso, a través de los formularios respectivos firmados por el Sr. Cavada, autoridad idónea para expedirlos, lo que impide dar por acreditado que el imputado estuviese concertado con él para tales maniobras. Además, hay que tener presente que, conforme la prueba de cargo, se acreditó que Plaza Vidal era sólo un empleado de la empresa Kogal, destinatario de los materiales ilícitamente apropiados, no estableciéndose algún tipo de beneficio personal con el producto de los embarques, que en definitiva estaban destinados a su empleador.

Por otro lado, tampoco se advierte en el actuar de Plaza Vidal una facilitación de los medios con que se lleva a cabo el ilícito. En el presente caso ha parecido adecuado a este tribunal el criterio enunciado por Hans Welzel, cuando señaló que la autoría se caracterizaba, en lo esencial, por el dominio final del hecho que significa la capacidad de decidir acerca de la consumación o no del ilícito, el cual a su vez puede derivar de diversas circunstancias. "Para la teoría del dominio del hecho, autor es quien tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes por su parte carecen de ese dominio del hecho. Según Welzel tiene dominio del hecho el que en base a su decisión de voluntad lo realiza finalmente" (en la página 182 de su Manual de Derecho Penal, Editorial Temis S.A., año 1.996). El aporte del coautor es imprescindible o, a lo menos, difícilmente reemplazable, circunstancia que sí le otorga capacidad de decisión acerca de la no consumación del ilícito. Al apreciar la conducta de éste acusado no se ha acreditado que haya tenido el dominio final del hecho o que hubiese estado en razonables condiciones de impedir el ilícito, pues su accionar obviamente no constituyó una contribución decisiva o imprescindible para su realización, ya que para ello bastó la acción del acusado Mario Cavada, incluso, Plaza Vidal no siempre estuvo presente cuando los materiales ilícitos eran cargados de los camiones de su empleador, ya que conforme a los dichos del testigo José san Martín, en muchas oportunidades él tuvo que reemplazar a Vidal en los trámites requeridos para que los camiones pudiesen salir de los recintos industriales de Codelco.

La doctrina jurisprudencial vigente, exige en todos los casos de coparticipación criminal, además de una previa concertación (conscientita scaeleris), la realización de actos comisivos propios de la fase ejecutiva del delito. Son esos actos ejecutivos, nucleares o periféricos, los que deberán quedar acreditados para cada uno de los acusados a título de copartícipes. Trayendo al supuesto enjuiciado la doctrina general que sucintamente acabamos de resumir, fácil es advertir que los hechos acreditados no permiten concluir

que Jorge Plaza Vidal en la dinámica comisiva del delito de fraude al fisco haya ejecutado ninguna conducta propia de la fase ejecutiva que supusiera aporte causal alguno a la realización del tipo. Es decir, si se prescinde de su actuar, el delito de todas formas se hubiese consumado.

Sin perjuicio de lo anterior no existe prueba del elemento subjetivo del delito, es decir el dolo. Ordinariamente el dolo, como elemento interno, debe inferirse de un comportamiento externo. En el caso actual no existen pruebas directas de la participación dolosa del recurrente, tanto en la planificación, en la ejecución y/o aprovechamiento del delito. Sólo se probó que Plaza Vidal, era empleado de KOGAL y encargado de los contratos que dicha empresa mantenía con Codelco y en tal condición estaba al tanto de los materiales que su empleadora retiraba de la mina de Chuquicamata, pero no se acreditó que supiese que dichos elementos tuviesen un origen espurio.

En consecuencia, no cabiéndole participación alguna en el delito, la sentencia deberá ser absolutoria a su respecto.”

Finalmente, en la parte resolutive se condena al funcionario de Codelco y se absuelve a los otros dos acusados:

“Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 26, 30, 45, 47 inciso primero, 50, 68, 69, 239 y 260 del Código Penal; artículos 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344 y 346 del Código Procesal Penal; 4 de la Ley 18.216 se declara:

I.- Que, se absuelve a don **Edilberto Mario Cavada Morales, Jorge César del Carmen Plaza Vidal y Luis Hernando Gallardo Quijanes**, ya individualizados, del delito de Hurto Agravado, por el que fueran acusados por Codelco Chile, División Codelco Norte.

II.- Que, se absuelve a don **Jorge César del Carmen Plaza Vidal**, ya individualizado, del delito de Fraude al Fisco, por el cual fuera acusado por el Ministerio Público, perpetrado en la ciudad de Chuquicamata entre los años 2002 y 2003.

III.- Que, se condena a don **Edilberto Mario Cavada Morales**, ya individualizado, a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y a la multa del 50% del monto defraudado, como autor del delito de Fraude al Fisco, por el cual fuera acusado por el Ministerio Público y Consejo de Defensa del Estado, perpetrado en la ciudad de Chuquicamata entre los años 2002 y 2003.

IV.- Que, se le condena, además, a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

V.- Que, cumpliendo el sentenciado con las exigencias del artículo 4 de la Ley 18.216, se le concede el beneficio de la remisión condicional de la pena, estableciéndose un plazo de observación por todo el tiempo que dure la condena, y cumplir, en su oportunidad, con las demás exigencias legales. El plazo de observación deberá comenzar el mes siguiente a aquel que esta resolución se encuentre ejecutoriada, en el Centro de

Reinserción Social de Gendarmería de Chile y en el evento que este beneficio le sea revocado, deberá cumplir efectivamente la pena impuesta.

VI.- Devuélvase a los intervinientes los documentos incorporados en la audiencia del juicio oral.

VII.- Que, se condena en costas al acusado, en virtud de lo establecido en los artículos 45 y 47 inciso primero del Código Procesal Penal.

VIII. Ejecutoriada la presente sentencia dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiándose a, Contraloría General de la República, Servicio de Registro Civil e Identificación y Centro de Reinserción Social de Gendarmería de Calama, a quienes se les deberá adjuntar copia de esta sentencia con el atestado de encontrarse ejecutoriada y en su oportunidad remítanse los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía de esta ciudad para la ejecución de la pena.

3. Comentarios del Fallo

El presente fallo sienta una interesante jurisprudencia en reforma, sobre la calidad de funcionario público de los empleados de las empresas del Estado, calidad reconocida previamente por la Corte de Apelaciones de Santiago que conociendo del llamado caso Codelco - Dávila estableció que “empleo público es aquel que vincula al empleado a la actividad del Estado en cualquiera de sus manifestaciones, que tienda a satisfacer necesidades públicas por medio de sus respectivos servicios”. Agregando que el hecho que los sentenciados hubieren estado sometidos al régimen laboral del Código del Trabajo “no es sino una consecuencia para los efectos administrativos, toda vez que, para los efectos penales son empleados públicos”⁵.

De igual manera que aquel fallo, esta sentencia aclara que los trabajadores de Codelco, son **agentes del Estado y funcionarios públicos**, lo que se evidencia por la circunstancia de que las operaciones que realizan comprometen el patrimonio estatal. Entendiendo que dicha calidad, no se altera por el hecho de que el Decreto Ley 1350 del año 1976 en su artículo 25 inciso 2º, disponga que sus trabajadores estarán sujetos al Código del Trabajo y sus leyes complementarias, como asimismo a la normativa sobre organización sindical y negociación colectiva que rigen al sector privado, pues la remisión al código laboral, implica solamente la determinación del estatuto que regula al personal de esa entidad, lo que no constituye más que la aplicación del principio contemplado en el actual artículo 18 de la Ley 18.575, de rango constitucional, dictada después del Decreto Ley 1.350, que, como se indicó, señala que los servidores de la administración estatal se rigen por las normas estatutarias que establezca la ley, sin formular distingo acerca del contenido ni denominación de tal estatuto, admitiendo que puede ser un cuerpo legal especial o el Código del Trabajo, como ocurre con Codelco.⁶

5 Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de 16 de octubre de 2003, Rol Ingreso de Corte Nº56136-99, causa c/ Juan Pablo Dávila.

6 Considerando décimo tercero del fallo comentado.

Asimismo, con esta jurisprudencia se rechaza la alegación del querellante particular, Codelco, quien en su acusación particular y durante el juicio oral realizó una calificación jurídica de los hechos diferente, entendiendo que existía un delito de hurto agravado del Art. 447 N° 2 del Código Penal, ello porque sostenían que los trabajadores de Codelco no son empleados públicos; fundando esta aseveración en que Codelco es una empresa que se rige por el Código del Trabajo, conforme al Decreto Ley 1350, el cual le otorga las finalidades de una empresa y no de un servicio público, agregando, además, que a partir del año 1973 aparece la idea de Estado Subsidiario, con una nueva concepción económica del mismo, debiendo adecuarse la interpretación del art. 260 del Código Penal a esta nueva concepción recogida por la Constitución Política de la República de 1980, por lo cual, sostenían, no se podía aplicar un artículo dispuesto para casos especiales para un caso que debe ser resuelto por la legislación común⁷.

En cuanto a la participación, debemos recordar que el Ministerio Público acusó tanto al funcionario de Codelco, como al particular Gerente de Operaciones de la empresa contratista Kogal, como coautores del delito de Fraude al Fisco del art. 239 del Código Penal.

Sobre esta última acusación el Tribunal dictó sentencia absolutoria respecto del particular, fundándola en que para dar por acreditada dicha participación, la jurisprudencia vigente exige en todos los casos de coparticipación criminal, además de una previa concertación (*conscientita scaeleris*), la realización de actos comisivos propios de la fase ejecutiva del delito. Son esos actos ejecutivos, nucleares o periféricos, los que deberán quedar acreditados para cada uno de los acusados a título de copartícipes. No permitiendo los hechos acreditados concluir que el acusado particular en la dinámica comisiva del delito de fraude al fisco haya ejecutado ninguna conducta propia de la fase ejecutiva que supusiera aporte causal alguno a la realización del tipo. Es decir, si se prescinde de su actuar, el delito de todas formas se hubiese consumado. Agregando finalmente sobre este punto que no existe prueba del elemento subjetivo del delito, es decir, el dolo. Ordinariamente el dolo, como elemento interno, debe inferirse de un comportamiento externo. En el caso actual no existen pruebas directas de la participación dolosa del recurrente, tanto en la planificación, en la ejecución y/o aprovechamiento del delito⁸.

En relación a la falta de participación del tercero extraneus en el delito de Fraude al Fisco, se extraña en el fallo alguna mención al problema de la comunicabilidad de las circunstancias personales en los delitos especiales, entendiendo que nos encontramos frente a un delito especial impropio, fraude al fisco, que tratándose de la situación de participación de un extraneus, como se sostenía en este caso, admitiría, según el parecer de la mayoría de la doctrina vigente⁹, una división del título de incriminación, respondiendo el particular o extraneus del tipo base y no del tipo calificado. O bien que el fallo hubiese adoptado una posición más

7 Considerando décimo del fallo comentado.

8 Considerando decimocuarto del fallo comentado.

9 Etcheberry, Cury, Politoff/ Matus/ Ramírez, Collao/ Ossandón.

novedosa y acorde con la discusión actual, que distingue entre delitos que son especiales porque limitan el círculo de autores a aquellos que se encuentran en una posición originada por situaciones reguladas en normas extrapenales (posición jurídica) y delitos en que la delimitación del sujeto activo obedece a la posición fáctica en que este se encuentra en relación con el bien jurídico-penalmente tutelado. Es decir, que la diferencia entre los delitos especiales en que la infracción de un deber es el núcleo de la conducta típica y aquellos otros en que la restricción a ciertos sujetos activos obedece sólo a que se hallan en una posición idónea para lesionar el bien jurídico, surgiendo así una clasificación entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y
ESTUPEFACIENTES

CRITERIOS CONTENIDOS EN LAS SENTENCIAS DICTADAS POR INFRACCIÓN A LA LEY N° 20.000 DURANTE LOS MESES DE OCTUBRE A DICIEMBRE DE 2008¹

Renzo Figueroa Aste²

Introducción

El presente documento contiene una selección de sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de octubre a diciembre de 2008, en el que se incluyen importantes criterios jurisprudenciales.

El objetivo es difundir fallos relativos a materias que generan discusión en las causas por infracción a la Ley de Drogas.

Los temas destacados en el señalado período, dicen relación con: 1.- La teoría de la tentativa inidónea por falta de objeto material del delito y la agravante de responsabilidad penal del artículo 19 Letra a) de la Ley N° 20.000; 2.- Agravante especial del artículo 19 letra f) de la Ley N° 20.000; 3.- La interceptación telefónica como herramienta de interrupción u obstrucción de una vía de comunicación; 4.- El Informe Pericial de Análisis Químico emitido por el Instituto de Salud Pública como uno de los medios idóneos para determinar la naturaleza de la sustancia estupefaciente o psicotrópica; 5.- La certeza de la presencia de droga, aun cuando la cantidad sea incuantificable y sea estimada como “traza”, y la pena de comiso.

1.- El rechazo de la teoría de tentativa inidónea por falta de objeto material del delito, no siendo necesaria la sustitución de la droga por otra sustancia, cuando las circunstancias no permitieren hacerlo, y la configuración de la circunstancia agravante de responsabilidad penal del artículo 19 Letra a) de la Ley N° 20.000, esto es, que el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes.³

En la presente causa, la acusación presentada por el Ministerio Público se basó en diligencias de investigación efectuadas por funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, utilizando principalmente la técnica de interceptación telefónica, pudiendo establecerse que los acusados operaban efectuando envíos

1 Tabla de abreviaturas: La referencias a las sentencias se hace de la siguiente forma: “CA” Corte de Apelaciones, “TJOP” Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, “JG” Juzgado de Garantía. A continuación se señala la ciudad en que fue dictada la sentencia, la fecha de dictación del fallo, el ROL y/o RUC, RIT y luego los considerandos incluidos.

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

3 TJOP Arica, 04/11/08, RUC N° 0600888480-1, RIT N° 210-2008, considerando 14° y 16°.

de droga oculta en paquetes de encomiendas al sur del país. Fue así que, a raíz de la investigación y entrega controlada de drogas se logró la detención de los acusados y la incautación de un total de 2 kilos 610 gramos brutos de clorhidrato de cocaína con un 90% al 92% de pureza y 1 kilo 047 gramos brutos de cocaína base, con 14% al 32% de pureza, más instrumentos propios del delito y dinero en efectivo.

Para la Fiscalía los hechos configuraron el delito de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 3° de la Ley N° 20.000, atribuyéndoles a todos los acusados la calidad de autores, perjudicándoles además, entre otras, la circunstancia agravante de responsabilidad penal del artículo 19 letra a), esto es, si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes.

Por su parte, para las defensas sus representados debían ser absueltos, fundándose en una supuesta infracción a las normas señaladas en el artículo 23 de la Ley N° 20.000, referentes a la entrega controlada de la droga, por cuanto al momento de ser incautadas las cajas con la sustancia ilícita y proceder al envío controlado, ésta no se sustituyó por otra sustancia como lo ordena la norma legal en comento, existiendo por tanto un delito imposible, ya que no se recepción nada, existiendo por ende, una falta de objeto material del delito.

Para el Tribunal, y sobre la base de la naturaleza de la norma del artículo 23 de la Ley N° 20.000 y su implicancia en la convicción acerca de la existencia del delito y la participación de los involucrados, señaló que: *“...es evidente, que no es una materia controlable jurisdiccionalmente, ya que la propia ley entregó al Ministerio Público, la resolución de ocupar la herramienta o no y la forma en que debe hacerlo, por lo que su aparente incumplimiento, no puede ser objeto de reproche jurisdiccional, sin perjuicio que pueda serlo en el ámbito de la responsabilidad administrativa”*.

“...en una interpretación lógico-sistemático del texto de la ley de drogas, nos lleva a la razonable conclusión, incluso desde la simple perspectiva del sentido común, que la norma del artículo 23, viene a dar una herramienta para la investigación del delito de tráfico, impidiendo, la pérdida de la droga cuando esta es incautada y resulta necesario y posible, para el investigador obtener la detención de los demás partícipes. Por decirlo en otra forma, en términos más didácticos “se trata de engañar a los demás partícipes que están recibiendo aquello ya acordado, esto es, la droga”. Sin perjuicio del cuestionamiento ético de la norma, que realiza una de las defensas, lo cierto es, que el Estado chileno en cumplimiento de sus compromisos internacionales, a partir de la dictación de la ley 19.366 incorporó en la normativa legal, esta herramienta de investigación, cuyo sentido es agotar la investigación con la mayor certidumbre posible, en relación a todos los partícipes del delito. El tema, que frente a una incautación de droga, el fiscal se encuentra “en la obligación de sustituir”, por otro elemento o sustancia, nos parece que conforme a la lógica, ello puede en cada caso ser o no posible, dependiendo de las características de la entrega, lo importante, es la apariencia, que lleva a engaño al receptor de la droga, quien en conocimiento de que se le remitía la droga va sobre ella”.

“Tampoco se trataría de un delito imposible, cuya punibilidad o no, incluso es discutida doctrinariamente, dado que el delito ya que se consumado (SIC) desde el momento en

que se guardó, transportó, envió y recepcionó la droga para cada uno de los partícipes en la cadena; no resulta plausible hablar de idoneidad del objeto, dado que, el vínculo con la droga, ya se encontraba establecido al momento de aceptar recibirla, que conducta que efectivamente realizan los destinatarios. De esta manera, los actos ejecutados por cada uno de los acusados (Orrego, concertarse para enviar la encomienda, poseyéndola, guardándola y enviarla; Tapia, concertado para guardar y enviar; Gómez, Pardo, Alfaro, Pozo, Sánchez y Gutiérrez, recepcionarla, transportarla y entregarla) son propias de actividades que el artículo 3 tipifica como de tráfico de drogas, esto es, ya sea su comercialización, a título gratuito u oneroso, sin autorización competente, como todo acto que implique su promoción o facilitación, por lo cual, el delito de tráfico esta descrito en forma amplia por nuestra legislación, y por ende, incluye conductas que son punibles desde una etapa en que surge un riesgo para el bien jurídico tutelado, adelantando su punibilidad, “la descripción típica asimila la tentativa con la consumación” al tenor del artículo 18 de la misma ley. A mayor abundamiento, plantear la tentativa inidónea en razón del objeto, carece de sentido a la luz del artículo 23 de la ley N° 20.000, que permitió la sustitución de la droga a través de la entrega controlada, dado que lo que se busca es precisamente esconder o reemplazar el objeto material del delito”.

“...las afirmaciones de las defensas de los acusados Pozo, Pardo, Alfaro, Gómez y Gutiérrez, en cuanto, ninguno de ellos recibió droga y que sus conductas son meros actos preparatorios no punibles, tampoco es posible considerarla, dado que como se ha venido razonando, las conductas realizadas por los acusados la ley las describe y su concreción implican consumación de tráfico, como es la recepción de la droga, momento en que se adquiere la tenencia de la misma. Si físicamente en la caja no había droga, lo que es solo dudoso en relación a la recepcionada en Ovalle, en nada altera a la consumación del delito, dado que, la ley entrega la herramienta de la entrega vigilada, precisamente para estos efectos, sin que corra riesgo de pérdida o que sea de suyo dificultoso su sustitución por otro elemento. Conforme a los principios de la lógica, y al “telos” de la norma, ninguna diferencia tiene, si en la caja iba o no la droga, en este caso concreto, dado que se trata de una encomienda debidamente sellada, que debía retirarse por los acusados, por lo que sólo era importante para la entrega mantener la forma y el peso a fin de no alertar a los receptores, que fue lo que ocurrió”.

“En este mismo contexto, no es posible aceptar la argumentación de las defensas de los acusados Pardo y Alfaro de que sus conductas sólo se refieren a retiro de encomiendas y no droga. Ello, por cuanto, existen conversaciones de Pardo con Orrego, un reconocimiento del hecho al momento de ser detenidos como lo expresó el funcionario Fredy Castro, la entrega de la información de que la caja debían entregarla a Pozo, dineros que se recibían por el trabajo, es decir, todos antecedentes, que al menos denotan un dolo eventual. Además, el propio acusado Orrego, dio cuenta en la audiencia, de la relación ilícita que tenía con Pardo y Alfaro. En síntesis lo que hay es una participación dolosa en el hecho”.

Respecto a la agravante del artículo 19 letra a) de la Ley N° 20.000, el Tribunal la acogió por unanimidad señalando que: *“...se dan los presupuesto de ella, ya que se trata de una reunión o agrupación de delincuentes, reconociéndose Orrego y Tapia como proveedores y despachadores de la droga, luego una red que debía recepcionarla,*

esto es, los acusados Pardo Puga, Alfaro Rivera, Sánchez y Pozo White, ya que no era la primera vez en que procedían de esa manera, según el tenor de las interceptaciones telefónicas y de los medios materiales encontrados (cinco cajas de similares características y adaptadas para ocultar la droga). De esta manera, entre Orrego, Tapia, Sánchez, Pardo, Alfaro y Pozo existían vínculos y con roles determinados ya que procedían a ocupar el sistema de encomiendas con consumir el ilícito, conformándose una agrupación, aunque alguno de ellos no se conocieran.

La configuración de la agravante, exige no solo un concierto o acuerdo de voluntades o división de roles, propios de una coparticipación, sino que el “plus” está dado, en el sentido de pertenencia al grupo que “si bien no tiene una estructura reglamentada, funciona materialmente como tal, aunque no llegue a constituir una asociación ilícita para traficar”.

2.- La agravante especial del artículo 19 letra f) de la Ley N° 20.000, esto es, cometer el delito en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales.⁴

El Ministerio Público fundó su acusación en los hechos ocurridos con fecha 20 de marzo de 2008, día en que personal del OS-7 observó al acusado vendiendo marihuana a dos personas al interior de un restaurante de Valparaíso, logrando incautar 14 envoltorios con 9,7 gramos bruto de marihuana más \$11.500.- en dinero efectivo, 10 euros, dos dólares americanos y dos teléfonos celulares.

A juicio del Ministerio Público, estos hechos configuraron el delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 4° de la Ley N° 20.000, agravado por la circunstancia de responsabilidad penal del artículo 19 letra f) del mismo cuerpo legal.

La discusión principal precisamente se dio en relación con la agravante señalada, por cuanto el hecho ocurrió en un bar desde cuya puerta se podía observar una universidad y una calle que da a otras sedes universitarias, siendo un barrio frecuentado por estudiantes. En razón de lo anterior, la Fiscalía entendió que era un lugar escogido por el imputado justamente por esa razón, asegurando con ello la venta de marihuana.

Para la defensa no era cuestionable la existencia del delito ni el hecho, que la venta se efectuara cerca de una universidad, pero no obstante, ello no bastaba para constituir inmediación de un establecimiento educacional fundamentando su teoría en la propia norma, la que a su juicio sanciona a aquel que se vale de un gran número de sujetos que entran y salen por un lugar, entendiendo por inmediaciones, por ejemplo, escaleras de acceso, el paradero de locomoción colectiva, entre otras. En ese sentido el restaurante donde se vendía la droga no podía estimarse como aquél por donde debían pasar las personas para ir o salir de la Universidad y que ese no era el sentido de la norma. En definitiva, el bar

4 TJOP Valparaíso, 07/11/08, RUC N° 0800260824-4, RIT N° 277-2008, considerando 13° N° 3.

restaurante era un lugar privado no debiendo entenderse como inmediaciones de las universidades cercanas.

Para el Tribunal los hechos configuraron el delito de tráfico del artículo 4° de la Ley N° 20.000, en las modalidades de porte, suministro y transferencia de drogas, cabiéndole al acusado la calidad de autor del mismo, restándole analizar si la transacción efectuada por el acusado al interior del restaurante cabe dentro de figura del artículo 19 Letra f) de la Ley de Drogas. Al respecto los sentenciadores señalaron que:

“a) sabido es, según declaró el perito Hans Burgos Cartes, que el local comercial bar restaurante “Roma” queda a 52 metros 35 centímetros de la puerta de acceso principal del bar a la universidad de Playa Ancha, la segunda está al poniente a 75 metros 95 centímetros de acceso a acceso y al otro lado a 192 metros y 95 centímetros hay un colegio;”

“b) conocido es también, según lo relatado por el perito Burgos, el propio acusado, los dos jóvenes universitarios compradores de la droga y el suboficial del OS7 Pereira Ramírez, que a ese local bar restaurante “Roma” acuden diariamente estudiantes universitarios de la Upla y de la sede de arquitectura de la Universidad de Valparaíso, es decir, es un lugar ajeno a la universidad, privado como señaló el defensor, pero donde concurren a actividades “sociales” los alumnos de los planteles de educación universitaria aludidos, allí van a tomar cerveza entre otras cosas”.

“Con lo anotado en estas dos letras anteriores, queda de manifiesto que, el lugar que eligió el acusado de este juicio señor Castillo Peña, el bar restaurante “Roma”, al menos hace suponer que es un real punto de encuentro diario de jóvenes universitarios del sector, los que, por la proximidad de sus sedes universitarias con el mismo, lo hacen proclive a poder realizarse en su interior transacciones como las reconocidas”.

“4.- Que, la disposición legal en comento tiene su razón de ser, en concepto de estos falladores, en que el vendedor o proveedor de drogas y sustancias prohibidas debiera tener una mayor sanción si es que las aludidas transacciones las hace en inmediaciones de esos centros de estudios, lo que ocurre en la especie, el estar a menos de 100 metros de dos sedes universitarias eso, objetivamente en las inmediaciones”.

“5.- “Inmediación” es proximidad en torno a un lugar, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, por ende, si el local comercial donde transó cannabis sativa estaba a 52 metros de la Upla y a 75 metros de una sede de la Universidad de Valparaíso, eso es en torno a esos lugares”.

“6.- Que, a mayor abundamiento, todos los que declararon en este juicio señalaron que el bar restaurante “Roma” es un lugar al que acuden jóvenes universitarios, por lo que, ese sólo hecho lo torna, para ellos en un lugar habitual de reunión, allí desarrollan actividades de carácter social como compartir a beber cervezas o comer, ese sólo hecho también se contempla en la circunstancia de la letra f) del artículo 19 de la referida Ley de Drogas, razones todas por las cuales estos jueces, por unanimidad concluyen que, en este caso puntual, opera la circunstancia del aumento de pena”.

3.- El Informe Pericial de Análisis Químico emitido por el Instituto de Salud Pública no es el único medio idóneo para determinar la naturaleza de la sustancia estupefaciente o sicotrópica.⁵

El Ministerio Público interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago el día uno de septiembre de dos mil ocho, en la que se absolvió a los acusados del delito de tráfico ilícito de drogas.

Se hace presente que en este caso se incautó la cantidad de 104 kilos 611 gramos de cannabis sativa.

El recurso se fundó conjuntamente en las causales previstas en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y en la causal prevista en el artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d), y e), en relación con el artículo 297 del mismo cuerpo legal.

De esta forma, la primera causal invocada por el Ministerio Público se fundó en el hecho que la sentencia afirmó que el único medio idóneo y apto para determinar si las sustancias incautadas eran droga, sería el Protocolo de Análisis Químico elaborado por el Instituto de Salud Pública, derogando con ello la norma del artículo 295 del Código Procesal Penal que establece la libertad de prueba, mientras que la segunda causal tendría su fundamento en el artículo 297 del mismo cuerpo legal.

Por su parte, la mayoría de los sentenciadores del Tribunal Oral en lo Penal fueron de la opinión que debía determinarse la naturaleza de las sustancias incautadas, cuestión que la Fiscalía hizo presentando las declaraciones de dos peritos, concluyendo el tribunal que la certeza de la naturaleza de dichas sustancias sólo la proporciona la respectiva pericia de análisis de las mismas, con la cual no fue posible contar en el juicio, por lo que no se podía concluir que las sustancias encontradas en poder de los acusados fueran algunas de las prohibidas por el Reglamento de la Ley N° 20.000, resultando imposible dar por configurado el delito.

La Corte señaló que el inciso final del artículo 315 contiene una norma de carácter excepcional de esta probanza en relación, entre otras, con el tráfico de estupefacientes, que permite la incorporación de esta pericia al juicio oral con la sola presentación del informe respectivo, pero no obstante ello, si alguna de las partes lo solicita fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser sustituida por la presentación del informe. Lo anterior revelaría la trascendencia que el legislador le otorgó al testimonio oral de los peritos para la apreciación de hechos tan relevantes, como lo es, el determinar si estamos en presencia de una droga ilícita y la peligrosidad que ésta reviste para la salud pública.

5 CA Santiago, 03/11/08, ROL N° 1862-2008, RUC N° 0800090828-3, considerandos 9°, 10° y 11°.

De esta forma la Corte señaló que efectivamente existió una errada aplicación del derecho por cuanto: *“...al tenor de lo establecido en el artículo 295 del Código Procesal Penal, que establece la libertad de prueba, señalando “Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento, podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”, agregando el artículo 297 que “Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.*

“...se debe concluir que el Tercer Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, ha hecho una errada aplicación del artículo 43 de la ley 20.000 Sobre Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, al establecer que al no contarse con el protocolo de análisis clínico de las sustancias suministradas por el Instituto de Salud Pública, no resulta posible configurar el tipo penal materia de la acusación, toda vez que la prueba rendida en la audiencia es apta para adquirir la convicción en los términos del artículo 340 del Código Procesal Penal, en cuanto a la existencia del delito de tráfico de 104 kilos 611 gramos de cannabis sativa denunciado por la Fiscalía y a la participación que en ello ha correspondido a los inculpados”.

“...el error de derecho que se ha dado por establecido ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez como consecuencia de él (SIC), no se ha dado aplicación a lo dispuesto en el artículo 295 del Código Procesal Penal que establece la libertad de prueba, como uno de los fundamentos del nuevo sistema procesal penal, absolviendo a los procesados de la denuncia por tráfico ilícito de drogas, motivo por el cual procede acoger el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público”.

4.- Una cantidad incuantificable de droga, estimada como traza, no le quita la certeza de presencia de la misma, aplicándose a ello la teoría del concepto regulativo del artículo 4° de la Ley N° 20.000. Pena de comiso de vehículo motorizado facilitado por un tercero.⁶

Los hechos en que el Ministerio basó su acusación ocurrieron el día 15 de febrero de 2008, cuando funcionarios policiales de la Brigada Antinarcóticos de Rancagua, detuvieron al acusado portando en el vehículo que conducía la cantidad aproximada de 150 gramos de una sustancia cristalina contenedora de trazas de clorhidrato de cocaína.

El imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaron, los aceptó expresamente manifestando su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado.

La defensa solicitó la absolución de su representado, señalando que no obstante haber acordado con el Ministerio Público el procedimiento a aplicar y la pena a imponer, a su juicio estábamos en presencia de trazas de clorhidrato de cocaína, estableciéndolo la propia pericia efectuada a la sustancia incautada, específicamente señalando la misma que la muestra tenía “trazas”, sin existir

6 JG Litueche, 07/11/08, RUC N° 0800170021-K, RIT N° 61-08, considerandos 5°, 9°, 10° y 11°.

certeza de la presencia de cocaína, no siendo posible tampoco determinar con grado de confiabilidad el porcentaje de cocaína.

La perito farmacéutico doña Marcia Reyes Rojas, en resumen señaló: “... *que si los resultados obtenidos mediante estos métodos analíticos, no logran determinar el porcentaje de droga presente, se dice que el compuesto se encuentra a nivel de trazas en la muestra analizada, lo que indica detección de pequeñas concentraciones, inferiores a 1 ppm (parte por millón). La implicancia de trazas de una droga en una determinada muestra denota la presencia de ésta, sin embargo al no poder determinar la concentración existe la certeza de un valor por debajo de límites cuantificables, que deja al descubierto la imposibilidad de asegurar una determinada cantidad de droga...*”

Agregó la defensa que el informe señala que cualquier valor que sea indetectable será considerado “traza”, siendo una concentración inferior al límite cuantificable para una droga en particular, refiriéndose en concreto a contaminación incuantificable.

En subsidio, la defensa solicitó la aplicación de la pena prevista para el delito de microtráfico.

El Ministerio Público, haciéndose cargo de lo alegado por la defensa, argumentó que el protocolo de análisis químico señala que existe certeza sobre la presencia de cocaína, por lo tanto la sustancia incautada la contenía, y el hecho que no se pueda cuantificar por el método y grado de confiabilidad, no quiere decir que dicha sustancia no sea contenedora de ésta. Bajo esa premisa, la Fiscalía señaló que se hizo una interpretación a favor del acusado y justamente al no poder cuantificar la cantidad de droga es que solicita la aplicación de la norma del artículo 4° de la Ley N° 20.000, suponiendo que se trata en este caso de pequeñas cantidades de droga.

En otro orden de ideas, en lo que dice relación con la pena de comiso, la defensa solicitó el rechazo del mismo respecto del vehículo incautado, por cuanto el artículo 188 y siguientes del Código Procesal Penal establece que procede la incautación respecto de los efectos del delito, y tal como expresó la Fiscalía, el vehículo era de propiedad de un tercero, y por tanto, no se dan los requisitos para la incautación de la especie.

Respecto a la alegación antes mencionada, el Ministerio Público señaló que existe una norma expresa que lo faculta, a saber el artículo 45 de la Ley N° 20.000, que dispone el comiso cuando el vehículo ha servido o ha sido destinado a la comisión del delito, y efectivamente la droga fue encontrada en el vehículo en cuestión. Por su parte, respecto a la disposición de proporcionarlo a sabiendas, el tercero tiene la posibilidad de reclamar o interponer una tercería, no existiendo reclamo alguno de restitución del vehículo, procediendo por ende el comiso de dicha especie según lo dispone el mencionado artículo, norma que se pone en el caso que el vehículo se encuentre a nombre de un tercero.

Para el Tribunal, los hechos materia de la acusación configuraron el delito establecido en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, cabiéndole al acusado participación de autor del mismo.

Por su parte, haciéndose cargo de las alegaciones de los intervinientes, desestimó la solicitud de absolución planteada por la defensa, expresando que: *“... la determinación de pequeña cantidad de droga es un concepto regulativo que corresponde hacer al Tribunal. Ahora bien, la ley nada dice respecto a lo que es pequeña cantidad. Ante este silencio de la ley, se debe atender a la voluntad del legislador claramente manifestada durante el debate parlamentario del proyecto, en el sentido de dejar a mano de los jueces la flexibilidad suficiente para resolver en forma soberana y discrecional cuando se está en presencia de pequeñas cantidades, de modo que la resolución debe ser adoptada después de un análisis razonado de los antecedentes probatorios y del hecho que se ha tenido por comprobado, en parangón con sus propias circunstancias. Esto conduce a que no consiste en un problema de simple calificación jurídica de un hecho, sino que también de ponderación probatoria”*.

“En este entendido, cabe destacar que el legislador al establecer una pena menor en el artículo 4° de la Ley 20.000 recurre a un criterio cuantitativo indefinido como el de pequeña cantidad, cuyo contenido dependerá de múltiples factores, consistiendo en definitiva, en una instrucción general en orden a desarrollar su contenido soberanamente en la labor jurisdiccional respecto de cada caso particular, se trata de un concepto regulativo, destinado a orientar la resolución del juez en el caso concreto”.

“Luego, respecto de los elementos que deben ser considerados para determinar si la cantidad de droga es pequeña, la cuestión evidentemente como ya se dijo es de carácter fáctico, porque de lo que esencialmente se trata es de alcanzar convicción en cuanto a la concurrencia de un tráfico ilícito en pequeñas cantidades y a tales efectos no puede dejarse de tener en consideración el sistema de prueba aplicable en la especie, porque para reconstruir los hechos y adquirirse convicción en cuanto al tipo de tráfico necesariamente han de incorporarse a la ponderación las máximas de la experiencia, como las reglas de la lógica, de manera tal que la conclusión sea resultado del razonamiento del juez acerca de las particulares circunstancias del caso que se trata”.

Respecto a la teoría de la defensa sobre la falta de algunos de los requisitos del tipo por el que se acusa a su representado, en especial la indeterminación de la cantidad de la droga apoyándose en una pericia que da luces sobre el concepto “trazas” y que sostiene que al ser indeterminada e incuantificable la droga incautada no se puede condenar a su representado, se expusieron dos hipótesis que dicen relación con la imputación atribuida.

Por una parte, la Fiscalía sostuvo que el acusado era autor de tráfico ilícito de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas en pequeñas cantidades y, por la otra, la defensa, que argumentó que la conducta de su representado no se subsumía en la norma prevista en artículo 4° de la Ley N° 20.000, al faltar un elemento del tipo por no haberse cuantificado la cantidad de droga encontrada y, por tanto, no se podía hablar de pequeñas cantidades como ella lo exige.

Sobre ello, el Tribunal señaló que: *“...las sustancias incautadas eran de las contempladas en el artículo 1 de la Ley 20.000 y su reglamento, si bien fue cuestionada por la defensa respecto en su cantidad, no lo fue en cuanto a su correspondencia*

con la incautada, adquiriéndose la certeza de su contenido con el mérito de los documentos incorporados por el Ministerio Público, que por lo demás emanan de profesionales calificados de la especialidad, fundándolos en análisis científicos, efectuados en una Institución Pública, previas pruebas de rigor, circunstancias que producen convencimiento que dicha sustancia era contenedora de clorhidrato de cocaína y que en la muestra analizada –mucho menor que la incautada, según se desprende del mismo informe– fue incuantificable la determinación de su cantidad, al contener “trazas”, lo que en último término no le quita la certeza de presencia de clorhidrato de cocaína”.

“...es necesario precisar que en parte alguna la ley 20.000 o su Reglamento, exige que se mida la pureza del estupefaciente y, además, el informe hecho valer por el órgano persecutor es plenamente válido para comprobar que el elemento incautado contiene clorhidrato de cocaína, sustancia que produce dependencia física”.

“...en este orden de ideas, los hechos descritos en el motivo que precede, por sus características, presentan los elementos que tipifican el delito de tráfico ilícito de estupefacientes previsto y sancionado en el artículo 4° en relación con el artículo 1 de la Ley N° 20.000, en grado de consumado”.

Finalmente y en lo que dice relación con el comiso del vehículo utilizado en el ilícito, el Tribunal señaló que: *“...si bien el comiso o pérdida de los efectos e instrumentos del delito configura una sanción penal común a crímenes simples delitos y faltas conforme lo dispone el artículo 21 del Código Penal, el artículo 45 de la Ley 20.000, es por su parte una norma especial que regula esa pena en el tráfico de estupefacientes”.*

“Por otra parte, 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 estatal y que es de la esencia del castigo penal que afecte los derechos de los ciudadanos, pues el ius puniendi del estado prevalece sobre los derechos tanto o más importantes que la propiedad”.

“...con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21 del Código Penal, como ya se dijo, el comiso es una sanción penal común a las penas de crímenes, simples delitos y faltas indicados en la misma norma y que según lo dispone el artículo 31 del mismo cuerpo normativo es la pérdida de los efectos o instrumentos del delito, de suerte que el comiso establecido por el artículo 45 de la Ley 20.000 no conforma más que una pena adicional que recae sobre bienes y valores que son instrumentos o efectos de los delitos que define y castiga este cuerpo legal”.

“...en otro orden de ideas, aún cuando el artículo 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas el derecho a propiedad 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 cuando exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio nacional, 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”.

“...el comiso previsto en el artículo 45 de la Ley 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 psicotrópicas que describe ese cuerpo legal, en el mismo carácter de pena común que le asigna, en general, el Código Penal”.

“...desestimando la oposición de la defensa, y compartiendo la posición del ente persecutor, es dable presumir, concatenando los antecedentes referidos por los intervinientes, que si bien don Marco Antonio Aceituno Muñoz, aparece registrado como dueño del vehículo marca Suzuki PPU ZK-5161-K, fue él mismo quien voluntariamente entregó los documentos del vehículo en sede policial, manifestando que su propiedad sería sólo nominal o de papel, circunstancias que se ven corroboradas al mantener el acusado en su poder dicho vehículo en tiempo próximo a su compra y al no reclamar Aceituno Muñoz, ni interponer tercerías con el fin de obtener su restitución respecto del mismo en toda la etapa de investigación, de modo que solo queda tener por configurados los supuestos del artículo 45 de la Ley 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”.

PROYECTO DE PERSECUCIÓN FOCALIZADA: UNA RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO AL TRÁFICO URBANO DE DROGAS

Jorge Muñoz Bravo¹

El Proyecto de Persecución Focalizada contra el tráfico urbano de drogas impulsado por el Fiscal Nacional Sabas Chahuán, y coordinado por la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, es una iniciativa del Ministerio Público que forma parte del conjunto de acciones que el Fiscal Nacional ha decidido desarrollar para enfrentar a la delincuencia más compleja. Este artículo busca entregar algunos elementos de análisis que contribuyan a determinar el momento y las causas del eventual surgimiento de zonas urbanas utilizadas por el narcotráfico para la distribución de drogas a nivel local, especialmente en las grandes ciudades del país, fenómeno que el Proyecto de Persecución Focalizada se ha propuesto enfrentar y cuyas características son también abordadas por el presente artículo.

I. Elementos históricos del surgimiento de zonas dedicadas al tráfico urbano de drogas en Chile

Antes de iniciar el desarrollo del presente artículo, creemos necesario realizar un alcance respecto del concepto de “microtráfico”. Si bien es usual su utilización para describir la actividad que el narcotráfico realiza a nivel local, el concepto parece no ser lo suficientemente descriptivo del actual desarrollo de este fenómeno a nivel barrial, especialmente en su espacio público, el que no sólo incluye a quienes venden o trafican droga en pequeñas cantidades directamente a los consumidores, sino también a quienes lo hacen para abastecer a otros traficantes, a quienes ejercen funciones de vigilancia, a quienes realizan el transporte de la droga hacia otros barrios, a quienes prestan servicios de guarda de la misma y de las armas utilizadas para la protección de la actividad ilícita, a la organización de la que forma parte el traficante en pequeñas cantidades, etc.

Es por ello que en el presente artículo utilizaremos el concepto de “narcotráfico local”, para referirnos a la actividad que éste realiza a nivel de un barrio o población y que nos parece más comprensivo de las eventuales características que el fenómeno pareciera tener en la actualidad.

Realizado este alcance, enunciaremos algunos elementos que pueden ayudarnos a situar el momento y las causas del eventual surgimiento de zonas urbanas utilizadas por el narcotráfico para la distribución de drogas.

Si bien el momento de la intensificación de la actividad del narcotráfico a nivel local o barrial no parece estar documentada de manera amplia y explícita, una

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

primera aproximación al tema surge de algunos documentos oficiales relacionados con tráfico ilícito de drogas, que lo consignan de manera indirecta.

Este es el caso del Considerando Primero del Decreto N° 683 del año 1990, que crea el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE) y que indica: "...nuestro continente se encuentra profundamente afectado por una tendencia creciente de la producción, el consumo, la demanda y el tráfico ilícito de sustancias o drogas estupefacientes y sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de las personas, menoscabando las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad", y luego agrega en el Segundo Considerando: "Se observa en nuestro país un aumento en el consumo de las sustancias referidas en los diversos grupos sociales y particularmente en la juventud (...)²".

De manera más explícita, Manuel Salazar en su libro sobre el narcotráfico en Chile³, describe el inicio del fenómeno de la siguiente manera:

"En Chile el narcotráfico se transformó bruscamente en el último quinquenio en una plaga temible (...). El decomiso de drogas aumentó explosivamente entre 1990 y 1995, obligando a las principales instituciones del Estado a destinar mayores esfuerzos y presupuestos para intentar detener la expansión del tráfico y del consumo. El comercio de pasta base de cocaína (PBC) se incrustó en la mayoría de las comunas de Santiago, donde sus habitantes observan cómo hombres, mujeres e incluso niños se suman a alguno de los eslabones de la cadena de distribución de drogas. En cualquier recodo de un barrio, en una carnicería, en un quiosco de golosinas, en una casa de inocente apariencia, puede disfrazarse un puesto de venta".

Este crecimiento es posible apreciarlo también en las cifras que consigna el Anuario Estadístico de la Fundación Paz Ciudadana (1999), que indica respecto de los aprehendidos por delitos relacionados con drogas, que al año 1989 se registraron un total de 6.229, aumentando a 10.032 el año 1992. Algo parecido sucede con las causas ingresadas a los tribunales de justicia por los mismos delitos, las que el año 1989 totalizaron 3.467, aumentando a 6.679 el año 1992.

La intensificación de la actividad de tráfico a nivel local, situada temporalmente según estos antecedentes a principios de los años noventa, parece ser el contexto en que este fenómeno buscará naturalmente un asentamiento territorial que permita la distribución de drogas, acción que se verá facilitada por al menos dos factores, a saber, la existencia de algunas zonas en las grandes ciudades de características viales y urbanas muy singulares, y la presencia en las mismas de algunos elementos subculturales que facilitaron la apropiación del espacio público por parte de la delincuencia asociada al narcotráfico.

2 Decreto 683, de 21 de septiembre de 1990, Ministerio del Interior, que crea el Consejo Nacional para el Control de estupefacientes.

3 Traficantes y Lavadores. Manuel Salazar. Editorial Grijalbo S. A. Mayo 1996, p. 15.

El primero de ellos, referido a la existencia al interior de Santiago y de las principales ciudades del país, de algunos barrios y poblaciones con una configuración urbanística y ubicación geográfica especialmente apta para la distribución de drogas, que ofrecía una natural protección contra la acción policial gracias a sus escasos accesos desde el exterior y la intrincada red de pasajes ciegos y angostos que las conectaban internamente, como también a su ubicación privilegiada para la distribución de droga, cercana a avenidas principales o grandes concentraciones poblacionales.

Este es un factor que si bien estuvo presente en el inicio del surgimiento de estas zonas de distribución, son elementos que parecen repetirse en algunos lugares cuyo desarrollo es posterior a la intensificación del tráfico de drogas a nivel local o barrial.

Un segundo factor pareciera encontrarse en la existencia de algunos elementos subculturales en las poblaciones históricas de la capital y que las distanciaba fuertemente de las instituciones de control, facilitando el accionar de las organizaciones criminales y su apropiación del espacio público, factor cuyo desarrollo excede los objetivos del presente artículo, pero que nos parece importante enunciar tentativamente.

La existencia de un contexto -al menos regional- de intensificación de la actividad de tráfico de drogas, unida a la existencia de zonas urbanas que facilitaban su distribución, tanto por su configuración urbanística, como por la existencia de una subcultura de marginalidad y estigmatización social, parecen ser algunos de los elementos que potenciaron el surgimiento y acompañaron el desarrollo del eventual surgimiento de estos focos urbanos de distribución de drogas.

En abril de 2008 surge, por iniciativa del Fiscal Nacional, el Proyecto de Persecución Focalizada, teniendo como objetivo el desarrollo de acciones focalizadas sobre un barrio o población que permitan la gradual recuperación de estos espacios urbanos, evitando el asentamiento territorial de la actividad del narcotráfico.

II. El Proyecto de Persecución Focalizada al Tráfico Urbano de Drogas

El Proyecto de Persecución Focalizada al microtráfico⁴, coordinado por la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes y anunciado por el Fiscal Nacional en febrero de 2008 mediante el Oficio N° 094/2008, y en abril en su Cuenta Pública, responde a los siguientes lineamientos estratégicos:

- **“Renovar las estrategias del Ministerio Público en materia de narcotráfico local o urbano”**

El narcotráfico posee a nivel de los barrios o poblaciones, complejidades específicas que dificultan su persecución penal, entre ellas la expansión que en todo el territorio nacional ha alcanzado y que requiere de un abordaje que privilegie la optimización del recurso humano y tecnológico disponible.

4 Discurso Cuenta Pública del Fiscal Nacional Sabas Chahuán Sarrás. 29 de abril de 2008, p. 13.

- **“Identificar los focos de distribución”**

El Proyecto asume la necesidad de evitar el asentamiento territorial del narcotráfico urbano a través de la utilización de barrios y poblaciones como zonas de distribución de droga. El Proyecto se propone la identificación de estos focos de distribución, con el fin de concentrar territorialmente la acción persecutoria de los fiscales buscando contribuir gradualmente a la recuperación de estos espacios urbanos.

- **“Desarticular progresivamente las bandas dedicadas al tráfico de drogas en barrios o poblaciones”**

Este enfoque territorial se complementa con el objetivo de la desarticulación progresiva de las organizaciones que operan en dichos barrios, respondiendo también al creciente fenómeno de la profesionalización del narcotráfico urbano o local, donde son cada vez menos los sujetos que aisladamente cometen este delito y son cada vez más las pequeñas organizaciones delictivas las que controlan el tráfico dentro de zonas bien delimitadas del espacio público de barrios y poblaciones.

De esta forma el Proyecto propone enfocar la acción persecutora hacia el conjunto de quienes trafican en un barrio, con igual énfasis en quienes lo hacen en la calle, como respecto de aquellos que lo dirigen desde el interior de las viviendas, ya sea a través de un solo procedimiento, donde simultáneamente se ingrese a diversos domicilios, o uno a uno, en procedimientos sucesivos.

Lo anterior se ve reafirmado en lo señalado por el Fiscal Nacional en sus “Definiciones Estratégicas”, en el sentido que *“el Ministerio Público debe asumir decididamente el desafío de intensificar la persecución penal para que de esta forma, logre disminuirse las tasas de criminalidad y se suprima la existencia de zonas geográficas al margen de la ley”*⁵.

- **Contar con la colaboración de la ciudadanía, a través de la denuncia**

Al respecto el Fiscal Nacional señaló en su Cuenta Pública que en esta etapa de desarrollo del Ministerio Público *“la relación con la comunidad va mucho más allá de la difusión del sistema, ésta se constituye en un ente colaborador y estratégico en la persecución penal, conocedor de los fenómenos delictuales que se producen en su nivel local, por lo que recogeremos y promoveremos las experiencias regionales exitosas en materia de acercamiento comunitario donde las fiscalías y la comunidad organizada, incluyendo a las organizaciones no gubernamentales, confluyen en un diálogo permanente sobre delitos que los afectan”*⁶.

Lo anterior fue explicitado con mayor énfasis a propósito del microtráfico, diciendo que *“el éxito de la labor de persecución del tráfico urbano de drogas, depende*

5 Definiciones Estratégicas para el Ministerio Público. N°3 Narcotráfico y Criminalidad Organizada. Enero 2008, p. 4.

6 Discurso Cuenta Pública del Fiscal Nacional Sabas Chahuán Sarrás. 29 de abril de 2008, p. 12.

*en buena medida de contar con la colaboración de la ciudadanía en cuanto a denunciar estos hechos en sus respectivos sectores*⁷.

III. Experiencia 2008 y proyecciones 2009

Durante el año 2008, el Ministerio Público desplegó un esfuerzo nacional que permitió incrementar las sentencias condenatorias por el delito de tráfico en pequeñas cantidades, desde las 2.523 obtenidas el 2007 a las 3.775 logradas el 2008, manteniendo una marcada tendencia al alza de un 52% anual desde el 2005. Inserto en el esfuerzo anterior, el Ministerio Público realizó más de 54 procedimientos focalizados contra el tráfico urbano de drogas en las principales ciudades del país, integrando en la mayoría de los casos un enfoque territorial o local, coherente con los objetivos trazados por el Fiscal Nacional para el Proyecto de Persecución Focalizada.

Los logros obtenidos por el Ministerio Público en la persecución al tráfico urbano de drogas, nos permiten plantear para el año 2009 los siguientes lineamientos:

Aumento en la Cobertura y la Coordinación de las Acciones Focalizadas

El Proyecto de Persecución Focalizada ha planteado la necesidad de aumentar significativamente su cobertura el año 2009, con metas diferenciadas para las distintas Fiscalías Regionales, atendiendo al grado de incidencia de este delito en las mismas. Lo anterior probablemente demandará un mayor grado de coordinación entre las distintas investigaciones que dirijan los fiscales, objetivo respecto del cual ya existe la experiencia desarrollada por la Mesa de Trabajo de la Región Metropolitana, que monitoreó durante el segundo semestre 22 procedimientos focalizados desarrollados en la misma, experiencia que buscaremos replicar en otras regiones.

Incremento de los Recursos Tecnológicos

El eventual aumento en la cobertura sumado a las mayores y naturales exigencias de coordinación, deberían demandar -al menos lo haría aconsejable- una mayor utilización de recursos tecnológicos, que permitieran combinar adecuadamente la información disponible, traduciéndola en instrumentos que orienten la decisión de focalización de los fiscales y permitan monitorear adecuadamente sus avances y resultados, estableciendo las coordinaciones necesarias cuando así lo requieran.

Aumento en la Coordinación Interinstitucional

El combate al narcotráfico urbano presenta complejidades anexas a las existentes en otros delitos. Una de ellas es la multicausalidad de su origen, lo que obliga a quienes se ocupan en combatirlo, a una permanente coordinación con las restantes instituciones responsables de su prevención, control y persecución, a fin

7 Bis nota 6, p. 13.

de evitar que un esfuerzo aislado y parcial alcance una muy limitada efectividad y sustentabilidad en el tiempo.

Es por ello que el proyecto ha planteado para el 2009 potenciar en algunos barrios específicos, experiencias pilotos de coordinación donde se combinen esfuerzos de persecución y prevención, de manera tal que salvaguardando la autonomía y especificidad de las instituciones, se pueda entregar una respuesta más integral a este fenómeno delictual.

Fortalecimiento de la Participación de la Comunidad

A los esfuerzos por entregar integralidad a la respuesta contra el narcotráfico urbano, es necesario también dar amplitud a la misma, integrando a otros actores, en especial la comunidad. En este sentido -y como también lo señalara el Fiscal Nacional- se hace necesario estimular a la comunidad para que denuncie, tomando los resguardos que correspondan para garantizar la integridad física del denunciante e instalando los mecanismos necesarios para el flujo de información.

Resulta interesante, en este sentido, la experiencia llevada a cabo por la Fiscalía Local de Colina en la población Comaico, la que se propuso, por una parte, intensificar los vínculos con la comunidad logrando aumentar la eficacia de su labor persecutoria, y por la otra, convocar a las instituciones ligadas a la prevención social y policial del problema, en una estrategia integral de interesantes resultados.

IV. Conclusiones

El sostenido aumento en la obtención de sentencias condenatorias por tráfico en pequeñas cantidades, que el año 2008 alcanzó la cifra de 3.775, refleja una tendencia promedio al alza desde el 2006 en un 52% anual, y se suma al desarrollo durante el 2008 del Proyecto de Persecución Focalizada, el que a partir de la experiencia acumulada en su primer año de funcionamiento, pudo identificar las estrategias más adecuadas, las necesidades más urgentes y los principales objetivos para el año 2009.

Hoy el Proyecto se enfrenta al desafío de crecer y avanzar en su consolidación, incorporando nuevos elementos técnicos a su gestión, ampliando su cobertura, mejorando la capacidad de coordinar los esfuerzos de los fiscales, y gestionando con el conjunto de las instituciones involucradas, la intersectorialidad necesaria que dé sustento y permanencia a esta iniciativa anunciada en abril de 2008 por el Fiscal Nacional.

ENTREGAS VIGILADAS Y CONTROLADAS INTERNACIONALES

Carolina Zavidich Diomedí¹

I. GENERALIDADES

Considerando que en materia de tráfico ilícito de drogas es muy común que en su ejecución se traspasen las fronteras de los Estados, se hace necesario para la detección, investigación y captura de las organizaciones criminales, la utilización de técnicas de investigación adecuadas y efectivas en la que participen o cooperen los agentes persecutores de cada país. Razón por la cual, la cooperación internacional o transfronteriza se ha hecho indispensable en esta materia.

Concretamente, una de las técnicas más utilizadas, más efectivas y exitosas, es la entrega vigilada o controlada de drogas, la que supone que la autoridad competente del Estado autorice que una determinada o indeterminada cantidad de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o bien precursores, pueda trasladarse a su destino final ocultada en algún medio de transporte, con el objeto de establecer los partícipes de la organización que ha cometido el hecho.²

De este modo, haremos un breve desarrollo de las entregas vigiladas y/o controladas de drogas de carácter internacional, como asimismo mostraremos el proceso y avance práctico que ha tenido el Ministerio Público desde el año 2005 a 2008.

II. MARCO LEGAL GENERAL

Para enmarcar las entregas vigiladas y controladas dentro de nuestro sistema legal, mencionaremos las siguientes normas pertinentes:

- a. Artículo 20 bis del Código Procesal Penal.
- b. Artículo 23 de la Ley de Drogas.
- c. Artículo 7 de la Convención de Viena: Reglas sobre la asistencia legal mutua.

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

2 El Oficio FN N° 551 de 01-12-2001 define a la entrega vigilada y/o controlada de drogas como: “la circulación o entrega bajo el control de la autoridad, de una remesa de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, precursores o sustancias químicas esenciales, que circulen por nuestro territorio, salgan o entren en él sin interferencia de la misma o de sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de identificar o descubrir a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas”.

- d. Artículo 11 de la Convención de Viena: Reglas sobre las entregas controladas.

A este respecto, la Convención de Viena señala:

1.-De conformidad a la legislación interna los Estados partes velarán por la utilización de la técnica de la entrega vigilada, con el objeto de descubrir a los partícipes y perseguir legalmente sus responsabilidades.

2.-La procedencia de la diligencia será evaluada caso a caso, tomándose en consideración la situación financiera y el ejercicio de la competencia por parte de cada Estado.

3.-Las remesas ilícitas que sean objeto de una entrega vigilada, podrán ser interceptadas, autorizadas a proseguir intactas o sustituyéndose total o parcialmente.

III. ENTREGAS VIGILADAS Y CONTROLADAS DE DROGAS EN LA LEY N° 20.000

La Ley N° 20.000 establece, en su artículo 23, la forma y procedimiento de la entrega vigilada y controlada de drogas, tanto por medios nacionales e internacionales.

A diferencia de la Ley N° 19.366, la actual innovó regulando la entrega controlada de drogas, que es aquella en que las sustancias u objetos de circulación son interceptados, con interrupción o alteración de resguardo por parte del sujeto activo del delito.³ Como también la posibilidad de sustituir total o parcialmente la droga, no considerándose inducción o instigación al delito por parte de los funcionarios que actuaron en la diligencia.

1. DEFINICIONES (De conformidad al Oficio FN N° 65)⁴

- **Entrega Vigilada:** se puede definir como “la circulación autorizada por el Ministerio Público, en el territorio nacional (salgan de él o entren en él), de una remesa de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, precursores o sustancias químicas esenciales, o los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en la ley de drogas y sus efectos, sin interferencia de la misma pero bajo la vigilancia de la autoridad, con el fin de identificar o descubrir a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos”.
- **Entrega Controlada:** “la circulación autorizada por el Ministerio Público, en el territorio nacional (salgan de él o entren en él), bajo el control de la

3 Oficio FN N°048, Instructivo N°1 Ley N°20.000, de 26-01-2005.

4 Oficio N°65, Instructivo N°8 de la Ley N°20.000, de 02-02-2005.

autoridad, de una remesa de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, precursores o sustancias químicas esenciales, o de las sustancias por las que se hayan sustituido, total o parcialmente o los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en la ley de drogas y sus efectos, mediando la intercepción de la misma, con el fin de identificar o descubrir a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera tales delitos”.

- **Sustitución total o parcial de la droga:** La entrega sustitutiva es una variante de la controlada, es decir, implica que se den todos los supuestos mencionados a su respecto, pero habilita para realizar el reemplazo total o parcial de la sustancia ilícita o sospechosa interceptada, por una inocua.

Esta modificación se encuentra en armonía con las normas internacionales, en especial cabe destacar lo estatuido por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, celebrada en Viena el 20.12.1988, en su artículo 11.3: “Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias psicotrópicas que contengan”.

2. CLASES DE ENTREGAS VIGILADAS⁵

- **Directas:** Cuando existen solo 2 países o Estados involucrados, el de origen y el de destino.
- **Indirectas:** Intervienen a lo menos 3 Estados y uno de ellos es ocupado sólo de tránsito de dichas sustancias.

3. MODALIDADES DE ENTREGAS VIGILADAS⁶

- **Tránsito internacional controlado:** Cuando la droga proviene de un país distinto a Chile, éste permite su paso a un tercer país de destino final.
- **Exportación controlada:** Cuando se permite que la droga salga desde Chile a un tercer país.
- **Importación controlada:** Cuando Chile permite el ingreso como destino final de las sustancias ilícitas provenientes de un tercer país.
- **Tránsito nacional controlado:** Es el traslado o circulación de las sustancias dentro del propio país.

5 Oficio FN N°551 de 01-12-2001.

6 Oficio FN N° 551 de 01-12-2001.

4. FORMAS DE ENVÍO

- Paquete postal,
 - Equipaje o maleta,
 - Correo personal,
- Etc.

5. INSTITUCIONES LEGALES RELACIONADAS

Durante el desarrollo de la investigación y para llevar a cabo la diligencia de entrega vigilada o controlada, usualmente se utiliza un funcionario policial, para que éste se infiltre al interior de la organización criminal, con el objeto de recabar más y mejores antecedentes, o bien obtenga la cooperación o información por medio de un informante; estas técnicas de investigación propias de la ley de drogas son el agente encubierto y el informante.

- **Agente encubierto:** funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación. Puede obtener una identidad ficticia.⁷
- **Agente revelador:** Funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga.
- **Informante:** quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa en los términos señalados en alguno de los incisos anteriores.
- **Cooperación eficaz:** Circunstancia atenuante (también técnica de investigación) cuyo objetivo es conducir al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación de sus responsables; o sirvan para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley.
- **Interceptaciones telefónicas:** Pueden llevarse a cabo respecto de cualquier delito contemplado en la Ley N° 20.000 sin importar la pena impuesta. Ello, a diferencia de la regla general que corresponde a los demás delitos consagrados en el artículo 222 del Código Procesal Penal.

Los agentes encubiertos, reveladores e informantes se encuentran por expresa disposición de la ley exentos de responsabilidad penal, sólo respecto a los delitos que deban cometer en razón de su cometido, o de aquellos que no hayan

⁷ Artículo 25 Ley N° 20.000.

podido impedir, siempre que sean una consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y proporcionales a la misma.

En síntesis, en materia de entregas vigiladas y controladas de drogas u otros efectos del delito, el Ministerio Público puede⁸:

- a. Autorizar el envío ilícito o sospechoso de alguna de las sustancias contenidas en los artículos 1° y 2° de la Ley N° 20.000, pudiendo sustituir total o parcialmente dicha droga.
- b. Dicha autorización debe, necesariamente, ser fundada, siendo procedente cuando la utilización de la técnica de la entrega vigilada o controlada permita o facilite la individualización de los partícipes del hecho en el país o en el extranjero, o de aquellas personas que participen en la ejecución de los delitos previstos en esta ley, para conocer sus planes y evitar el uso de dichas sustancias.
- c. Puede, en caso de peligro para la vida o integridad de los funcionarios, agentes encubiertos o informantes, o riesgo de pérdida de antecedentes o de los partícipes de la operación, proceder a la detención en virtud de la flagrancia.
- d. Debe, asimismo, disponer de todas las medidas tendientes a asegurar el éxito de la diligencia, protegiendo la vida e integridad de los funcionarios policiales, agentes encubiertos e informantes, vigilando las especies y objetos de la entrega vigilada o controlada.
- e. Bajo cualquier otro supuesto o momento, el Ministerio Público puede suspender la diligencia de la entrega controlada o vigilada, solicitando al juez de garantía las autorizaciones respectivas para proceder a la detención de los implicados y la incautación de las sustancias ilícitas y demás instrumentos utilizados en la comisión del delito.
- f. El Ministerio Público está facultado para aplicar el artículo 39 de la Ley N° 20.000 en el sentido de solicitar la ampliación del plazo de detención hasta por 5 días, con el argumento de ser necesario para el éxito de la diligencia; solicitud respecto de la cual el juez de garantía se pronunciará de inmediato y resolverá en virtud del artículo 9° del CPP, esto es, por cualquier medio idóneo como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de dejar la constancia posterior.⁹

8 Oficio FN N°333, de 11-07-2002; Oficio FN N°65, Instructivo N°8 de la Ley N°20.000, de 02-02-2005.

9 Oficio FN N°65, Instructivo N°8 de la Ley N°20.000, de 02-02-2005. Señala que la ampliación del plazo de detención incorporado en el artículo 39, fue hecho por el Senado en el Segundo Trámite Constitucional, haciendo referencia al plazo general del artículo 132 inciso 2° del CPP. Y en el tercer Trámite Constitucional, la Cámara de Diputados, rechaza dicho texto, considerando que debía ser hecha en el inciso 2° del artículo 131 del CPP. Así la Comisión Mixta aprueba el artículo remitiéndose a la ampliación del plazo establecido en el artículo 132 inciso 2°, esto es, plazo para formalizar la investigación.

El inciso final del artículo 23 de la Ley de Drogas dispone que “*No obstará a la consumación de los delitos que se pesquisen con ocasión de una entrega vigilada o controlada, el hecho de que en ella se hayan sustituido las sustancias a que se refiere el artículo 1° y 2° de esta ley, o de que hayan participado funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes*”. No siendo considerado, en ningún caso, inducción ni instigación al delito.

IV. COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE DROGAS

Con la concreción de la Reforma Procesal Penal en la Región Metropolitana, en junio de 2005, se produjo un aumento considerable de las operaciones internacionales, en especial en materia de drogas. Esto se explicó, en parte, debido a que la Ley N° 20.000 dispone en su artículo 47 que el Ministerio Público podrá requerir y otorgar cooperación y asistencia directa en materia internacional, destinada al éxito de las investigaciones, a diferencia de lo establecido en la antigua Ley de Drogas, Ley N° 19.366, que en su artículo 16° disponía que el Consejo de Defensa del Estado, o luego de la reforma procesal penal, el Ministerio Público, podía solicitar o realizar indagaciones en el exterior, mediante la asesoría a las representaciones diplomáticas y consulares de Chile en el extranjero, restringido sólo al delito de lavado de dinero. La excesiva tramitación impuesta por la antigua regulación, generaba importantes demoras que no se condicen con las características propias de la ejecución de estos delitos.¹⁰

El referido artículo 47 de la Ley N° 20.000, ha posibilitado que el Ministerio Público pueda efectivamente indagar en materia de narcotráfico, pues no sólo pide directamente a su homólogo antecedentes que facilitan la investigación, sino que también, en coordinación con un Estado, puede utilizar técnicas de investigación, como las entregas vigiladas y controladas de drogas, con la actuación de agentes encubiertos e informantes.

En razón de lo anterior, hubo un considerable aumento de las operaciones internacionales, en especial las solicitudes de asistencia penal activa en materia de entregas vigiladas, por lo que la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, UCIEEX, desde el mes de julio de 2006, traspasó parte de la coordinación a la Unidad de Drogas. Esta, desde entonces, ha realizado la coordinación directa con los Ministerios Públicos extranjeros o su homólogo, a fin de solicitar la cooperación y asistencia internacional en materia de entregas vigiladas.

Coincidente con ello, con fecha 26 de julio de 2006, los Ministerios Públicos de Perú y Chile suscribieron un “*Protocolo de Cooperación Interinstitucional sobre Remesas o Entregas Controladas o Vigiladas y Otras Diligencias Investigativas Especiales*”, el que posteriormente, con fecha 23 de octubre de 2007, fuera reemplazado íntegramente por ambas partes. Dicho Protocolo ha generado una estrecha relación entre ambos países, permitiendo un logro importante en

10 El artículo 47 de la Ley N° 20.000 también elimina las Cartas Rogatorias o Exhortos del artículo 76 del Código de procedimiento Civil.

las diligencias de investigación para desbaratar a la delincuencia organizada transnacional.

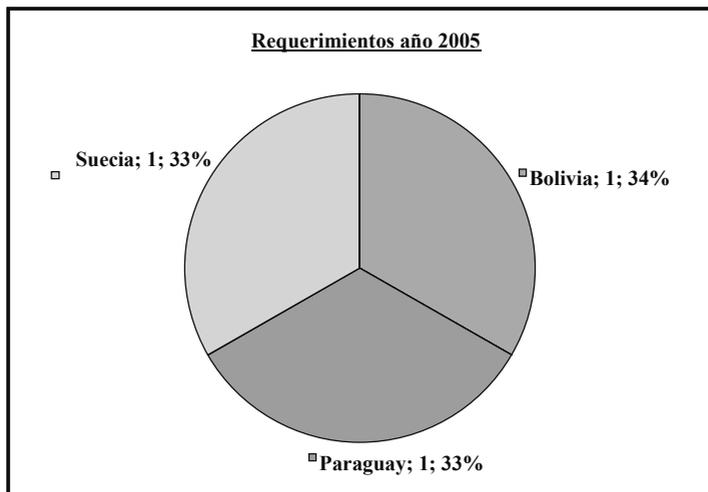
En cuanto a la normativa aplicable en esta materia, ésta se debe determinar caso a caso, pues será necesario analizar los Convenios o Protocolos Multilaterales y/o Bilaterales existentes entre los países, y en base a ello la Unidad de Drogas contactará a la Autoridad Central respectiva para hacer las coordinaciones y ver la viabilidad o forma de realizar la entrega vigilada o controlada. La práctica nos muestra que el instrumento internacional más invocado es la Convención de Viena de 1988, sin embargo existen en la actualidad una serie de protocolos y acuerdos, bilaterales y multilaterales, que es necesario verificar previamente a hacer un requerimiento.

1. ALGUNAS CIFRAS

Durante el año 2005 sólo se registraron 3 entregas vigiladas y/o controladas de drogas. Como podemos ver en el cuadro Nº 1, estas se llevaron a cabo con los países de Suecia, Bolivia y Paraguay.

Cabe mencionar que en cuanto a la diligencia realizada con Suecia, se destaca que en ella se utilizó la técnica de agente encubierto con historia ficticia, lo que permitió que el mismo pudiera declarar en juicio, tanto en Chile como en Suecia, con su identidad simulada.

Cuadro Nº 1

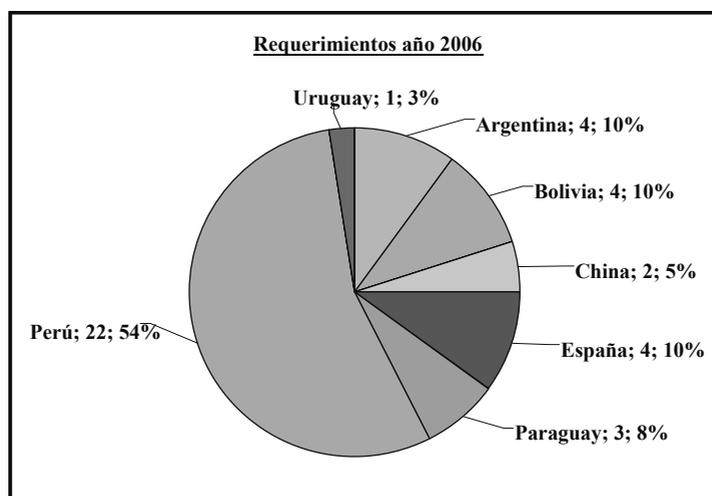


Durante el año 2006, el Ministerio Público coordinó 40 requerimientos de asistencia internacional en materia de entregas vigiladas y controladas de drogas. Dicho incremento se ha explicado por dos factores:

- Modificación de la Ley N° 19.366 por la Ley N° 20.000 que permite la solicitud de asistencia y colaboración directa del Ministerio Público a las autoridades homólogas en el extranjero.
- La concreción final de la Reforma Procesal Penal, con la incorporación de la Región Metropolitana.

Como podemos observar del cuadro N° 2, el Ministerio Público de Chile ha realizado 22 entregas vigiladas de drogas con Perú, liderando en ellas las Fiscalías Regionales de Tarapacá y Metropolitana Occidente.

Cuadro N° 2



Con el Poder Judicial de Argentina se realizaron 4 solicitudes de Asistencia Internacional, con los Ministerios Públicos de Bolivia 4, Paraguay 3, por nombrar algunos.

Las relaciones de cooperación no se limitaron a nuestros vecinos del Conosur, sino que también se logró un estrecho contacto de colaboración con las autoridades de España y China.

Tan relevante fue el trabajo de coordinación y colaboración mutua entre Estados, que el Ministerio Público obtuvo fondos provenientes de AGCI para impulsar la capacitación a fiscales especializados en drogas y generar lazos de comunicación que faciliten el trabajo conjunto entre los distintos países. De este modo, los fiscales seleccionados, pudieron compartir experiencias e interiorizarse en los métodos o formas de trabajo que emplean los fiscales de Bolivia, Paraguay y Perú.

En el año 2007, como podemos observar del cuadro N° 3, hubo un aumento de las operaciones internacionales realizadas en coordinación con el Poder Judicial

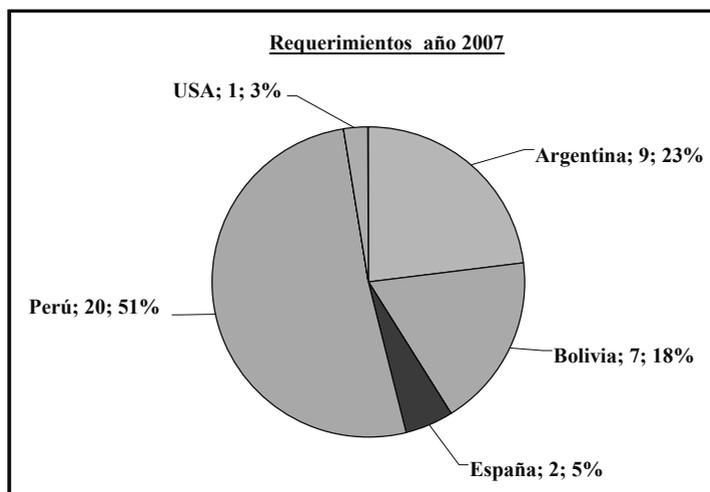
argentino, principalmente de la ciudad de Mendoza, que es el lugar competente conforme al trayecto o ruta de la marihuana prensada paraguaya que ingresa a nuestro país.

Asimismo, se fortaleció el trabajo conjunto con el Ministerio Público de Bolivia, que se tradujo en la firma del “*Protocolo de Cooperación Interinstitucional sobre Remesas o Entregas Controladas o Vigiladas y Otras Diligencias Investigativas Especiales*”, con fecha 23 de octubre de 2007.

Se mantuvo la relación estrecha con el Ministerio Público de Perú, que también se explica por la modificación íntegra del “*Protocolo de Cooperación Interinstitucional sobre Remesas o Entregas Controladas o Vigiladas y Otras Diligencias Investigativas Especiales*”, de fecha 23 de octubre de 2007.

Se coordinó con los Estados Unidos de Norteamérica, lográndose un resultado exitoso; además de algunas operaciones con España.

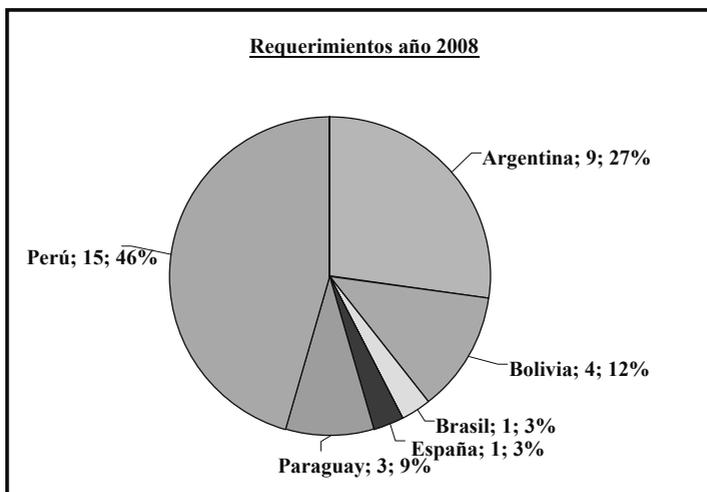
Cuadro Nº 3



Ya durante el período 2008, conforme lo observado en el cuadro Nº 4, se mantuvo la estrecha relación con el Ministerio Público del Perú, Poder Judicial de Argentina y Ministerio Público de Paraguay, España y Bolivia.

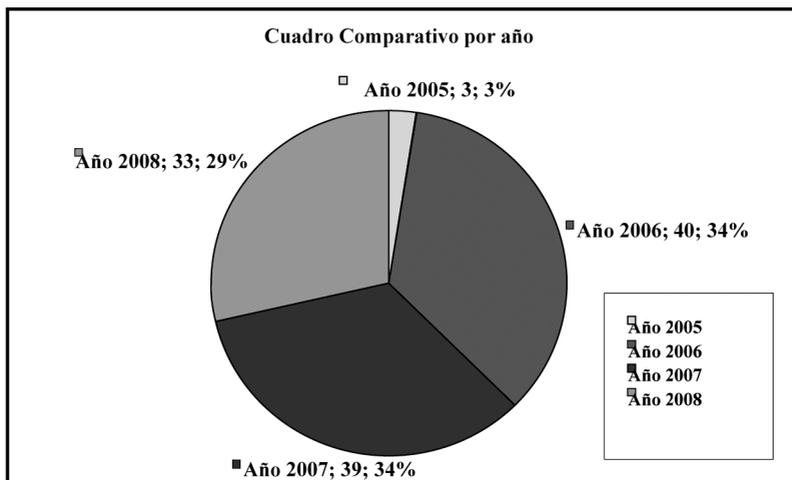
Se debe destacar que durante el año 2008 se realizó la primera entrega vigilada de drogas en la que actuaron de manera conjunta, exitosa y coordinada cuatro países del Cono Sur: Argentina, Paraguay, Brasil y Chile. En cuanto a la experiencia con Brasil, fue muy positiva, pues fue el primer contacto en esta materia, el cual resultó fluido y exitoso.

Cuadro N° 4



Podemos observar en el cuadro N° 5 el aumento de las coordinaciones de entregas vigiladas y controladas de drogas desde el año 2005 al año 2008, el cual creemos se debe a las razones ya mencionadas, esto es, la entrada en vigor de la reforma procesal penal en la Región Metropolitana y la modificación de la Ley N° 19.366 por la Ley N° 20.000, que permite al Ministerio Público solicitar colaboración directa en materia de asistencia internacional.

Cuadro N° 5

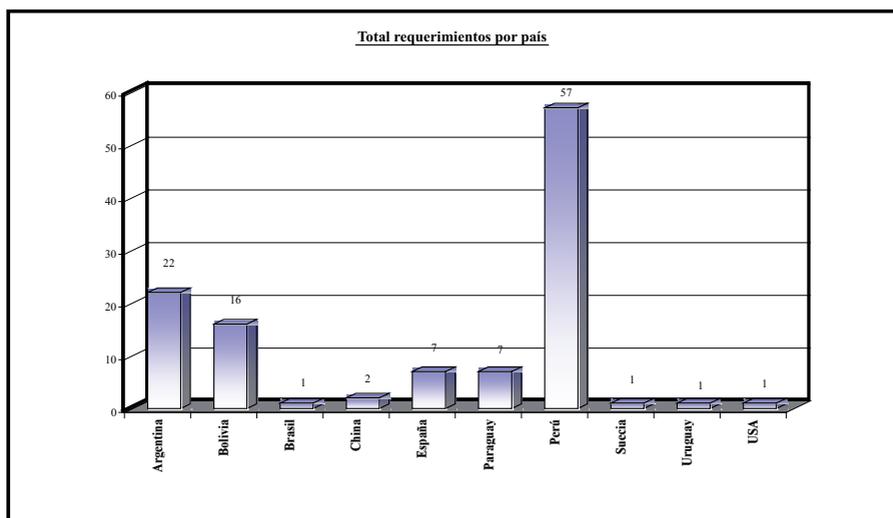


Sin duda, como vemos en el cuadro Nº 6, con el Ministerio Público de Perú es con el que más tenemos solicitudes de asistencia penal en materia de entregas vigiladas o controladas de drogas, explicado por ser un país fronterizo, lo que genera que sea una de las rutas utilizadas por las organizaciones criminales.

Adicionalmente, el mayor número de operaciones internacionales de entrega vigilada o controlada de droga puede ser atribuida a la suscripción del Protocolo de 23 de octubre de 2007.

No obstante que con el Poder Judicial de Argentina no tenemos un protocolo en esta materia, hemos tenido muy buenas experiencias de coordinación entre las policías, Ministerios Públicos y los jueces federales competentes en esta materia; habiendo llevado a cabo desde el año 2006 a 2008 un total de 22 diligencias de entregas vigiladas o controladas de drogas.

Cuadro Nº 6



Se debe destacar que el Ministerio Público de Chile ha suscrito otros protocolos pertinentes, tales como:

- a. Entre Chile y Croacia, “*Protocolo de Cooperación Mutua Sobre Intercambio de Información*”, de 12 de febrero de 2008.
- b. Entre Chile y Paraguay, “*Memorando de Entendimiento Sobre Operaciones Encubiertas, Entregas Vigiladas o Controladas y Otras Diligencias Investigativas Especiales entre el Ministerio Público de la República de Chile y el Ministerio Público de la República de Paraguay*”, de fecha 23 de octubre de 2008.

V. PROCEDIMIENTO DE SOLICITUDES INTERNACIONALES EN MATERIA DE ENTREGAS VIGILADAS Y/O CONTROLADAS DE DROGAS

1. OFICIO FN N° 094-2007¹¹

- La Unidad Especializada de Drogas está a cargo de la coordinación.
- Se designa un abogado responsable de la coordinación.
- La Unidad toma contacto con la autoridad extranjera.
- Estudio de la legislación extranjera, incluyendo los procedimientos judiciales y policiales.
- Posición del país extranjero respecto del uso de la técnica.
- Información requerida por el país extranjero.
- Redacción y envío del requerimiento.

Contacto informal

El fiscal tomará contacto con la Unidad de Drogas de la Fiscalía Nacional, para apreciar las posibilidades de la diligencias y determinar la participación de agentes encubiertos o informantes como tales, pues de participar algún funcionario policial en la diligencia, se debe contar con un Informe Técnico elaborado por la Unidad de Drogas¹², previo visto bueno del Fiscal Regional respectivo, y de viajar el fiscal del caso se necesita de la autorización del Fiscal Regional y del Director Ejecutivo Nacional¹³.

Contacto formal

Se elaborará un requerimiento de asistencia penal internacional para procedimientos de tráfico de drogas, el cual es un instrumento formal, emitido conforme al artículo 47 de la Ley N° 20.000 que faculta al Ministerio Público de Chile a requerir y otorgar asistencia penal internacional en materias propias de la Ley Nacional de Drogas,¹⁴ el que debe ser firmado en original por el Fiscal Adjunto del caso.

Dicho documento debe contener, entre otros, la descripción fáctica del procedimiento previsto, con mención de las técnicas a utilizar, normas jurídicas involucradas, diligencias a realizar y solicitar, solicitud de inmunidad de agentes e informantes si procediere, etc.

Una vez remitido a la autoridad central, se deben realizar las coordinaciones entre policías y fiscales, y sólo autorizada formalmente la diligencia, se procederá a realizar el procedimiento solicitado.

11 Oficio FN N°094 de 27-01-2007.

12 Oficio FN N° 716 de 30 de mayo de 2007.

13 Oficio FN N° 47 de 13-01-2006.

14 Oficio FN N° 094 de 27-01-2007.

No obstante la autorización, es imprescindible hacer el **seguimiento completo** de cada etapa del proceso. Terminada la diligencia, conforme a los protocolos suscritos, el Ministerio Público debe remitir en el menor plazo, la información del procedimiento.¹⁵

En los casos en que Chile es un mero corredor o ruta de tránsito de la droga, la cual tiene por destino final otro país, el Ministerio Público puede autorizar la entrega controlada o vigilada de sustancias, permitiendo que ésta salga de nuestras fronteras y llegue hasta el país de recepción final, siendo igualmente necesario tomar contacto en primer lugar con la Unidad de Drogas, la cual se contactará con la autoridad en el país extranjero a efectos de **determinar si es posible desde el punto de vista legal del país de destino, ejecutar el procedimiento en la modalidad respectiva.** Asimismo, es probable que viajen agentes policiales al lugar de destino, con lo que igualmente deberá cumplirse con los requisitos mencionados para la salida de funcionarios policiales.¹⁶

El seguimiento y confirmación de la aprobación es sustancial, ya que sólo una vez que el país extranjero haya autorizado la entrega controlada o vigilada en su territorio y el ingreso de policías a su territorio, se realizará la diligencia.

15 Oficio FN N°094 de 27-01-02007.

16 Oficio FN N° 716 de 30 de mayo de 2007.

COMENTARIO A FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ROL N° 1.133-08-INA, QUE SE PRONUNCIA SOBRE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 61 DE LA LEY 20.000

Ximena Marcazzolo Awad¹

I.- Introducción:

El artículo 61 de la Ley 20.000 contempla una prohibición para los abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los Servicios de la Administración del Estado, en instituciones o servicios descentralizados territorial o funcionalmente, para patrocinar, actuar como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas existentes en la Ley 20.000.

A continuación, la misma norma dispone que la infracción a la prohibición se sanciona con la destitución en el cargo o con el término del contrato. En el caso de las faltas se estimará como infracción grave de las obligaciones funcionarias, pudiendo imponerse la destitución en el cargo o el término del contrato.

La disposición en comento contempla una excepción en caso de abogados que se desempeñen en la Defensoría Penal Pública o como prestadores del servicio de defensa penal pública, cuando intervengan en esas calidades, los abogados que se desempeñan y los contratados en las Corporaciones de Asistencia Judicial y los egresados de las facultades de derecho que estén realizando la práctica gratuita para obtener el título de abogado, sólo en lo relativo a su actuación en las mencionadas Corporaciones.

Por su parte, el último inciso de la norma dispone que para hacer efectiva la prohibición el juez de garantía, o el Ministerio Público en su caso, deberán informar a la Contraloría General de la República sobre las identidades de los abogados que patrocinen o actúen como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas consignados en la Ley 20.000.

A nuestro juicio, la finalidad de la prohibición es evitar que funcionarios públicos (en sentido amplio) que tengan la calidad de abogados, participen como patrocinantes, mandatarios o apoderados de imputados por un crimen, simple delito o falta de los contemplados en la Ley de Drogas, para evitar que la función que desempeñan pueda favorecer la representación de los imputados en casos de narcotráfico que son de alta complejidad y preocupación para el Estado.

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

Ahora bien, en el presente comentario revisaremos una sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional en el Rol 1.133-08-INA, de dieciocho de noviembre de 2008, en la cual se discutió la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 61 de la Ley 20.000.

II.- Fallo del Tribunal Constitucional, Rol 1.133-08- INA de 18 de noviembre de 2008

El día 3 de abril de 2008, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso remitió al Tribunal Constitucional los antecedentes de un recurso de protección interpuesto por el abogado Waldo del Villar Mascardi. Entre los documentos remitidos por la Corte al Tribunal, se encontraba la solicitud del mencionado abogado relativa a la *“inconstitucionalidad y consiguiente inaplicabilidad del artículo 61 de la ley 20.000”*. Lo anterior fundado en que durante el sumario administrativo de que fue objeto, se le aplicó el artículo señalado, destituyéndolo de su cargo de profesor universitario, lo cual atentaría contra garantías constitucionales tales como la igualdad ante la ley, libertad de trabajo y su protección, derecho a desarrollar cualquier actividad económica y derecho de propiedad. Adicionalmente, el abogado interpuso la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo que se comenta.

Lo anterior, ya que durante el año 2004 asumió el patrocinio y poder para obtener la libertad en un caso por infracción a la Ley 20.000 y posteriormente durante el año 2005 asume otro patrocinio en un caso por infracción al estatuto nacional de drogas.

Por su desempeño como abogado en los casos mencionados, la Universidad de Valparaíso, previa notificación de la Contraloría Regional, inicia investigación sumaria la cual culmina con su destitución del cargo de Profesor Auxiliar de la Cátedra de Derecho Penal, a raíz de lo cual interpuso recurso de protección para ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso.

En el sumario se expresa que no se configuró un atentado contra el artículo 19 N° 21 de la CPE, ya que la actividad económica debe realizarse *“respetando las normas legales que la regulan”*. Tampoco habría infracción a la garantía del artículo 19 N° 24 de nuestra Constitución, ya que *“la propiedad no recae sobre el cargo o empleo, sino sobre el derecho a permanecer en él en tanto no se produzca una causa legal para la cesación de funciones”*.

Por su parte la Contraloría, evacuando el traslado conferido, señaló que tanto el artículo 61 de la Ley 20.000, así como el artículo 51 de la Ley 19.366, dan cuenta que el objetivo del legislador era ampliar la prohibición de actuación respecto de los abogados que son funcionarios públicos, con excepción de aquellos que otorgan defensa jurídica.

Agrega que de acuerdo a lo dispuesto en el DFL N° 147, de 1982, del Ministerio de Educación, el Estatuto de la Universidad de Valparaíso, las universidades son corporaciones de derecho público por lo que constituyen servicios públicos, lo cual significa para los efectos del caso en comento que el abogado contratado

por la mencionada universidad estaba afecto a la prohibición contemplada en el artículo 61 de la Ley 20.000.

A continuación el fallo expone los argumentos de derecho hechos valer por el recurrente:

El artículo 61 de la ley 20.000 afectaría la garantía constitucional relativa a la **igualdad ante la ley** ya que consagra diferencias entre los abogados defensores públicos y privados, los acusadores y los querellantes, es decir, entre los abogados que se dedican al ejercicio libre de la profesión y aquellos que se encuentran mencionados por la norma.

También afecta a la igualdad ante la ley, ya que las diferencias no dicen relación con finalidades objetivas y constitucionalmente válidas.

Respecto a este punto, el fallo hace ver que la Contraloría invocó la jurisprudencia vigente del Tribunal Constitucional respecto de la materia, consistente en que *“la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y consecencialmente diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diversas”*.

Durante la tramitación legislativa quedó de manifiesto que el sentido de la norma era evitar que las personas que detentaban ciertos cargos pudieran utilizarlos a favor de los imputados al momento de ejercer su defensa. Los fundamentos de su dictación se encuentran relacionados con valores superiores, principios fundamentales como el bien común, la seguridad nacional y la probidad, todos ellos recogidos en el capítulo I de la Constitución Política del Estado.

Adicionalmente, el recurrente alega una vulneración del **derecho a la defensa jurídica**, ya que la prohibición que afecta a los abogados que se desempeñan en el sector público, se traduce en un impedimento, restricción y perturbación a su intervención como abogado en el contexto de una defensa jurídica.

Sobre este punto la Contraloría señala que el artículo 61 de la Ley de Drogas contempla excepciones a la prohibición motivadas en garantizar que la defensa jurídica pueda ser ejecutada.

También se alega una **infracción a la libertad de trabajo** por cuanto se establece una discriminación que no está basada en la capacidad ni la idoneidad profesional, sino más bien en un interés del Estado.

Respecto de esta alegación la Contraloría señala que los funcionarios tienen un vínculo estatutario que los une con la administración. Ello significa que su relación está regulada por vínculos que determinan sus derechos y obligaciones con la administración.

Finalmente, el recurrente alega una **vulneración al derecho de propiedad**, ya que él tendría un derecho de propiedad respecto de su trabajo como Profesor Auxiliar en la Cátedra de Derecho Penal de la universidad. Siendo así la destitución sólo debiera proceder por las causales de utilidad pública o interés nacional, calificado por el legislador, lo que no ocurrió en este caso donde se le aplicó el artículo 61 de la Ley de drogas.

Por su parte, la Universidad de Valparaíso señaló que en este caso existe una causa legal de destitución, y agrega que no existe propiedad respecto del cargo o del empleo sino que sobre el derecho de permanecer en él siempre que no se produzca alguna causal que determine su cesación.

Considerando los antecedentes anteriormente reseñados, el Tribunal Constitucional señaló:

1.- La Corte de Apelaciones de Valparaíso y el Abogado Waldo del Villar Marcardi solicitaron al Tribunal Constitucional que declare inaplicable el artículo 61 de la Ley 20.000, en el contexto del caso por recurso de protección Rol 76- 2008, el cual fue deducido en contra de la Contraloría Regional y la Universidad de Valparaíso, con el objeto que se decrete la nulidad del Decreto Nº 361, de 30 de septiembre de 200, mediante el cual se destituyó al requirente de su cargo de docente en la mencionada casa de estudios.

2.- En relación con las infracciones invocadas, estas se desglosan de la siguiente manera:

En relación con **la igualdad ante la ley**, la cual se produciría, ya que tanto la prohibición de patrocinar las infracciones a la Ley 20.000, así como la sanción de destitución en caso de realizarlo, son aplicables de distinta forma a los abogados defensores privados y a los públicos.

Ante esta afirmación el Tribunal Constitucional estima que, lo primero a determinar es si el recurrente está contemplado dentro de la prohibición que establece el artículo 61 de la Ley 20.000, conclusión a la que en definitiva arriba, previo estudio de la normativa que determina la naturaleza de la Universidad y del cargo que en ella desempeña.

A continuación el Tribunal señala que para determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario determinar si efectivamente el caso da cuenta de una discriminación o diferente trato respecto de un grupo de personas. Además, es necesario que la discriminación carezca de fundamento razonable, objetivo y además de idoneidad para alcanzar la finalidad perseguida por el legislador.

A continuación, agrega que el artículo 61 establece diferencias de trato en dos sentidos: respecto de aquellos abogados que forman parte de la Administración del Estado y entre abogados que forman parte de la Administración del Estado y otros que no forman parte de ésta.

El criterio orientador está en la jurisprudencia reiterada del propio Tribunal Constitucional: *“las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes (sentencias roles 28, 53 y 219).”*

Siendo así, concluye que no existe infracción a la garantía constitucional de igualdad ante la ley cuando el legislador aplica un trato diferenciado a personas que se encuentran en condiciones distintas como son los abogados que forman parte de la Administración del Estado y aquellos que no.

Adicionalmente, el Tribunal considera que existe razonabilidad y objetividad en las diferencias apuntadas, estos es, que se otorgue un trato distinto a aquellos que son funcionarios del Estado respecto de aquellos que no lo son. Lo anterior, por cuanto los funcionarios del Estado se rigen por un estatuto distinto el cual conocen desde que ingresan a la Administración del Estado y estas normas no son aplicables a quienes no tengan la calidad de funcionarios de la Administración del Estado.

Por último, el Tribunal señala que es del caso recordar que durante la tramitación del artículo 61 de la Ley 20.000 se dejó constancia que lo perseguido con esta prohibición es “... impedir que se vulnere la prohibición legal de actuar contra los intereses del estado a la vez que impedir que ciertas personas ejercieran la influencia derivada de sus cargos para favorecer la situación de las personas imputadas de los delitos referidos.”

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Constitucional estimó razonable establecer diferencias entre los abogados que forman parte de la Administración del Estado y aquellos que no, siendo ésta una prohibición de patrocinar o representar a los imputados en casos de infracciones a la Ley 20.000.

Adicionalmente, el Tribunal precisa la importancia de la Ley 20.050 que incorpora el principio de probidad como baremo que debe existir en el ejercicio de la función pública, lo cual está vinculado con la prohibición referida.

Zanjado el punto anterior, en orden a que no afecta la igualdad ante la ley la circunstancia que se den diferencias entre los funcionarios de la Administración del Estado y aquellos que no forman parte de la misma, el Tribunal discurre acerca de la eventual desigualdad que podría darse entre los abogados de la Administración del Estado en relación con la excepción contemplada en el comentado artículo 61 de la Ley 20.000, es decir, si existe desigualdad ante la ley cuando se efectúan diferencias entre los abogados que se desempeñan en una universidad estatal y aquellos que laboran en la Defensoría Penal Pública o en las Corporaciones de Asistencia Judicial.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional efectivamente constata que existe una diferencia entre los abogados de las defensorías penales y de las Corporaciones de Asistencia Judicial, en relación con los abogados que se desempeñan como profesores en las universidades estatales, por cuanto solo respecto de los últimos se aplica la prohibición del artículo 61 de la Ley 20.000. En segundo lugar, el objeto de análisis consiste en determinar si aquella diferencia es objetiva y razonable, ya que siendo así no se transgrede la garantía constitucional comentada.

Finalmente, sobre este punto, el Tribunal Constitucional concluye que la defensoría penal cumple la función legal de prestar asesoría y defensa jurídica a quienes no pueden procurársela por sí mismos, dando cumplimiento al derecho a la defensa jurídica que se encuentra consagrado en el numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política del Estado. Agrega que algo similar ocurre con las Corporaciones de Asistencia Judicial.

Producto de lo mencionado se concluye que existe una diferencia que es razonable y objetiva, por lo que se rechaza también la vulneración de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.

En relación con la garantía constitucional relativa al **derecho a la defensa jurídica**, el Tribunal Constitucional declara que por las mismas razones antes reseñadas se desecha la infracción a esta garantía.

Respecto de la eventual infracción a la garantía constitucional **de la libertad de trabajo y la libre iniciativa en materia económica**, se afirma su no vulneración en consideración a lo expuesto recientemente. Agregando, respecto de la libre iniciativa en materia económica que esta garantía consagra la mencionada libertad siempre que la actividad no transgreda la moral, el orden público o la seguridad nacional y respetando las normas legales que regulan la actividad. Considerando que la prohibición de asumir el patrocinio y representación en caso de delitos contemplados en la Ley 20.000 tiene su fundamento en la probidad funcionaria y específicamente en la conveniencia social de evitar que los abogados que trabajan en la administración pública puedan ejercer influencia de su cargo al momento de asumir estos casos y finalmente es de resorte del legislador determinar cuáles son las normas legales que deben regular la actividad.

En ambos casos se considera especialmente que, dada la naturaleza de la Defensoría Penal y de las Corporaciones de Asistencia judicial, ellas dan garantía a la existencia de defensa judicial de todas las personas por lo que en definitiva no se debe afirmar que con su vigencia se está transgrediendo la igualdad ante la ley.

A continuación el fallo se refiere al **derecho de propiedad** garantizado en nuestra Constitución Política del Estado. Esto es, en relación con la afirmación del recurrente en orden a que la medida de destitución que le fue aplicada afecta su derecho de propiedad sobre el cargo de profesor en la universidad estatal mencionada.

El Tribunal Constitucional menciona que tanto la jurisprudencia administrativa como judicial están contestes en que sobre los cargos o empleos públicos no existe un derecho de propiedad, sino que más bien un derecho a la función, lo cual se traduce en la posibilidad de permanecer en el cargo siempre que no se produzca una causa legal que determine su cesación. Por lo tanto, agrega, no se trata de un derecho de dominio, negociable, sino que de un derecho a la función como se explicó.

En razón de todo lo expuesto el Tribunal Constitucional **resuelve** rechazar la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesta.

Lo anterior, con el **voto disidente** de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake y Jorge Correa Sutil, los cuales estuvieron por acoger el recurso sobre la base de los siguientes antecedentes:

- El artículo 61 de la Ley 20.000 al prohibir el ejercicio de la profesión de abogado en el sentido que se expuso, restringe la libertad del trabajo.

- De acuerdo al artículo 19 N° 16 de la Constitución Política del Estado, ningún tipo de trabajo puede ser prohibido con excepción de aquellas actividades que se opongan a la moral, la seguridad o la salubridad pública o que lo exija el interés nacional o cuando una ley lo declare. Siendo así, en caso que el legislador prohíba un trabajo, necesariamente debe hacerlo cuando dicha actividad se oponga a alguno de los fines mencionados, de otro modo estaría vulnerando la garantía constitucional en comento.
- El legislador determina cuándo un trabajo se opone a alguno de los cuatro fines mencionados en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política del Estado, lo cual es, sin perjuicio que el Tribunal Constitucional tiene plenas prerrogativas para evaluar si es razonable lo realizado por el legislador.
- En virtud de lo mencionado los Ministros disidentes afirman que lo que debe analizar el Tribunal Constitucional es si la circunstancia que un profesor de una universidad estatal patrocine a imputados por infracciones a la Ley 20.000 atenta contra la moral, la seguridad, la salubridad pública o el interés nacional.

A juicio de los disidentes en el caso expuesto, esta prohibición carece de razonabilidad.

Para explicar lo señalado exponen que el artículo 61 de la Ley 20.000 persigue una finalidad lícita que se funda en el interés nacional consistente en evitar que la criminalidad organizada pueda establecer vinculaciones con los funcionarios que trabajan para la Administración del Estado o que éstos puedan ejercer su influencia a favor de este tipo de imputados. La finalidad antes explicitada es considerada razonable por los Ministros disidentes, pero deja de ser cuando se aplica respecto de un profesor contratado por horas en una universidad del Estado.

Lo anterior, sobre la base que es diverso desempeñarse como profesor universitario a contrata de una universidad estatal, que como funcionario de la Administración del Estado que trabaja en un Ministerio o las Policías, etc., ya que el objetivo de una universidad no se refiere a enfrentar al tráfico de drogas.

No es contrario a la probidad la defensa en juicio de un imputado por una infracción a la ley de drogas.

Las universidades gozan de autonomía y su función en caso alguno consiste en resguardar la moral pública.

En razón de los argumentos sucintamente expuestos, los Ministros disidentes estuvieron por acoger la solicitud del recurrente.

III.- Breves reflexiones respecto del fallo analizado:

El fallo que se expuso en el presente documento es de suma importancia porque viene a zanjar constitucionalmente algunas de las discusiones que se daban en torno al artículo 61 del estatuto nacional de drogas.

En efecto, el artículo 61 de la Ley 20.000 y su antecesor, el artículo 51 de la ley 19.366, habían sido objeto de críticas al estimarse que atentaban contra la libertad de trabajo y la libre iniciativa en materia económica, entre otras garantías constitucionales. Ahora bien, este fallo constituye un precedente fundamental para las interpretaciones que se den en el futuro.

Es del caso destacar que el Tribunal Constitucional en su voto de mayoría estimó que la norma no vulnera las garantías constitucionales mencionadas, estimando en definitiva que es razonable la prohibición que impide a los abogados que forman parte de la Administración del Estado desempeñarse como patrocinantes, mandatarios o apoderados de imputados por infracciones a la Ley 20.000.

SENTENCIA:

Santiago, dieciocho de noviembre de dos mil ocho.

Vistos:

Con fecha tres de abril de dos mil ocho, la Corte de Apelaciones de Valparaíso remitió a este Tribunal el oficio Nº 8040104 JDLB, de 1º de ese mismo mes y año, “*para su conocimiento y resolución*”, acompañando los antecedentes de un recurso de protección deducido ante esa Corte por el abogado Waldo del Villar Mascardi. Entre dichos antecedentes se acompañó la resolución, de 31 de marzo de 2008, mediante la cual la aludida Corte dispone remitir a esta Magistratura la presentación del recurrente, que rola a fojas 19 de los autos de protección, a través de la cual solicita “la inconstitucionalidad y consiguiente inaplicabilidad del artículo 61 de la Ley Nº 20.000”, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. La referida solicitud se funda en que la aplicación de dicho precepto legal en el sumario administrativo que lo sanciona con destitución en el cargo como profesor universitario –acto precisamente recurrido ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso– afecta “notable y gravemente” su ejercicio

profesional en relación a las garantías constitucionales de igualdad ante la ley; libertad de trabajo y su protección; derecho a desarrollar cualquier actividad económica, y derecho de propiedad en sus diversas especies, aseguradas por el artículo 19, numerales 2, 16, 21 y 24, de la Constitución, respectivamente.

Posteriormente, con fecha 14 de mayo de 2008, el abogado Waldo del Villar Mascardi formula una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 61 de la Ley Nº 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, indicando que se ha desempeñado por casi 25 años preferentemente en el ejercicio liberal de la profesión de abogado y además como académico de la cátedra de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, como funcionario a contrata.

Relata que en el ámbito privado, en noviembre de 2004, asumió el patrocinio y poder de Sergio Cortés Díaz, antiguo cliente, el que solicitó su asistencia para obtener la libertad en una causa como infractor a la Ley Nº 20.000, por lo que asumió su representación con el solo propósito de obtener su libertad, la que obtuvo en febrero de 2005, dejando tal representación.

Explica que, posteriormente, en agosto de 2005, Roberto Calderón Espinoza,

cliente en otras causas de su patrocinio, es detenido por infracción a la Ley N° 20.000, por lo que asume su representación hasta obtener su libertad en enero de 2006, la que es revocada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso quedando el imputado rebelde, por lo que procede a abandonar su defensa.

Señala el requirente que en ambas causas su participación fue de carácter excepcional y en el ejercicio liberal de su profesión de abogado, sin entrar a cuestiones de fondo.

Sin embargo, en base a ambas actuaciones se le aplicó la disposición contemplada en el artículo 61 de la Ley N° 20.000, por lo que se ha decretado su expulsión de la Universidad de Valparaíso, en la que se desempeñaba como profesor auxiliar de la cátedra de Derecho Penal en su Escuela de Derecho. Por lo anterior es que interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Con fecha 27 de mayo de 2008, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento, suspendiendo el procedimiento y pasando los autos al Pleno para su substanciación.

El 6 de junio de 2008, se ordenó notificar a los órganos constitucionales interesados, al Ministerio Público, a la Universidad de Valparaíso, y el 19 de junio, a la Contraloría General de la República.

Con fecha 30 de junio de 2008, y a fojas 101, la Universidad de Valparaíso informa que debido al Oficio N° 6757, de 12 de septiembre de 2006, de la Contraloría Regional, se inicia investigación sumaria respecto del profesor de esa Casa de Estudios, don Waldo del Villar Mascardi, por vulneración del

artículo 61 de la Ley N° 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Dicha investigación sumaria –que fue tramitada conforme a las normas de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo– determinó la dictación del Decreto N° 361, por el cual se aplica al aludido académico la medida disciplinaria de destitución contemplada en la letra d) del artículo 121 y en la letra e) del artículo 125, ambos de la Ley N° 18.834. Agrega que, en la especie, no se configura un atentado contra el derecho a ejercer libremente las actividades económicas –a que se refiere el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental–, pues ésta debe desarrollarse “respetando las normas legales que la regulen”, como es el caso, por cierto, del artículo 61 de la Ley N° 20.000.

Asimismo, aduce que tampoco se configura una vulneración del derecho de propiedad asegurado en el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política, pues cualquiera sea la postura que se adopte sobre si el “derecho a la función” se encuentra comprendido dentro de esa garantía constitucional, “la propiedad no recae sobre el cargo o empleo, sino sobre el derecho a permanecer en él en tanto no se produzca una causal legal para la cesación de funciones”.

Finalmente indica que el sumario respectivo fue tramitado con estricto apego a lo establecido en el Estatuto Administrativo, de forma que el afectado pudo ejercer plenamente su derecho a defensa.

A su vez, a fojas 218, con fecha 7 de julio de 2008, la Contraloría General de la República evacúa el traslado conferido refiriéndose, en primer lugar, a la prohibición contemplada

en el artículo 61 de la Ley N° 20.000, cuyo antecedente se encuentra en la Ley N° 19.366, que en su artículo 51 incorporaba una disposición similar. La historia fidedigna de esta disposición muestra que, tanto en su texto original como en sus modificaciones, la intención del legislador fue reforzar y ampliar la prohibición de que se trata, manteniendo sólo aquellas excepciones que digan relación con la actuación que a los funcionarios públicos corresponde en virtud del ejercicio propio de las funciones que desempeñan en determinadas entidades cuyo objeto principal es precisamente garantizar la defensa en juicio.

Así, la disposición impugnada ha tenido una evolución legislativa tendiente a hacerla cada vez más exigente restringiendo las excepciones en atención a los altos objetivos y valores que subyacen en el interés del Estado por perseguir los tipos penales establecidos en esta ley.

Señala el Contralor que el Tribunal Constitucional no se pronunció respecto de esta prohibición en ninguna de las sentencias en que fueron controlados los respectivos proyectos: Roles N°s. 198, 214 y 433.

Respecto del ámbito de aplicación del artículo 61, atendido que el objeto de la prohibición es amplio, quedan afectos a ella todos los abogados que tengan algún vínculo laboral con alguna de las entidades que la norma señala, tanto en calidad de titulares, a contrata o, incluso, con contrato a honorarios o regidos por el Código del Trabajo. Además, los órganos o entidades referidos son los que integran la Administración del Estado, ya sean instituciones o servicios descentralizados.

Agrega que de acuerdo al DFL N° 147, de 1982, del Ministerio de Educación, Estatuto de la Universidad de Valparaíso, las universidades estatales son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios y constituyen servicios públicos integrantes de la Administración del Estado y, por ende, están afectos a la Ley Orgánica Constitucional que la rige. De esta forma, el requirente, en su condición de abogado y contratado por esa casa de estudios, estaba afecto a la prohibición del artículo 61 de la Ley N° 20.000.

Respecto al alcance de la prohibición, ésta abarca tanto actuaciones como patrocinante, apoderado o mandatario, sin importar la calidad que tenga el imputado ni el grado de ejecución del delito.

En relación a la aplicación temporal, la misma ley estableció en su artículo 1° transitorio que sus normas se aplicarán a hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia, el 16 de febrero de 2005, por lo que a los abogados que han patrocinado a quienes han intervenido en hechos delictivos anteriores a esa fecha se les aplica lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley N° 19.366. En el caso *sublite*, el requirente actuó en diversas causas a contar del 10 de junio de 2005 y el 7 de julio de 2005, respectivamente, en plena vigencia y aplicación de la Ley N° 20.000 que le imponía la prohibición de que se trata.

De acuerdo al inciso final del artículo 61 de la Ley N° 20.000, el juez de garantía o el Ministerio Público debe informar a la Contraloría sobre la identidad de los abogados que ejerzan su patrocinio en causas contempladas por esta ley, lo

que es mantenido en una base de datos actualizada sujeta a las normas sobre protección de datos de carácter personal. En el cumplimiento de su cometido la Contraloría vigila el cumplimiento del Estatuto Administrativo, informando en diversas materias relativas al personal de la Administración, correspondiéndole además velar por que la respectiva prohibición del artículo 61 sea acatada, por lo que debe contrastar la información de esa base de datos con la del personal respectivo. Al constatar una vulneración a la referida prohibición, la Contraloría informa tal situación al organismo público respectivo para que adopte las medidas tendientes a aplicar administrativamente las sanciones que procedan, lo que se hará de acuerdo a un procedimiento sancionatorio establecido en el estatuto aplicable.

En cuanto a los fundamentos de derecho esgrimidos por la requirente:

Infracción a la igualdad ante la ley.

Precisa que la norma impugnada es contraria a esta garantía constitucional al establecer una nítida discriminación entre los abogados defensores públicos y privados; con los acusadores o querellantes y, en general, entre los abogados de ejercicio libre y los que pertenecen a algunas instituciones que enuncia la misma norma.

Además, señala que se establece una diferencia arbitraria ya que la igualdad ante la ley supone analizar si la diferencia legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos, por lo que debe revisarse la racionalidad de la distinción junto a la proporcionalidad, de modo que la norma impugnada no pasa satisfactoriamente el respectivo análisis.

Sobre el particular, la Contraloría General de la República indica que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y consecuentemente diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diversas.

Por lo tanto, el legislador está plenamente habilitado para establecer una prohibición como la contenida en la norma impugnada, la que no resulta arbitraria ya que los destinatarios de la norma son un grupo asimilable, igualitario, esto es, los abogados que se desempeñan en la administración del Estado. Respecto a los excepcionados, ello se justifica en razón de las labores específicas que realizan y de los objetivos perseguidos en cada caso.

De la historia de la norma se infiere que pretende impedir que determinadas personas puedan ejercer la influencia de su cargo en la defensa de los inculcados por tales delitos. Las razones para dictar la norma se encuentran directamente relacionadas con valores superiores y principios fundamentales como el bien común, la seguridad nacional y la probidad contemplados en el Capítulo I de la Constitución.

Vulneración del derecho a la defensa jurídica.

El requirente señala que, en este caso, hay una clara conculcación de esta garantía, a que se refiere el artículo 19 N° 3 de la Ley Suprema, toda vez que la disposición recurrida conmina a todos los abogados funcionarios del Estado o de los organismos que indica, que no estén excepcionados, a una sanción que significa su destitución en

casos de crímenes o simples delitos si asumen la defensa jurídica de causas por tráfico de estupefacientes.

Así, esta sanción constituye un claro impedimento, restricción y perturbación a la intervención del letrado. En la especie, la norma impide a los imputados contar con la asesoría jurídica y la defensa necesarias, conculcando el debido proceso y restringiendo la posibilidad de contar con asesoría legal por parte de los abogados que prestan servicio al Estado o a instituciones públicas reguladas en la ley.

Sobre este capítulo de inaplicabilidad, la Contraloría General aduce que la norma impugnada contiene excepciones precisamente para garantizar la defensa en juicio de los imputados por delitos de la Ley Nº 20.000, como son las defensorías penales públicas, las Corporaciones de Asistencia Judicial y los egresados de las facultades de Derecho de las universidades. Así, la norma permite garantizar adecuadamente el acceso a la defensa jurídica de esos imputados, quienes además pueden acceder a defensores privados.

Infracción a la libertad de trabajo.

En relación con este derecho constitucional, asegurado en el artículo 19 Nº 16 de la Constitución, el actor indica que la norma cuestionada también lo contraría, ya que establece una discriminación no basada en la capacidad ni en la idoneidad profesional, sino en un cuestionable interés del Estado, que no se ve cómo pudiera ser amagado por la labor profesional de los abogados que trabajan para él.

Así, hay abogados facultados para patrocinar a imputados por tráfico de estupefacientes y otros que siendo también funcionarios del Estado no

pueden actuar en las mismas condiciones, inhabilitándoseles por ejercer docencia en universidades estatales, lo que constituye una discriminación.

En relación a esta vulneración, la Contraloría señala que el vínculo que une al funcionario con la Administración se conoce como vínculo estatutario en su sentido amplio, lo que supone la sujeción de los empleados a un régimen de derecho público preestablecido, unilateral, objetivo e impersonal fijado por el Estado, lo que implica, por un lado, una garantía para el servidor en el sentido de que su relación con la Administración está regulada por ley de acuerdo al artículo 38 de la Constitución y, por otro, una adscripción a un sistema jurídico estatutario que regula íntegramente sus derechos, obligaciones y modalidades de desempeño siempre exigible desde su incorporación voluntaria y mientras dura la relación.

Así, la decisión de ingresar a la Administración del Estado es libre, expresión de la libertad de trabajo, y se le aplican las disposiciones legales correspondientes a los servidores públicos, así como todas las normas sobre incompatibilidades, inhabilidades y probidad, sin perjuicio de leyes especiales, como es el caso de la Ley Nº 20.000.

Infracción al derecho de propiedad.

Sobre el derecho de propiedad, a que se refiere el numeral 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, el requirente indica que tenía propiedad sobre su empleo, como funcionario contratado en la Universidad de Valparaíso, propiedad sobre un bien incorporal. La aplicación de la sanción de destitución, fuera de los casos que permite el aludido precepto constitucional, constituye una vulneración a esa garantía, ya que sólo

es factible hacerlo por causa de utilidad pública o interés nacional, calificado por el legislador, lo que no sucede en este caso.

La Universidad de Valparaíso, en relación a este punto, indica que en la especie existe una destitución legalmente impuesta a un funcionario que ha incurrido en una causa legal. Después de citar doctrina y jurisprudencia, señala que la propiedad no recae sobre el cargo o empleo, sino sobre el derecho a permanecer en él en tanto no se produzca una causal legal para la cesación de sus funciones, lo que ha sucedido en este caso.

La Contraloría, sobre este capítulo, señala que según la garantía constitucional no es posible entender que las personas que desempeñan funciones públicas tengan un derecho de propiedad sobre éstas, ya que las funciones que desarrollan son propias del Estado y su finalidad es el bien común, por lo que no hay propiedad sobre ellas, ni derechos derivados, de modo que no se advierte cómo el artículo 61 impugnado afectaría esta garantía.

Se ordenó traer los autos en relación y con fecha 24 de julio de 2008 se procedió a la vista de la causa, alegando en representación de la requirente el abogado Waldo del Villar Brito.

CONSIDERANDO:

I. 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 undécimo, 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 razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;*

TERCERO: Que, como se ha indicado en la parte expositiva, tanto la Corte de Apelaciones de Valparaíso cuanto el abogado Waldo del Villar Mascardi han solicitado a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad del artículo 61 de la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en los autos sobre recurso de protección de que conoce actualmente el aludido tribunal, con el Rol N° 76-2008, y que ha sido deducido contra la Universidad de Valparaíso y la Contraloría Regional, con el objeto, especialmente, de que se declare la nulidad del decreto universitario N° 361, de 30 de septiembre de 2007, por el cual se aplica al recurrente la sanción de destitución de la administración del Estado, como consecuencia de la aplicación del aludido precepto legal. Esta es, justamente, la gestión pendiente que autoriza la interposición de las referidas acciones de inaplicabilidad;

CUARTO: Que, según lo planteado en ambos requerimientos, la aplicación

del artículo 61 de la Ley N° 20.000 en la gestión judicial descrita precedentemente vulneraría los derechos asegurados en el artículo 19, numerales 2°, 3°, 16°, 21° y 24° de la Constitución, referidos, respectivamente, a los derechos a la igualdad ante la ley; a la defensa jurídica; a la libertad de trabajo y su protección; al derecho a desarrollar actividades económicas y al derecho de propiedad;

QUINTO: Que la norma impugnada en estos autos dispone:

“Artículo 61.- Los abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la Administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente, no podrán patrocinar ni actuar como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esta ley.

Si se tratare de actuaciones relativas a crímenes o simples delitos, la infracción de esta prohibición se sancionará administrativamente con la destitución del cargo o con el término del contrato. Si se tratare de faltas, se considerará infracción grave de las obligaciones funcionarias, pudiendo disponerse hasta su destitución o el término del contrato.

No se aplicará la prohibición establecida en el inciso primero a los abogados que se desempeñen en la Defensoría Penal Pública o como prestadores del servicio de defensa penal pública, cuando intervengan en esas calidades, ni a los abogados en su desempeño como funcionarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial, a los contratados por éstas, y a los egresados de Facultades de Derecho que estén realizando la práctica gratuita requerida para obtener el título de abogado, sólo en lo relativo a su actuación en dichas Corporaciones.

Para efectos de lo dispuesto en este artículo, el juez de garantía o el Ministerio Público, en su caso, deberá informar a la Contraloría General de la República sobre la identidad de los abogados que patrocinen o actúen como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esta ley.”;

SEXTO: Que las normas constitucionales que, a juicio de los requirentes, resultarían transgredidas por la aplicación de la norma legal impugnada en la gestión pendiente de que se trata, son las siguientes:

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

2°. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

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

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida (...).

16°. La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así (...).

21°. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional respetando las normas legales que la regulen (...).

24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

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 ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador (...);

SÉPTIMO: Que, delimitado el conflicto constitucional que se somete a esta Magistratura y como quiera que la acción de inaplicabilidad supone el ejercicio de un control concreto de la constitucionalidad de la ley, corresponde analizar cada una de las alegaciones formuladas por los requirentes en estos autos a fin de determinar si su aplicación, en la causa *sub lite*, produce resultados contrarios a la Constitución que este Tribunal deba precaver en defensa del principio de supremacía constitucional;

II. Infracción a la igualdad ante la ley.

OCTAVO: Que de los requerimientos deducidos ante esta Magistratura se desprende que la aplicación del artículo 61 de la Ley N° 20.000, en el recurso de protección Rol N° 76-2008, de que conoce la Corte de Apelaciones de Valparaíso, resultaría contraria al artículo 19 N° 2 de la Constitución porque “establece una nítida discriminación entre los abogados defensores públicos y privados; con los acusadores y querellantes y en general entre los abogados de ejercicio libre y los que pertenecen a algunas instituciones o grupos que se enuncian en la ley”. Lo anterior debido a que ni la sanción de destitución del cargo o de término del contrato, que prevé el inciso segundo de la norma legal impugnada, ni la infracción de la prohibición en que ellas se sustentan se aplicarían a los abogados que se desempeñan en la Defensoría Penal Pública, cuando intervengan en esas calidades, ni a los abogados que actúan como funcionarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial, ni a los contratados por éstas, ni a los egresados de las facultades de Derecho que estén realizando su práctica gratuita para obtener el título de abogado. Tal situación importa, a juicio de don Waldo del Villar, “una diferencia arbitraria, pues se introduce un trato diferente a quienes realizan acciones semejantes, como es la de ser abogados que prestan servicios al Estado o a instituciones reguladas en la ley”;

NOVENO: Que, para resolver esta primera alegación y atendido el carácter concreto de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, resulta preciso determinar si el requirente en estos autos y recurrente de protección ante

la Corte de Apelaciones de Valparaíso, señor Waldo del Villar Mascardi, se encuentra dentro de la situación prevista en la norma impugnada, pues, de lo contrario, este Tribunal debiera resolver que, en su caso, la aplicación del artículo 61 de la Ley Nº 20.000 no puede producir resultados contrarios a la Constitución;

DÉCIMO: Que, según ha planteado el mismo señor Del Villar Mascardi, paralelamente al ejercicio liberal de la profesión y desde el año 1985, es decir, desde hace 23 años a la fecha, se ha desempeñado como ayudante y luego como profesor de la cátedra de Derecho Penal en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, como “funcionario a contrata por doce y luego catorce horas respectivamente”;

UNDÉCIMO: Que la Universidad de Valparaíso fue fundada como institución autónoma de educación superior el 12 de febrero de 1981 sobre la base de la que hasta entonces era la más importante sede regional de la Universidad de Chile (www.uv.cl).

Se trata de una universidad estatal cuya regulación general se encuentra en el D.F.L. Nº 1, del Ministerio de Educación, de 1982 -“Fija normas sobre Universidades”-, en la Ley Nº 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, y en la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En cuanto universidad estatal, se rige, además, por sus respectivos estatutos, contenidos en el D.F.L. Nº 174, del Ministerio de Educación, de 1981, cuyo artículo 1º indica:

“La Universidad de Valparaíso es una corporación autónoma de educación superior,

que realizará las funciones de docencia, investigación y extensión, propias de la tarea universitaria.

En el cumplimiento de sus funciones, deberá atender adecuadamente los intereses y necesidades del país, y preferentemente, los de la V Región, al más alto nivel de excelencia.

Esta Universidad es una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio”.

El artículo 25 del referido Estatuto prescribe, por su parte, que:

“Se aplicará a los funcionarios de la Universidad de Valparaíso el artículo 389 letra c) del Estatuto Administrativo aprobado por el Decreto con Fuerza de Ley Nº 338, de 1960.

El personal referido se regirá también por las disposiciones de dicho Estatuto Administrativo no citadas expresamente en el inciso anterior; pero sólo en cuanto esas disposiciones versen sobre materias que no regulare reglamentariamente esta Universidad, o no sean contrarias a las leyes especiales que rijan a dicho personal, o contrarias al presente Estatuto”;

DUODÉCIMO: Que el artículo 88 de la Ley Nº 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, precisa, entretanto, que los estatutos, ordenanzas y reglamentos, decretos y resoluciones de las universidades estatales que se refieran a los académicos se entenderán modificados de pleno derecho en todo lo que fueren contrarias a las disposiciones de ese cuerpo legal y de la Ley Nº 18.575, y se considerarán estatutos de carácter especial para los efectos establecidos en el artículo 43, inciso segundo, de dicha ley y en el artículo 162 de la Ley Nº 18.834. Ello implica que los estatutos especiales –como el que rige a la Universidad

de Valparaíso- deben ajustarse a las normas sobre carrera funcionaria incluidas tanto en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado como en el Estatuto Administrativo aplicable a los funcionarios públicos;

DECIMOTERCERO: Que la exigencia consignada en el considerando que precede permite colegir que el señor Waldo del Villar Mascardi, en su condición de académico a contrata de la Universidad de Valparaíso, se encontraba afecto a las normas sobre régimen funcionario que rigen al personal que integra la Administración del Estado, entre las cuales se encuentra, ciertamente, el artículo 61 de la Ley N° 20.000, que, unido a lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, conforma el conjunto de prohibiciones aplicables a los abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en “los servicios de la Administración del Estado”;

DECIMOCUARTO: Que, aclarado que en la gestión judicial que se encuentra pendiente sí puede recibir aplicación lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley N° 20.000, corresponde examinar si dicha aplicación en el recurso de protección de que conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Valparaíso, infringe la igualdad ante la ley garantizada en el artículo 19, N° 2°, de la Constitución;

DECIMOQUINTO: Que, en ese sentido, y tal como lo ha resuelto esta Magistratura en pronunciamientos previos recaídos en los Roles N°s. 790, 825, 829 y 834, la tarea de determinar si en un caso concreto, como el de la especie, se produce o no una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley

supone resolver, en primer término, si efectivamente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre determinadas personas y sólo en caso afirmativo corresponderá examinar si ella importa una transgresión a la Carta Fundamental.

Para esos efectos habrá de considerarse no sólo que la diferencia carezca de fundamento razonable y objetivo que pueda justificarla, sino, además, que adolezca de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad perseguida por el legislador;

DECIMOSEXTO: Que el examen de la norma impugnada en estos autos permite constatar que la prohibición que ella contempla en su inciso primero –relativa al patrocinio o a la actuación como apoderado o mandatario de imputados por crímenes, simples delitos o faltas vinculados al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas- se aplica a “*los abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la Administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente*”.

No obstante lo señalado y de conformidad con el inciso tercero de la norma que se analiza, la prohibición anotada no se aplica a otros abogados que, formando parte también de la Administración del Estado o de instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente, no están afectos a ella, como es el caso de los que se desempeñan en la Defensoría Penal Pública o como funcionarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial. Asimismo la señalada prohibición no se aplica a los abogados que realizan labores como prestadores del servicio de defensa penal pública,

cuando intervengan en esas calidades, ni a los egresados de las Facultades de Derecho que estén realizando la práctica gratuita requerida para obtener el título de abogado;

DECIMOSÉPTIMO: Que de lo señalado precedentemente puede observarse que el artículo 61 de la Ley Nº 20.000 establece diferencias de trato en dos sentidos:

1. Entre abogados que forman parte de la Administración del Estado; y
2. Entre abogados que forman parte de la Administración del Estado y otros abogados que no forman parte de ella.

En este último caso ya podría concluirse que no existe vulneración alguna al derecho a la igualdad ante la ley, puesto que ésta consiste en que *“las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes”* (sentencias roles Nºs. 28, 53 y 219).

En otras palabras, no transgrede la igualdad ante la ley que el legislador aplique un trato diferente a quienes están efectivamente en situaciones diversas como es el caso de los abogados que forman parte de la Administración del Estado y los que no la integran.

La reciente jurisprudencia sentada por este Tribunal y compartida por otras magistraturas especializadas, como los Tribunales Constitucionales español y alemán, ha profundizado el punto de vista precedente señalando que el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, pero ello debe sustentarse siempre en

presupuestos razonables y objetivos que justifiquen la diferencia sin que, por tanto, ella quede entregada al libre arbitrio del legislador (sentencia rol Nº 790-2007);

DECIMOCTAVO: Que, en relación con la diferencia que se examina, puede afirmarse que existe razonabilidad y objetividad en el distinto trato que debe darse a quienes son funcionarios de la Administración del Estado y quienes no lo son.

En efecto, los primeros están sometidos a un estatuto normativo compuesto de un conjunto de disposiciones que regulan el régimen funcionario en sus diversos aspectos. Este estatuto funcionario es conocido y aceptado desde que se ingresa a la Administración del Estado, partiendo de la base que, como señala el artículo 1º de la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo, *“las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo, con las excepciones que establece el inciso segundo del artículo 21 de la Ley Nº 18.575”*.

Entre las prohibiciones que contempla el estatuto aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado se encuentran las que consagra el artículo 84 de la Ley Nº 18.834, que dispone que *“el funcionario estará afecto a las siguientes prohibiciones: c) Actuar en juicio ejerciendo acciones civiles en contra de los intereses del Estado o de las instituciones que de él formen parte, salvo que se trate de un derecho que atañe directamente al funcionario, a su cónyuge o a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado y las personas ligadas a él por adopción”*.

Por su parte, el artículo 119 del mismo Estatuto Administrativo dispone que *“el empleado que infringiere sus obligaciones o deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias”*. Agrega que *“los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo”*.

Naturalmente, las normas señaladas no pueden aplicarse a quienes no forman parte de la Administración del Estado;

DECIMONOVENO: Que, a mayor abundamiento, debe recordarse que en la historia legislativa vinculada a la necesidad de sancionar el tráfico ilícito de estupefacientes y circunstancias sicotrópicas, la idea de prohibir a abogados que son funcionarios de la Administración del Estado el patrocinio o ejercicio del mandato de personas imputadas de tales delitos tuvo un claro objetivo: impedir que se vulnerara la prohibición legal de actuar contra los intereses del Estado a la vez que impedir que ciertas personas ejercieran la influencia derivada de sus cargos para favorecer la situación de las personas imputadas de los delitos referidos.

Así, como ha recordado la Contraloría Regional de Valparaíso en estos autos, en la historia fidedigna de la Ley N° 19.366, ya aparece la conveniencia de dejar establecida en la ley la prohibición que se viene comentando, *“considerando la gravedad que reviste el hecho de que un abogado del Estado pudiera actuar en defensa de los implicados en este tipo de delitos”*. (Primer Informe de la Comisión Especial del Problema de la Droga en

Chile, de la Cámara de Diputados, Boletín N° 653-07 (92)-1).

En ese mismo debate legislativo, el Ministro de Justicia de la época, don Francisco Cumplido Cereceda, manifestó que *“esta norma recoge experiencias observadas entre los abogados que se desempeñan como funcionarios públicos y asumen la defensa en este tipo de delitos, materia en la que se ha constatado cierto tipo de irregularidades”*. (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado).

Por su parte, durante el debate legislativo que dio origen a la Ley N° 19.393, la misma Comisión afirmó que el propósito de la prohibición contenida en el artículo 51 (hoy artículo 61 de la Ley N° 20.000) es impedir que determinadas personas puedan ejercer la influencia del cargo que sirven para actuar en defensa de inculpados por los delitos o faltas a que se refiere esta ley. (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado);

VIGÉSIMO: Que, sobre la base de los antecedentes consignados, resulta razonable y objetivo establecer una diferencia en el trato que debe darse a abogados que forman parte de la Administración y a quienes no tienen esa calidad para los efectos de imponer una prohibición que, como la que se analiza, está estrechamente relacionada con las obligaciones que importa el desempeño de un cargo público;

VIGESIMOPRIMERO: Que en este orden de consideraciones debe recordarse, asimismo, que la reforma constitucional de 2005, materializada a través de la Ley N° 20.050, consagró, en la Carta Fundamental, el principio de la probidad que había sido

incorporado previamente a la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Por ello, hoy en día, “*el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones*” (artículo 8° de la Constitución), lo que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 52, inciso segundo, de la aludida Ley N° 18.575, los constriñe a “*observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular*”;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, aclarado que no importa una transgresión a la igualdad ante la ley que el legislador establezca diferencia entre quienes, objetiva y razonablemente, están en situación diversa como es el caso de los abogados que forman parte de la Administración del Estado y los que no, corresponde examinar si tal transgresión podría, en cambio, configurarse en la segunda de las hipótesis consagradas en el inciso tercero del artículo 61 de la Ley N° 20.000 impugnado en estos autos, esto es, entre abogados que sí forman parte de la Administración del Estado, como sería el caso de los que laboran en una universidad estatal y quienes se desempeñan en la Defensoría Penal Pública o en las Corporaciones de Asistencia Judicial;

VIGESIMOTERCERO: Que, en principio, puede constatararse que se produce una efectiva diferencia de trato entre abogados que forman parte de la Administración del Estado o de servicios descentralizados territorial o funcionalmente, pues algunos de ellos –los que laboran en la Defensoría Penal Pública y los que se desempeñan en las Corporaciones de Asistencia Judicial– no quedarían afectos a la prohibición

que establece el inciso primero del artículo 61 de la Ley N° 20.000;

VIGESIMOCUARTO: Que, establecida la diferencia de trato en cuanto a esta segunda hipótesis, es necesario determinar si ella resulta objetiva y razonable para que no se entienda transgredida la igualdad ante la ley.

Para esos efectos debe atenderse, naturalmente, a que la Carta Fundamental consagra el derecho a la defensa jurídica en los incisos segundo y tercero de su artículo 19, N° 3°, en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida (...).

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.”

Como puede observarse, la Constitución remite a la ley la precisión de la forma en que debe garantizarse el derecho a la defensa jurídica y, en particular, el señalamiento de los medios para brindar asesoría y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos, independiente de la naturaleza del proceso de que se trate;

VIGESIMOQUINTO: Que, como recuerda la Contraloría Regional de Valparaíso, en su informe acompañado a estos autos, “*conforme a lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 35 y 36 de la ley N° 19.718, que creó la Defensoría Penal Pública, dicha institución es un servicio público descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del*

Ministerio de Justicia, cuya finalidad es proporcionar defensa penal gratuita a quienes, careciendo de abogado, sean imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, causas dentro de las cuales se encuentran, por cierto, las reguladas por la ley N° 20.000". Agrega que "el personal de dicha institución se encuentra excepcionado de obedecer la prohibición de que se trata sólo cuando intervenga en su calidad de funcionario de la defensoría, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 61".

Por lo tanto, la excepción a la prohibición contenida en el inciso primero de la Ley N° 20.000 emana de la propia ley y tiene su sustento final en el deber de prestar asesoría y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselas por sí mismos, dando eficacia al derecho a la defensa jurídica que asegura el artículo 19, N° 3, de la Constitución;

VIGESIMOSEXTO: Que una situación similar se produce con los abogados que se desempeñan como funcionarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial y los contratados por éstas, pues, como también recuerda la Contraloría Regional de Valparaíso en su informe, "*dichas corporaciones, conforme a lo dispuesto en la legislación que las rige –leyes N°s. 17.995 y 18.632–, tienen también por finalidad prestar asistencia jurídica y judicial gratuita a personas de escasos recursos y sus empleados revisten el carácter de funcionarios públicos, por cuanto se desempeñan en un organismo que forma parte de la Administración del Estado, aun cuando no se les aplican las disposiciones del Estatuto Administrativo, sino que sus respectivos contratos de trabajo y las normas aplicables al sector*

privado contenidas en el Código del Trabajo (...)".

En consecuencia, tales servidores de la Administración del Estado están también exentos de la prohibición consignada en el inciso primero del artículo 61 de la Ley N° 20.000 por expresa disposición de la ley que viene a materializar el asesoramiento y defensa jurídicos a quienes no pueden procurárselos por sí mismos, dando eficacia al derecho a la defensa jurídica que garantiza la Constitución;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que no puede, entonces, afirmarse que exista falta de razonabilidad y de objetividad en la diferencia que realiza el artículo 61 de la Ley N° 20.000 entre los funcionarios de la Administración del Estado en general y aquellos que laboran en la Defensoría Penal Pública y en las Corporaciones de Asistencia Judicial, instituidas precisamente por el legislador para dar debida concreción al derecho a la defensa jurídica, sobre todo de quienes no pueden procurársela por sí mismos, por lo que una supuesta infracción a la igualdad ante la ley en esta segunda hipótesis de aplicación del artículo 61 de la Ley N° 20.000 debe ser también rechazada;

Infracción al derecho a la defensa jurídica.

VIGESIMOCTAVO: Que, por las mismas razones anotadas en los considerandos que preceden, esta Magistratura debe descartar que la aplicación del artículo 61 de la Ley N° 20.000, en el recurso de protección deducido por don Waldo del Villar Mascardi ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, pueda producir una transgresión al derecho a la defensa jurídica a que aluden los incisos segundo y tercero del artículo

19, Nº 3º, de la Constitución, y así se declarará;

IV. Infracción a la libertad de trabajo.

VIGESIMONOVENO: Que, atendidas las consideraciones expuestas en el considerando vigesimoséptimo de este fallo, mal puede pretenderse que la diferencia de trato entre los abogados que se desempeñan en las instituciones estatales dedicadas a prestar defensa jurídica y los demás abogados que trabajan para la Administración del Estado, constituya una discriminación arbitraria en el ejercicio de la libertad de trabajo que riña con lo dispuesto en el inciso tercero del numeral 16º del artículo 19 constitucional, por lo cual también cabe desestimar los requerimientos en la parte que formulan esta impugnación;

V. Infracción al derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

TRIGÉSIMO: Que tampoco puede pretenderse, como lo hace la parte requirente, que la prohibición establecida por el artículo 61 de la Ley Nº 20.000 importe una vulneración al derecho a desarrollar libremente actividades económicas, toda vez que el mismo está supeditado por el Constituyente a que dichas actividades no sean contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando en todo caso las normas legales que las regulen. Pues bien, en el caso de autos, la prohibición de asumir el patrocinio o la representación judicial de personas encausadas por crímenes, simples delitos o faltas relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas tiene su fundamento, como se ha dejado de relieve en considerandos anteriores, en la probidad funcionaria y, más precisamente, en la

conveniencia social de evitar que los abogados que son servidores públicos de la Administración del Estado pudieren ejercer la influencia que su calidad de tales les confiere para llevar a cabo la defensa de imputados por esa clase de conductas, de tan negativa connotación social y de un innegable efecto disolvente sobre las instituciones y la moral pública. Por lo demás, el ponderar este elemento como un factor incidente en la regulación legal de la actividad de los abogados que son funcionarios públicos es una cuestión de mérito que sólo cabe al legislador sopesar y resolver en el ejercicio de sus potestades, lo que queda comprendido dentro de la mención que la Constitución hace a las normas legales que regulen la respectiva actividad;

VI. Infracción al derecho de propiedad.

TRIGESIMOPRIMERO: Que, como ha quedado señalado en la parte expositiva, el abogado don Waldo del Villar Mascardi también sostiene que la medida de destitución adoptada en su contra por aplicación de lo dispuesto en el precepto legal objetado significaría una conculcación de su derecho de propiedad sobre el empleo que sirve como docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

Sobre el particular conviene recordar que, conforme a lo expuesto por la Contraloría General de la República en su contestación al requerimiento, tanto la doctrina iusadministrativa como la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales están contestes en que sobre el empleo público no tiene el funcionario un derecho de propiedad homologable al que tutela el numeral 24º del artículo 19 constitucional, sino un derecho a la función, el que

se traduce en su permanencia en el cargo respectivo mientras no se configure una causal legal de cesación en el mismo, que es lo que ha acontecido en el caso materia de nuestro examen. No es, pues, el derecho a la función un derecho incorporado al patrimonio de su titular, ni mucho menos un derecho negociable como lo es el de dominio, sino un derecho estatutario, por entero sometido a la regulación unilateral del legislador, propia del Derecho Público. Por lo tanto, debe también rechazarse la impugnación deducida en autos por este último motivo.

Sobre la base de lo razonado en lo que precede y

VISTO: lo dispuesto en los artículos 19, números 2º, 3º, 16º, 21º y 24º, y 93, Nº 6º e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República; 61 de la Ley Nº 20.000 y en las disposiciones pertinentes de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura,

SE RESUELVE: No hacer lugar a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad formulada en estos autos, dejándose sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en su oportunidad, para lo cual se oficiará a la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Acordada con el **voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake y Jorge Correa Sutil**, quienes estuvieron por acoger el requerimiento por los motivos que pasan a exponer:

1º. A juicio de estos disidentes, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley Nº 20.000, en cuanto prohíbe determinado ejercicio profesional de la abogacía y, por ende, limita la libertad de trabajo, resulta contraria

a la Constitución Política en caso de aplicarse, como puede ocurrir en la especie, a un profesor de una universidad estatal contratado por horas. La norma, en relación al caso, prohíbe una clase de trabajo en términos incompatibles con lo dispuesto en el numeral 16º del artículo 19 de la Constitución.

2º. Desde luego, entendemos que el artículo 61 de la Ley Nº 20.000 prohíbe una clase de trabajo a un grupo de personas. En su inciso primero, la norma prohíbe -por medio de la expresión "no podrán"- a los abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la Administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, patrocinar o actuar como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esa ley de drogas. Por su parte, el inciso segundo sanciona a quien infrinja esa prohibición, excluido el caso de las faltas, con la destitución del cargo o con el término del contrato.

3º. Por su parte, el inciso tercero del numeral 16º del artículo 19 de la Constitución establece que "[n]inguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así". En consecuencia, para que el legislador pueda legítimamente prohibir un trabajo, la norma constitucional exige que tal trabajo que el legislador prohíbe se oponga a la moral o a alguno de los demás valores constitucionales. Si el legislador prohíbe un trabajo por mero capricho o sin que el trabajo prohibido efectivamente se oponga a alguno de los cuatro fines enunciados en el precepto

constitucional, la norma infringirá la Carta Fundamental.

4º. Naturalmente corresponderá al legislador calificar en qué casos un trabajo se opone a la moral, la seguridad o salubridad públicas o debe prohibirse en razón del interés nacional. Sin embargo, la defensa de la supremacía constitucional exige a esta Magistratura, cuando es válidamente requerida, como ocurre en la especie, revisar que tales calificaciones que ha hecho el legislador sean razonables, aplicadas al caso que genera la acción. En este sentido, resultan ilustrativas las explicaciones que da el profesor Enrique Evans, en su Libro “Los Derechos Constitucionales”, al señalar que **“la ley podrá declarar que determinadas actividades quedan prohibidas por exigirlo el interés nacional.** Cuando la autoridad pública prohíba determinados trabajos asilándose en esta perspectiva, **su resolución debe ser fundada, no discriminatoria ni arbitraria.** Los afectados están aquí tutelados por el recurso de protección y, además, **tienen el derecho general de ocurrir a los tribunales de justicia ...”**. (Página 11, énfasis añadido).

5º. En consecuencia, para que la prohibición de ejercer un trabajo no produzca un resultado contrario a la Constitución debe resultar razonable estimar que ese trabajo atentaría en contra de alguno de los cuatro únicos valores en que constitucionalmente puede fundarse. En la especie, lo que esta Magistratura debe examinar entonces es si existe fundamento razonable en estimar que la defensa de una persona imputada por un crimen o delito contemplado en la Ley de Drogas por un profesor contratado por una universidad estatal atenta en

contra de la moral, la seguridad o salubridad públicas o si esa prohibición queda exigida por el interés nacional. A nuestro juicio, y por las razones que se exponen a continuación, la prohibición aludida no pasa ese examen de razonabilidad.

6º. La prohibición de un tipo de trabajo contenida en el artículo 61 de la Ley Nº 20.000 está llamada a aplicarse no sólo a los profesores universitarios, sino a todos los empleados públicos. Ella persigue finalidades lícitas fundadas en el interés nacional de evitar que el crimen organizado establezca vínculos o redes de dependencia con agentes públicos; así como evitar que los funcionarios públicos puedan desplegar la influencia que naturalmente queda adscrita a sus cargos en defensa de un tipo de crimen organizado que resulta corrosivo de las bases esenciales de la convivencia social. Tales finalidades no sólo se desprenden del sentido de la prohibición, sino que además quedaron manifiestas en la historia fidedigna de su establecimiento, según citas que recuerda el considerando 19º del fallo del que disentimos.

7º. Que las finalidades anotadas en el considerando que antecede son, a no dudarlo, objetivos que el legislador puede razonablemente estimar que son de interés general de la nación. No podría decirse que carezca de fundamento racional la estimación del legislador de que, para proteger el interés nacional, sea conveniente aislar a quien ha sido imputado de crimen o simple delito relacionado al tráfico de drogas respecto de la administración pública, llamada precisamente a combatir ese flagelo. Es razonable que el legislador así lo estime y que juzgue que ello resulta exigido por la

moral y la seguridad públicas. Incluso, entendemos como razonablemente justificado que se emplee un medio tan drástico para alcanzar esas finalidades como es la destitución del funcionario o empleado público que se desempeñe en las tareas prohibidas.

8º. Sin embargo, ni la prohibición ni la sanción contenidas en los dos primeros incisos del artículo 61 impugnado, pueden considerarse como un medio idóneo razonable para combatir el tráfico de drogas, ni como un modo razonable e idóneo para defender la probidad de la administración pública en caso de aplicarse a un abogado contratado por horas como profesor universitario de una universidad estatal.

9º. Desde luego, no puede estimarse que un profesor universitario pertenezca a un servicio público que deba participar en la reducción o abatimiento del tráfico de drogas. Lo que resulta razonable en caso de aplicarse a abogados que se desempeñan en el Ministerio del Interior o de Salud o en servicios como CONACE o en alguna fuerza de orden, carece enteramente de sentido cuando se pretende aplicar a un profesor universitario. La misión institucional de una universidad estatal no consiste en enfrentar el tráfico de drogas. Por ende, el hecho que uno de sus profesores asuma la defensa judicial de quien se encuentra imputado de un crimen o delito contemplado en la Ley de Drogas carece de la capacidad de poner en peligro una misión institucional.

10º. Que tampoco podría considerarse como contrario a la probidad la defensa en juicio de una persona imputada por crimen o simple delito contenido en la Ley de Drogas. La Constitución asegura a toda persona

el derecho a defensa y, por supuesto, no excluye de esta garantía a quienes se encuentran imputados por crimen alguno. Por ende, la defensa de un imputado por un crimen relacionado al tráfico de drogas –como la de ningún otro– podría considerarse, en el plano constitucional o jurídico, como contraria a la moral o a la probidad, ni aun en tiempos en que la sociedad o los medios de comunicación estimen execrable ese tipo de delitos.

11º. Que si bien podría llegar a estimarse razonable sostener que la moral funcionaria y la probidad administrativa exigen que los abogados funcionarios públicos no asuman la defensa de imputados por un crimen o delito de tráfico de drogas, mismo que los servicios a que ellos pertenecen deben combatir, no se ve de qué modo ello pueda predicarse de un profesor universitario. Si una Universidad, en resguardo de su propia imagen, no ya la de la administración pública, o si una universidad en resguardo de la formación moral de sus alumnos, no ya de la moral pública o de los agentes del Estado, decide someter a sus profesores a una prohibición de cierto trabajo, entonces sería del caso que esa Universidad estableciera esa prohibición en sus estatutos o reglamentación interna, pero ese no es el caso. Las universidades, incluso las estatales, gozan, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 79 del DFL N° 1 del Ministerio de Educación, de 2006, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, de autonomía, por la que, conforme a ese precepto, ha de entenderse “el derecho de cada establecimiento de educación superior a regirse por sí mismo, de conformidad

con lo establecido en sus estatutos en todo lo concerniente al cumplimiento de sus finalidades y comprende ...”, entre otras, la autonomía académica, la que, conforme al inciso segundo de ese mismo precepto, incluye la potestad de las entidades de educación superior para decidir por sí mismas la forma como se cumplan sus funciones de docencia, investigación y extensión y la fijación de sus planes y programas de estudio.

12º. En consecuencia, la prohibición de asumir la defensa en juicio de quien haya sido imputado por un crimen o simple delito tipificado en la Ley de Drogas y la consiguiente sanción de destitución no pueden estimarse como un medio idóneo razonable para alcanzar un interés nacional o fundarse en la moral o la seguridad pública, en el caso de aplicarse a un profesor contratado por horas para enseñar Derecho en una universidad pública y, por ende, ha de estimarse como una causal no autorizada por la Carta Fundamental para prohibir esa clase de trabajo. Por ello, disintimos de lo que se resuelve en esta causa.

Redactaron la sentencia los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Francisco Fernández Fredes, y la disidencia el Ministro señor Jorge Correa Sutil.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROL Nº 1.133-08-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, don Juan Colombo Campbell, y los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, 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.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN
DELITOS SEXUALES Y
VIOLENTOS

EL PROBLEMA DEL RETRASO MENTAL EN IMPUTADOS DE DELITOS SEXUALES

Christian Anker Ullrich¹

I. Introducción

Las discusiones en el ámbito penal sobre cuestiones referidas a la salud mental de los imputados ha sido un tema de mucha importancia y debate tanto para los actores jurídicos como para los profesionales que realizan evaluaciones periciales. Ello resulta especialmente relevante cuando la presencia de un trastorno mental puede tener efectos significativos en la acción penal. Por esta razón, resulta interesante preguntarse sobre cuál ha sido la incidencia de uno de los trastornos mentales más invocados en los imputados, cual es el retraso mental, y qué tipo de discusiones se han realizado en torno a sus características, su relación con la imputabilidad y los principales problemas a la hora de abordar esta problemática a nivel forense.

En este estudio se analiza la incidencia de casos de imputados con retraso mental en delitos sexuales y los efectos que conlleva en el análisis sobre la culpabilidad en la comisión de estos delitos. Esto se aborda a través del levantamiento y análisis de variables estadísticas, psicopatológicas y jurídicas, y la revisión de las sentencias de los delitos sexuales desde el comienzo del actual sistema criminal en Chile, el 16 de diciembre de 2000, hasta el 31 de octubre de 2008.

II. Metodología

Para realizar este estudio se revisan la totalidad de sentencias de juicio oral de delitos sexuales desde el inicio de la Reforma Procesal Penal en Chile, el 16 de diciembre de 2000, hasta el 31 de octubre de 2008, dando un especial énfasis a aquellas sentencias donde hay imputados con retraso mental, en cualquiera de sus niveles, y se haya discutido en torno a la imputabilidad y/o la imputabilidad disminuida. Además se realiza una revisión de antecedentes psicológicos, jurídicos y estadísticos asociados al retraso mental y a la temática de los delitos sexuales en Chile.

De esta manera se realiza un análisis descriptivo y se entregan conclusiones y sugerencias de intervención para así mejorar las estrategias de persecución penal en este tipo de casos.

1 Psicólogo de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público, Magíster en Gestión y Políticas Públicas (MGPP).

III. Objetivos

Objetivo General:

- Describir y analizar la relación que existe entre el retraso mental en imputados de delitos sexuales y la imputabilidad e imputabilidad disminuida.

Objetivos Específicos:

- Realizar un abordaje forense de la temática del retraso mental.
- Describir las características generales de los delitos sexuales en Chile y las principales variables asociadas a ellos.
- Describir y analizar la incidencia de rechazo o aceptación de imputabilidad disminuida en imputados en las distintas categorías de retraso mental.
- Realizar propuestas de abordaje a la actividad pericial asociada a este tipo de problema.

IV. Marco de referencia

En el ámbito general del análisis psicopatológico, y también forense, de las alteraciones de la cognición o inteligencia podemos encontrar diferentes nomenclaturas como son las de retraso mental, retardo mental, oligofrenia, deterioro intelectual, y las distintos tipos de demencias o daño orgánico cerebral, secundarios a ellos. El retraso mental y las oligofrenias² se oponen a las demencias, ya que ellas son deterioros de una inteligencia que se había desarrollado normalmente (Ey, 1985).

1. Características del retraso mental

En el retraso mental existe una insuficiencia congénita del desarrollo³ de la inteligencia.⁴ Principalmente corresponden a una detención en la evolución o desarrollo del funcionamiento psicológico a un nivel más o menos deficitario, donde el funcionamiento intelectual generalmente se encuentra por debajo del promedio, con deficiencias de adaptación y que se manifiesta durante el período

2 Caracterizada por el insuficiente desarrollo de las formas complejas de la actividad psicológica, fundamentalmente de la cognoscitiva.

3 Se refiere a los cambios cualitativos que van ocurriendo simultáneamente en las estructuras psico-físicas (organización espacial y sistémica) y a la diversificación de funciones de complejidad creciente que dichos sistemas van adquiriendo a lo largo del ciclo vital. El crecimiento y el desarrollo son los cambios que se producen como producto de la interacción permanente entre el organismo y su medio ambiente.

4 La inteligencia la podemos entender como “la facultad personal de adaptarse a nuevas exigencias, utilizando para ello adecuadamente las pautas del pensar de que disponga” (Stern, 1912) o la “facultad compuesta o global del individuo de actuar adecuadamente, pensar razonablemente y relacionarse efectivamente con su mundo circundante” (Wechsler, 1958).

de desarrollo y la vida posterior (Grossman, 1973). Es decir, el retraso mental no consiste sólo en tener una menor inteligencia, sino en tener problemas frecuentes en la capacidad de adaptación y la socialización⁵ del individuo en general durante toda su vida.

Podemos encontrar que las principales definiciones para el retraso mental se centran en aquellas manifestaciones psicológicas que se hallan en la línea de funcionamiento intelectual⁶ inferior a la media estadística y con dificultad de adaptación al entorno.⁷ Un principio general del retraso mental es que la edad mental es siempre inferior a la edad cronológica⁸.

El sujeto con retraso mental se va haciendo progresivamente consciente de su diferencia con respecto a los demás, lo cual provoca una baja autoestima, especialmente en el retraso mental leve ya que en los otros casos es difícil que el niño pueda tomar conciencia de ello. La lentitud y el desinterés dan lugar a una especie de inercia mental, la cual implica que las adquisiciones puedan proseguirse más tarde que en el individuo normal (Ey, 1996), generándose un círculo vicioso entre los factores de predisposición y los de mantenimiento. Los principales rasgos de inmadurez son una exagerada fijación parental, necesidad de protección, falta de autonomía, limitación de su interés a su propia persona y un estrecho campo de sus actividades. Todos ellos son elementos de relevancia forense.

2. Enfoques de abordaje

Dada la variada presencia de variables vinculadas con el retraso mental es bueno tener presente que existen múltiples enfoques de abordaje. En el primer abordaje destacan una tendencia biomédica, la que se centra en la presencia de lesiones en el cerebro. La segunda es una tendencia con acento más bien sociocultural donde se destaca el papel de la privación social y sus repercusiones por la falta de estimulación en la primera infancia y las posteriores dificultades en los procesos de aprendizaje escolar, y eventualmente los problemas de adaptación al medio.

Como complemento a lo anterior destaca el enfoque psicométrico que es el que califica a los sujetos con el concepto de coeficiente intelectual. Si éste es inferior a dos desviaciones típicas de la medida fijada para la población normal se habla de retraso mental. Podemos encontrar que la inteligencia se distribuye en una

5 Es la adquisición de una identidad biológica, psicológica y social que equilibre las necesidades del individuo con las del contexto social en el que está inserto.

6 Las facultades intelectuales deben ser comprendidas como función de dos factores. De un factor general que es común a todas las facultades y de un factor especial que sirve de base a cada facultad individual (Spearman, 1927).

7 Durante el Siglo XX predominan estos dos criterios en la definición del Retraso Mental: la distribución estadística de la inteligencia y en los problemas de la conducta adaptativa.

8 Un niño de 9 años con una edad mental de 3 años no es lo mismo que un niño con una edad mental de 7 años.

campana de Gauss a través de diversos valores de coeficiente intelectual, y su correspondiente clasificación. Este es el enfoque más relevante en el ámbito forense. La distribución más usualmente utilizada es la siguiente:

Coeficiente Intelectual	Clasificación
• inferior a 20-25	Retraso mental profundo
• 20-25 a 35-40	Retraso mental grave
• 35-40 a 50-55	Retraso mental moderado
• 50-55 a 70-75	Retraso mental leve
• 70-75 a 80-85	Inteligencia limítrofe
• 80-85 a 90-95	Normal lento
• 90-85 a 110-115	Nivel intelectual normal
• 110-115 a 145-150	Superior a la normalidad
• superior a 145-150	Superdotado

Las pruebas psicológicas más utilizadas para discriminar estos rangos son las escalas de inteligencia, donde destacan las escalas de Wechsler (WAIS, WISC, WAIS III, WISC-R), la escala de Stanford Binet, la escala de inteligencia de Terman-Merril, test gestáltico visomotor de Bender, test de retención visual de Benton, el test de dominó y el test de la figura compleja de Rey.

3. El retraso mental en los sistemas de clasificación de trastornos mentales

En el estudio de los trastornos mentales⁹ se destacan dos sistemas de clasificación en el ámbito internacional. Estos son el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM) y la Clasificación Internacional de Enfermedades y Trastornos Mentales (CIE). En ambos podemos encontrar una gran similitud taxonómica entre la conceptualización del retraso mental, destacándose su carácter descriptivo de ordenamiento¹⁰, a través de la enumeración de un conjunto de síntomas, por lo que no existe una pretensión de abarcar problemas de índole explicativo o etiológico. Sin embargo, son los sistemas que se sugieren sean ocupados en las evaluaciones forenses de los trastornos mentales de imputados o víctimas.

9 En el ámbito de las clasificaciones de trastornos mentales podemos decir que un trastorno mental es un conjunto de síntomas que constituyen una entidad clínica particular única, y distinguible de otras por poseer un carácter propio.

10 El desarrollo de estos modelos responde a la intención de generar sistemas de clasificación que cumplieran con criterios de comunicabilidad entre expertos psiquiatras y psicólogos, y que permitiera la utilización de una nomenclatura universal.

3.1. El DSM – IV R y el retraso mental

El DSM-IV R es la última edición de clasificación de los trastornos mentales que se ha efectuado por parte de la Asociación Psiquiátrica Americana (APA) el año 2002.¹¹

La gran ventaja que existe en la utilización del DSM-IV R como herramienta de abordaje de los trastornos mentales en el ámbito de la psiquiatría y la psicología forense es la existencia de un sistema de evaluación multiaxial¹². Este permite tener un espectro más completo en el abordaje de los trastornos mentales en el ámbito forense (Anker, 2007). El DSM IV R incluye cinco ejes: el eje uno es de trastornos clínicos y otros problemas que pueden ser objeto de atención clínica, el eje dos es de trastornos de la personalidad y retraso mental (que es lo que nos interesa para este estudio), el eje tres que considera enfermedades médicas, el eje cuatro sobre problemas psicosociales y ambientales y el eje cinco que es una evaluación de la actividad global del sujeto.

De acuerdo al DSM IV R los criterios que se deben presentar para el diagnóstico de retraso mental son tres:¹³

- A. Capacidad intelectual significativamente inferior al promedio: un CI aproximadamente de 70 o inferior en un test de CI administrado individualmente (en el caso de niños pequeños, un juicio clínico de capacidad intelectual significativamente inferior al promedio).
- B. Déficit o alteraciones concurrentes de la actividad adaptativa actual (esto es, la eficacia de la persona para satisfacer las exigencias planteadas para su edad y por su grupo cultural), en por lo menos dos de las áreas siguientes: comunicación, cuidado personal, vida doméstica, habilidades sociales/interpersonales, utilización de recursos comunitarios, autocontrol, habilidades académicas funcionales, trabajo, ocio, salud y seguridad.
- C. El inicio es anterior a los 18 años.

Según el grado de gravedad correspondiente al nivel de afectación intelectual este manual distingue:

- Retraso mental leve: donde el Coeficiente Intelectual está entre 50-55 y aproximadamente 70.
- Retraso mental moderado: donde el Coeficiente Intelectual está entre 35-40 y 50-55.

11 En ella se han reordenado y mejorado las sistematizaciones de las anteriores publicaciones, desde el DSM-I, del año 1952, hasta el último que fue el DSM-IV del año 1994.

12 A los elementos básicos de demarcación de los trastornos mentales se le suman los antecedentes y la dinámica familiar, la presencia de enfermedades médicas importantes, el nivel de ajuste, la historia predelictual, la personalidad, etc.

13 En esta definición no menciona ni la causa (puede ser causado por factores sociales, emocionales o por un defecto biológico) del retraso, ni su (in)curabilidad. Aquí el retraso mental se define exclusivamente en función de la conducta.

- Retraso mental grave: donde el Coeficiente Intelectual está entre 20-25 y 35-40.
- Retraso mental profundo: donde el Coeficiente Intelectual es inferior a 20 o 25.
- Retraso mental de gravedad no especificada: cuando existe clara presunción de retraso mental, pero la inteligencia del sujeto no puede ser evaluada mediante los test usuales.

Cuando el sujeto está entre el retraso mental y la inteligencia normal, este manual habla de capacidad intelectual límite, habiendo un intervalo de CI superior al que se exige para el retraso mental, que va generalmente entre 71-84.

Se hace presente que en la puntuación del coeficiente intelectual puede existir un error en la medición de aproximadamente 5 puntos, lo cual depende del instrumento de evaluación, por lo que para una buena evaluación del retraso mental se requiere una cuidadosa consideración de toda la información del sujeto disponible. Esto es de extrema importancia en el ámbito forense, ya que, como vamos a ver, muchas veces las evaluaciones a los imputados son superficiales ya que se centran sólo en el resultado de la medición del coeficiente intelectual, pudiendo existir error en su medición.

Además puede suceder que un sujeto que tenga un retraso mental pueda presentar más de un trastorno en este eje, situación que en el ámbito forense es bastante frecuente, por ejemplo, un imputado con un retraso mental leve y un trastorno antisocial de personalidad, por lo cual se hace necesario especificar cuál representa el diagnóstico principal.¹⁴

3.2. El CIE - 10 y el retraso mental

La “Clasificación de los Trastornos Mentales y del Comportamiento: descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico” es la publicación oficial de la clasificación de los trastornos mentales que realiza la OMS¹⁵.

Para el CIE -10 el retraso mental se caracteriza por ser “un trastorno definido por la presencia de un desarrollo mental incompleto o detenido, caracterizado principalmente por el deterioro de las funciones concretas de cada época del desarrollo y que contribuyen al nivel global de la inteligencia, tales como las funciones cognoscitivas, las del lenguaje, las motrices y la socialización. El retraso mental puede acompañarse de cualquier otro trastorno somático o mental”.

14 En este eje (eje 2) se pueden consignar además los rasgos personalidad, características desadaptativas y/o mecanismos de defensa más utilizados por el individuo que no necesariamente constituyen un trastorno mental, tal de poder hacer alguna relación causal entre ellos y el delito materia de investigación.

15 Esta va en su décima versión, publicada el año 1992, apareciendo su primera publicación en la década del sesenta.

Podemos observar que el abordaje diagnóstico que se hace es similar al que realiza el DSM donde “deben estar presentes un deterioro del rendimiento intelectual, que da lugar a una disminución de la capacidad de adaptarse a las exigencias cotidianas del entorno social normal. Los trastornos somáticos o mentales asociados tienen una gran repercusión en el cuadro clínico y en el rendimiento. La categoría diagnóstica elegida debe, por tanto, basarse en la evaluación de la capacidad global, al margen de cualquier déficit de un área o de una capacidad concretas”. Por tanto, el énfasis diagnóstico está puesto en la valoración de diversas áreas asociadas a la vida del sujeto.

Al igual que el DSM – IV TR este sistema diagnóstico divide los retrasos de menor a mayor gravedad en las siguientes categorías:

- Retraso Mental Leve: Coeficiente Intelectual de 50 a 69.
- Retraso Mental Moderado: Coeficiente Intelectual 35 a 49.
- Retraso Mental Grave: Coeficiente Intelectual 20 a 34.
- Retraso Mental Profundo: Coeficiente Intelectual inferior a 20.

En el caso del retraso mental leve este manual de clasificación refiere que los sujetos “adquieren tarde el lenguaje, pero la mayoría alcanza la capacidad de expresarse en la actividad cotidiana, de mantener una conversación y de ser abordados en una entrevista clínica. Las mayores dificultades se presentan en las actividades escolares y muchos tienen problemas específicos en lectura y escritura [...] existe también una falta de madurez emocional o social notables, pueden presentarse consecuencias del déficit, por ejemplo, para hacer frente a las demandas del matrimonio o la educación de los hijos o dificultades para integrarse en las costumbres y expectativas de la propia cultura.

A su vez, en el retraso mental moderado se puede observar que los sujetos ya tienen importantes dificultades cognitivas y adaptativas, y “presentan una lentitud en el desarrollo de la comprensión y del uso del lenguaje y alcanzan en este área un dominio limitado. La adquisición de la capacidad de cuidado personal y de las funciones motrices también están retrasadas, de tal manera que algunos de los afectados necesitan una supervisión permanente [...] de adultos, las personas moderadamente retrasadas suelen ser capaces de realizar trabajos prácticos sencillos, si las tareas están cuidadosamente estructuradas y se les supervisa de un modo adecuado. Rara vez pueden conseguir una vida completamente independiente en la edad adulta. Sin embargo, por lo general, estos enfermos son físicamente activos y tienen una total capacidad de movimientos”.

En el caso del retraso mental grave las capacidades físicas y psicológicas del individuo están fuertemente afectadas y “padecen un grado marcado de déficit motor o de la presencia de otros déficits que indica la presencia de un daño o una anomalía del desarrollo del sistema nervioso central, de significación clínica”. Una persona en esta categoría es incapaz de tener un desarrollo social adecuado y requiere una permanente supervisión.

Por último, el retraso mental profundo es la categoría cuyo coeficiente intelectual es inferior a 20, lo cual “significa en la práctica que los afectados están totalmente incapacitados para comprender instrucciones o requerimientos o para actuar de acuerdo con ellas. La mayoría tienen una movilidad muy restringida o totalmente inexistente, no controlan esfínteres y son capaces en el mejor de los casos sólo de formas muy rudimentarias de comunicación no verbal. Poseen una muy limitada capacidad para cuidar sus necesidades básicas y requieren ayuda y supervisión constantes”.

V. Descripción de los resultados

1. Incidencia de delitos sexuales y juicios Orales en Chile

Durante el año 2007 ingresaron un total de 1.078.307 causas al sistema de justicia criminal y un total de 16.945 causas de delitos sexuales, lo que corresponde al 1,57% del total de ingresos. Este porcentaje de incidencia varía entre regiones en un poco más de 1 punto porcentual hacia arriba, y medio punto porcentual hacia abajo.¹⁶

El promedio nacional de imputados de delitos sexuales por cada 100.000 habitantes es de 116,2¹⁷ y el abuso sexual de menor de edad es el delito sexual que más ingresos presenta a nivel nacional con un 34,3% de los ingresos, seguido por el abuso sexual de adulto.¹⁸

Respecto de los términos en delitos sexuales el 30,21% fueron salidas judiciales y el 61,73% términos facultativos.¹⁹

La celebración de juicios orales en delitos sexuales ha sido escalonada conforme al proceso de aplicación de la reforma procesal penal en Chile. El año 2001 se celebraron los primeros 7 juicios orales, 34 juicios orales el 2002, 87 el 2003, 188 juicios orales el 2004, 462 juicios orales el 2005, 652 juicios orales el 2006, 846 juicios orales el 2007, y 158 juicios orales el primer semestre del 2008²⁰.

16 UEDSV, Anker, Manríquez; 2007.

17 En el caso de las víctimas podemos observar que el promedio nacional es de 117,76 víctimas de delitos sexuales por cada 100.000 habitantes.

18 Op. Cit.

19 La salida judicial más frecuente es la sentencia condenatoria con un 13,24% del total de términos, seguido por la facultad de no investigar con 6,08%. En el caso de los términos facultativos podemos observar que el archivo provisional es la forma de término más frecuente con 47,79% del total de términos, seguido por la decisión de no perseverar con un 6,43% (Anker, Manríquez, 2008).

20 El primer semestre se han contabilizado 328 juicios orales pero de ellos sólo se cuenta con 158 sentencias. Por lo tanto para este estudio se contó con un total de 2434 sentencias de juicio oral, ya que aproximadamente 170 sentencias del primer semestre de 2008 aún no están en la base de datos.

Es decir, hasta el primer semestre del 2008 se han celebrados aproximadamente 2400 juicios orales de delitos sexuales en todo Chile.

De ellas el promedio nacional de sentencias condenatorias en Juicios Orales ha sido de un 84,4%, habiendo un rango entre las regiones que va desde 93,8% a un 72,9%.

2. Características de los imputados en delitos sexuales

Los delitos sexuales son cometidos preferentemente por imputados de sexo masculino en un 97% del total de causas, y sólo un 3% a imputados de sexo femenino, no existiendo variación entre los años.

Respecto de las edades los imputados de los delitos sexuales tienen más de 18 años en un 91% de los casos, 5% entre los 16 y 17 años y un 4% menos de 16 años. La edad promedio de los imputados es de 36 años aproximadamente y la desviación estándar es aproximadamente 15 años.

En términos de cuartiles el 25% de los imputados registra menos de 25 años de edad, el 50% registra menos de 36 años de edad y el 75% registra menos de 46 años.²¹

3. El retraso mental en imputados de delitos sexuales

Del total de las 2434 sentencias analizadas se pudieron identificar 145 casos donde se discutió y relacionó la presencia de un retraso mental en el acusado (que también incluyó nomenclaturas como retardo mental, oligofrenia y daño orgánico cerebral) y sus posibles repercusiones en la imputabilidad.

Por tanto la incidencia de casos donde se relacionó el retraso mental con la imputabilidad, y la imputabilidad disminuida en juicios orales desde el inicio de la reforma procesal penal hasta el primer semestre de 2008, es de un 6% del total de casos.

De estos 145 juicios orales de delitos sexuales, en 7 casos hubo absolución, lo cual corresponde a un 95% de casos con sentencia condenatoria²², y en 8 casos se recalificó el delito o se condenó por un delito y se absolvió por otro delito.

En 88 casos se habló de retardo mental, siendo todavía la nomenclatura más utilizada²³, en 50 casos de retardo mental y retraso mental, en 7 casos de retraso mental, y de todos ellos, en 10 casos de oligofrenia²⁴.

Una nomenclatura frecuente utilizada fue la de daño orgánico cerebral (D.O.C.), la que se utilizó en un total de 65 casos, donde en 52 casos se asoció a retraso

21 Op. Cit.

22 10 puntos porcentuales más alto que la media nacional en el total de delitos sexuales.

23 No obstante, tanto el DSM IV TR y el CIE 10 hablan de retraso mental.

24 Principalmente por parte de una perito psicóloga de la V Región, siendo una nomenclatura desactualizada.

mental y 14 casos a deterioros de tipo demencial, especialmente secundarios al uso de alcohol o drogas.

Por tanto el concepto de daño orgánico cerebral ha estado asociado a la presencia de un retraso mental en un 78% de las causas.

Dentro de las manifestaciones conductuales que más frecuentemente se presentaron en los sujetos con retraso mental estuvo el consumo de alcohol y/o drogas.

Así, en el 31% de los imputados con un diagnóstico de retraso mental hubo consumo de alcohol, en 22% consumo de alcohol y drogas y en un 2% sólo consumo de drogas. Este antecedente es relevante debido a los efectos que tiene el uso de estas sustancias en la capacidad cognitiva de los sujetos. En general, fueron estos casos los que se asociaron a daño orgánico cerebral además de la presencia de retraso mental.

4. Retraso mental e imputabilidad disminuida por categorías

Cuando se relaciona la incidencia que tuvo el retraso mental en sus diversas categorías diagnósticas, y la alegación de inimputabilidad y/o imputabilidad disminuida, encontramos diversos argumentos tanto jurídicos y forenses asociados al tipo de retraso, su influencia en la conducta y a la imputabilidad, especialmente la dimensión cognitiva o intelectual de la misma. A este respecto podemos recordar que la naturaleza de la imputabilidad²⁵ corresponde a un concepto jurídico-penal de carácter normativo, con fundamento ontológico, y cuya existencia exige la concurrencia de dos elementos, a saber:

En primer lugar un elemento intelectual-valorativo de la comprensión, que supone la capacidad que tiene el sujeto para comprender el injusto base de su actuar perteneciente a un ámbito jurídico penal determinado, y en segundo lugar, un elemento volitivo, que es la capacidad para autodeterminarse conforme a derecho.²⁶ Si cualquiera de estos dos elementos no está presente en el sujeto, éste es inimputable (Soto, 2007).

De los 145 casos de juicio oral de delitos sexuales donde se alegó que el imputado tenía un retraso mental, lo que se relacionó con la imputabilidad, el 3,4% correspondió a inteligencia normal lento, el 8,3% a inteligencia limítrofe, el 51,7% a la clasificación de retraso mental leve, 16,6% a la clasificación de retraso mental leve a moderado, 13,8% a la clasificación de retraso mental moderado, 0,7% a la clasificación de retraso mental grave, el 0,7% a la clasificación de retraso mental profundo y el 4,8% a retraso mental no especificado.

25 En general, la imputabilidad “es la capacidad de conocer lo injusto del actuar y de determinarse conforme a ese conocimiento” (Cury, E. 2005). Así desde el punto de vista de la teoría del delito, es uno de los elementos que conforman el elemento de culpabilidad, entendido éste como la reprochabilidad personal del hecho típico y antijurídico.

26 Náquira, Jaime, “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, Tomo I, Libro I, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 2002, Santiago, pág. 101.

En un 73% de estas 145 causas no se acogió la solicitud de la defensa de la aplicación de las circunstancias atenuantes del artículo 11 N°1 en relación al artículo 10 N°1 (imputabilidad disminuida) asociada a la presencia de un retraso mental.

A continuación, hay que preguntarse cómo va variando esta incidencia conforme a los distintos tipos de categoría y grado de profundidad del retraso mental. Para ello vamos a partir desde la inteligencia subnormal (inteligencia normal-lento) hacia los grados más graves.

4.1 Inteligencia Normal – Lento

En los casos donde hubo imputados a los que se les diagnosticó una inteligencia normal – lento, y la defensa alegó una atenuante de responsabilidad, **en ninguno de ello se reconoció la imputabilidad disminuida**, especialmente por no haberse acreditado los presupuestos que la hacen procedente, es decir, no existe una influencia significativa en el elemento cognitivo de la imputabilidad.

Esto lo podemos observar en la sentencia del TOP de Los Ángeles del 12-05-2007, RUC N° 06 / 130537-7, en el considerando trigésimo donde se señala:

“Que, se rechazará la petición de la defensa que se acoja la eximente contemplada en el artículo 11 N°1 en relación al artículo 10 N°1 del Código Penal, formulada en la audiencia del prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal, por no haberse acreditado los presupuestos que la hacen procedente.

En efecto, la defensa basó su petición en la deposición de la perito psiquiatra doña Paola Castelli Candi, quien concluyó que el imputado posee un probable retraso mental lo que le provoca una disminución en sus capacidades cognitivas de abstracción, de discernir, de deducir, de evaluar y razonar, y que dicha dificultad se evidencia al escuchar la voz del acusado, sin embargo, como ya se dijo en el considerando vigésimo de esta sentencia, se le restó mérito probatorio a dicha pericia, por considerar que la psiquiatra no contó como ella lo refirió, con un examen de sicometría, el que le permitiera con mayor exactitud confirmar dicha apreciación y establecer en caso de padecerlo, el grado del mismo, por lo que en la mente de estos sentenciadores surgió una duda razonable en cuanto a la exactitud del mismo, y por lo mismo, si efectivamente padece de un retraso mental de la entidad necesaria para estimar que cumple con los cánones necesarios para considerar que padece de una imputabilidad disminuida, máxime si se tuvo en estrados a un perito, también con las calidades suficientes para desarrollar esta experticia como es el médico psiquiatra del Servicio Médico Legal de Concepción don Víctor Hugo Martín Trujillo, quien explicó que además de efectuarle una entrevista clínica y el examen mental, contó con la pericia psicológica idónea para determinar su coeficiente intelectual, todo lo cual, le permitió tener otras variables objetivas en consideración, las que en su conjunto, le otorgaron una mayor certeza para establecer su diagnóstico, y es por tales motivos que este Tribunal, le dio valor probatorio, además por haber dado suficientemente razón de sus dichos, puesto que explicó, que en el examen de inteligencia

pudo ser evaluado en el área verbal y no manual porque presentaba algunos impedimentos visuales, y que en la primera área es posible determinar que tiene un nivel normal, en la categoría normal lento, pero que ello sólo se debe a la falta de instrucción, vale decir, por el hecho de no haber tenido ni siquiera un mínimo de educación escolar, y en aquellos aspectos en que precisamente para que pueda responder bien sólo requiere haber tenido instrucción, pues en todo lo que tiene que ver en la comprensión y la planificación tiene un nivel bastante aceptable.

Agregó que, desde el punto de vista clínico, durante la entrevista, llama también la atención que a él, le respondió rápidamente las preguntas, sin titubeos, y en forma bastante adecuada sus respuestas y eso también a él en la entrevista le entrega una impresión clínica, que si bien él no tuvo instrucción, el potencial intelectual si hubiese tenido una escolaridad habría sido mayor, más que normal promedio.

Además el Tribunal emite una valoración de la conducta del imputado a través del reporte de peritos y testigos”.

4.2 Inteligencia límite

Como mencionamos, la inteligencia límite es aquel rango que está justo sobre el retraso mental leve. Respecto a la presencia de casos con imputados con este tipo de inteligencia podemos encontrar la siguiente incidencia de casos donde se rechazó la imputabilidad disminuida:

Del total de casos donde se diagnosticó una inteligencia límite, en ninguno de ellos se reconoció la imputabilidad disminuida. Sólo hubo un caso donde se aplicó una medida de seguridad debido a que el imputado tenía una psicosis paranoide (trastorno delirante), donde la actividad delirante gatilló una pérdida del juicio de la realidad en el acusado. El nivel intelectual no fue sometido a análisis.

En general el razonamiento de los tribunales se orientó a que este grado de discapacidad cognitiva era insuficiente para constituir una imputabilidad disminuida. Así podemos encontrar que en la sentencia del sexto TOP de Santiago del 05-03-2007, RUC N° 04 / 265106-6, en el considerando sexto:

“De los informes psicológico y psiquiátrico acompañado por la Defensa y del informe sobre facultades mentales del Servicio Médico Legal, acompañado por el Ministerio Público, no se desprende que la víctima presente situaciones de psicosis, alteraciones mentales ni retardo mental, en los términos que exige el artículo 10 N° 1, y que pueda ser relacionado con el artículo 11 N° 1, ambos del Código Penal. Teniendo presente que el término límite (coeficiente intelectual con rango límite), no significa retardo mental, a la vez que ese informe no se encuentra suscrito, por lo que, como ya se dijera, no puede ser considerado para estos efectos.

A la vez, que entre el informe psicológico presentado por la defensa y el informe sobre facultades mentales presentado por el Ministerio Público, el tribunal prefiere este último, por ser emitido de un organismo público, de

dilatada trayectoria en cuanto a peritajes se refiere, en tanto que el primero no ha sido refrendado por su autor.

Por todo lo expuesto, se desestima la petición de la defensa del encausado, en cuanto solicita se considere que le beneficia la atenuante de responsabilidad penal consagrada en el artículo 11 N° 1 del código del ramo, en relación con el artículo 10 N° 1 del mismo cuerpo legal.”

4.3 Retraso Mental Leve

Como se mencionó, el retraso mental leve fue la categoría de mayor incidencia con un 51,7%²⁷ en los casos analizados. En ellos podemos ver que en **77% de las causas fue desestimada la solicitud de una eximente incompleta** producto de una imputabilidad disminuida.

Lo que resulta interesante del punto de vista del diagnóstico forense es que en esta categoría el CIE-10 señala que “las dificultades emocionales, sociales y del comportamiento de los enfermos con retraso mental leve, así como las necesidades terapéuticas y de soporte derivadas de ellos, están más próximas a las que necesitan las personas de inteligencia normal que a los problemas específicos propios de los enfermos con retraso mental moderado o grave”.

Es así, e igual que en las categorías antes mencionadas, como el principal argumento que entregaron los tribunales es que este grado de retraso no es suficiente para la consideración de una imputabilidad disminuida. Así podemos ver en la Sentencia TOP de Coyhaique del 12-12-2007, RUC N° 07 / 94647 – 2, en el considerando decimoséptimo:

“Que respecto de las modificatorias de responsabilidad penal que al efecto concurren, el Tribunal desestimaré la atenuante contenida en el N°1 del artículo 11, en relación al N° 1 del artículo 10, ambos del Código Penal, por estimar que del mérito de la prueba pericial psiquiátrica y psicológica, se estableció que el acusado, si bien presenta un retardo mental leve, éste no es suficiente para estar en presencia de una imputabilidad disminuida”.

Esta línea de argumentación también la recoge la sentencia del TOP de Linares del 20-10-2004, RUC N° 03 / 189782 - 8, en el considerando duodécimo donde se refiere:

“Que no se acoge la minorante del artículo 11 N°1 en relación a la eximente del artículo 10 N°1, ambas del Código Penal, porque a juicio de estos jueces el retardo mental leve del cual padece el acusado, no constituye ni aún en su mínima medida una circunstancia que le haya impedido obrar con conocimiento de lo que estaba haciendo, puesto que como quedó en evidencia en

27 En esta categoría hubo un caso donde se aplicó una medida de seguridad, la cual estuvo motivada específicamente por la presencia de un trastorno epiléptico crónico que le gatillaban estados psicóticos confusionales y conductas agresivas y antisociales. El retardo mental leve sólo fue mencionado para catalogar el nivel intelectual y no fue el motivo de la aplicación de la medida de seguridad. También nos encontramos con 3 casos con absolucón y 3 casos donde se condena por uno de los delitos y se absuelve por el otro.

la audiencia, conforme a lo escuchado a la perito psiquiatra Nadia Núñez Ursic; quien al efecto manifestó que le tocó realizar un examen psiquiátrico del acusado, el que presentó un trastorno de personalidad orgánico, con un retardo mental leve con C. I. de 64 puntos, pero que, tiene capacidad para distinguir lo bueno de lo malo, que no presenta alteraciones en el pensar, ni en lo instintivo, que se presenta lúcido temporalmente, que no presenta un trastorno mental de los señalados en el artículo 10 número 1 del Código Penal; que no presenta una demencia o enajenación mental que lo hagan inimputable, porque no le compromete el juicio de realidad, no es demente, es cuerdo, no está sicótico, y que el acusado no calza en ningún grado de la demencia del artículo antes referido; y corroborado por estos jueces al escuchar al mismo acusado en el juicio; quien, a su vez, fue claro en señalar que es inocente de los cargos que se le imputan, que es capaz de “jurárselo”, y que siempre ha sido un hombre tranquilo, respetuoso, que se siente enfermo, que dice la firme como hombre que es; éste no tiene alterado el juicio de la realidad. Más aún cuando el bien jurídico afectado en esta clase de delitos, esto es, la indemnidad sexual, es fácilmente reconocible, bastando para ello que el sujeto activo pueda comprender y entender, levemente las consecuencias de su actuar.

Por su parte no cabe pensar que basta el simple diagnóstico de alguna anomalía para constituir atenuante; por el contrario, siempre debe relacionarse su existencia con el acto concreto que el autor ha realizado, para determinar la forma en que aquella ha influido en la realización de éste [...] Más aún, todavía, es la propia defensa, la que presenta un testigo que apunta a desvirtuar esta atenuante, a saber, doña Elizabeth Del Carmen Norambuena Cifuentes, quien es clara en señalar, que el acusado es una persona normal”.

Podemos observar que este tribunal pone énfasis en la necesaria conexión que debe existir entre el trastorno mental y la conducta delictiva correspondiente, la cual en el caso expuesto no se pudo acreditar. Se pone énfasis también en la noción que tenía una testigo del imputado respecto a su comportamiento social. Así es importante conocer el nivel de adaptación social que pudo tener el imputado en su plano vital, por lo que los tribunales no han centrado su valoración solamente en criterios diagnósticos o psicométricos.

4.4 Retraso Mental Leve a Moderado

Esta categoría se consideró debido a que en la evaluación de inteligencia de los imputados existió una indefinición diagnóstica y los sujetos evaluados se ubican en el rango de un retraso mental de leve o moderado. **El rechazo de reconocimiento de imputabilidad disminuida en esta categoría fue de un 62%.**

En muchos de estos casos hubo discusión entre los peritos sobre qué grado de retraso existía, lo cual tuvo que ser tomado en cuenta por los tribunales. En una sentencia del TOP de Linares de 04-12-2004 RUC N° 04 / 115998- K, en el considerando sexto se refiere:

“Que, se desestima la circunstancia atenuante del artículo 11 N°1, en relación con el artículo 10 N°1, ambas del Código Penal, por cuanto para que ella se

pueda admitir aún como eximente incompleta es menester que concurra el elemento básico o esencial de la misma, cual es, el trastorno mental, cuyo no es el caso del acusado, por cuanto aún cuando su capacidad cognitiva y volitiva al decir de los peritos que lo examinaron se encuentre alterada, ello no lo transforma en loco o demente en los términos que lo exigen las disposiciones legales citadas, en virtud de las cuales, para que se rompa, aún en una medida incompleta, la presunción de imputabilidad, es necesario que el sujeto activo no comprenda el carácter injusto de su actuar o bien, no se autocontrole conforme a derecho, precisamente por afectarle algún trastorno mental, lo que no se justificó en el juicio, no obstante lo manifestado por la perito psiquiatra Nadia Núñez Ursic y el psicólogo Luis Basoalto Flores, por cuanto el retardo mental leve y el daño orgánico cerebral que pesquisarón en el acusado, no probaron que afectara su capacidad para distinguir lo lícito de lo ilícito y conformar su actuar en términos generales a derecho, en alguna medida importante que pudiera permitir atenuar su culpabilidad. Condición que corroboraron estos jueces al escuchar al acusado en la audiencia, al hacer libre uso de la palabra después de los alegatos de clausura, donde manifestó que las cosas no habían sucedido como en el juicio se habían dicho y que si él la hubiere tomado a la víctima por la cabeza, los médicos le habrían encontrado alguna lesión en ese lugar del cuerpo. Advirtiendo, entonces, estos magistrados en sus expresiones un pensamiento, coherente, hilado y razonado. Conclusión que, por cierto, no afecta el valor probatorio de las pericias practicadas por los profesionales mencionados, sólo que en este contexto, el perito forense evalúa y es el juez penal quien decide si la alteración en las capacidades cognitivas y /o volitivas del acusado son de tal gravedad que permitan fundar en ellas una consecuencia jurídica como lo es, la inimputabilidad”.

En la misma línea la séptima sala del TOP de Santiago en la sentencia del 10-10-2006 RUC N° 05 / 357005-5, en el considerando séptimo razona sobre la indeterminación diagnóstica antes mencionada y sobre la necesidad de precisar el grado de retraso mental mediante técnicas de medición. Al respecto refiere:

“Que respecto de la solicitud de la defensa, en cuanto a reconocer la atenuante establecida en el N°1 del artículo 11 del Código Penal en relación con el artículo 10 del mismo cuerpo legal, este Tribunal la rechaza por estimar que no se acreditaron sus fundamentos.

Que, de acuerdo a las declaraciones prestadas por ambas peritos, psiquiatra y psicóloga, el acusado presentaría un retardo mental moderado para la primera y leve para la segunda, no sabe leer ni escribir y sus facultades intelectuales se encuentran disminuidas, sin embargo, a pesar de ello está en condiciones de distinguir entre el bien y el mal, lo que se comprobó a través de la psiquiatra Gutiérrez, quien refirió que Zambrano Donoso sabía las razones por las cuales estaba acusado, señalándole “qué cómo podría haber hecho algo así”, lo que demuestra que está en condiciones de efectuar una valoración de los hechos y consecuentemente, que tenía conciencia de lo injusto de su actuar.

Que, para dar por establecida la circunstancia atenuante de responsabilidad invocada por la Defensa, no basta con el diagnóstico de una anomalía o perturbación mental, en este caso, un retraso mental entre leve y moderado, atendido a que sólo se presenta como una hipótesis sin un respaldo científico que lo compruebe, sin perjuicio además de tener presente, que el Tribunal estimó como poco serias las afirmaciones de la psiquiatra en este caso. Sin dudar de la idoneidad profesional de la psiquiatra María Soledad Gutiérrez, se advirtió que las argumentaciones de las cuales se valió para afirmar su diagnóstico clínico no fueron suficientemente convincentes, como ya se dijo, no fueron apoyadas por un medición científica y fueron entregadas en forma confusa y explicitadas en términos generales, de manera tal que no fue posible obtener la certeza de que efectivamente el acusado padeciera de un retraso mental en la categoría que se le incluyó”.

4.5 Retraso Mental Moderado

En el caso de retraso mental moderado en un 60% no se acogió la solicitud de la defensa de la aplicación de las circunstancias atenuantes del artículo 11 N°1 en relación al artículo 10 N°1, lo cual nos señala un aumento de aquellos casos donde los tribunales aceptaron la tesis de una imputabilidad disminuida.

Hay que hacer presente que a diferencia del retraso mental leve, y tal como lo señala el CIE-10, aquí estamos en presencia de manifestaciones donde “el nivel de desarrollo del lenguaje es variable, desde la capacidad para tomar parte en una conversación sencilla hasta la adquisición de un lenguaje sólo suficiente para sus necesidades prácticas. Algunos nunca aprenden a hacer uso del lenguaje, aunque pueden responder a instrucciones simples. Algunos aprenden a gesticular con las manos para compensar, hasta cierto grado, los problemas del habla [...] en una proporción pequeña pero significativa están presentes un autismo infantil o trastornos del desarrollo, los cuales tienen una gran repercusión en el cuadro clínico y en el tipo de tratamiento necesario. También son frecuentes la epilepsia, los déficits neurológicos y las alteraciones somáticas, sobre todo en los retrasos mentales moderados, a pesar de lo cual la mayoría pueden llegar a ser capaces de caminar sin ayuda”.

Es por ello, y dada la laxitud diagnóstica que se pudo observar en muchas sentencias por parte de los peritos, los tribunales fueron exigentes en la forma que se hacían las evaluaciones y conclusiones, en especial al haber discrepancias entre los peritos de las partes intervinientes. Al respecto podemos ver en la sentencia del TOP de Iquique del 24-11-2005, RUC N° 06 / 511-3, en el considerando duodécimo:

“Que no se acogerá la atenuante de responsabilidad penal establecida en el artículo 11 N°1 del Código Penal, alegada por la Defensa de Francisco Venegas Véjar, toda vez que el perito psiquiatra Jorge Seguel Cáceres, expresó en la audiencia que éste poseía un juicio de realidad conservado, lucidez, con capacidad de manejo de datos y de la entrevista, concluyendo que se trata de un paciente que presenta problemas cognitivos que se traducen en un retardo mental moderado, pero que tiene pleno discernimiento para entender

lo que pasa, por lo que lo considera imputable, es decir con las capacidades necesarias para distinguir entre lo correcto e incorrecto, o entre lo bueno y lo malo, como para conducirse de conformidad a estos parámetros [...] Lo anterior, no puede considerarse dentro de los presupuestos del artículo 11 N°1 del Código Penal, desde que el consumo de alcohol y drogas del enjuiciado ha sido voluntario y porque tal ingesta de estupefacientes, no es el origen de las patologías a que se refiere el artículo 10 N°1 del mismo texto legal. Debe considerarse además, que conforme lo expuso el experto, no sometió al imputado a ningún tipo de instrumentos objetivos de evaluación, cuyos resultados pudiesen ser apreciados por el Tribunal y que hubiesen servido de respaldo a sus aseveraciones efectuadas en estrados. Además, si bien el Compín ha declarado la invalidez total del acusado, según dan cuenta los documentos incorporados por la Defensa de Francisco Venegas, tal limitación se refiere sólo al aspecto laboral, tomando en consideración para ello, el abuso de drogas por parte del imputado, situación que como se ha analizado, ha sido querida por él, ya que tal consumo de estupefacientes, ha sido voluntario, y por tanto ha aceptado las consecuencias de mismo, no habiéndose acreditado por la Defensa que el referido acusado sea adicto en términos tales que de ello se pueda derivar la ausencia absoluta de voluntad en cuanto a ingerir tales sustancias. Se debe tener presente además, que no se acreditó que en el momento de ocurrencia de los hechos el acusado se hubiere encontrado drogado, por el contrario, la testigo Nayaret Estay Leal, presentada por su Defensa, expresó que el acusado mantenía buenas relaciones con su hermano, que el día de los hechos andaba con su polola Carola y que lo vio normal. De ello, ha de inferirse necesariamente, que éste posee habilidades sociales suficientes para conducirse como el común de los miembros de la sociedad”.

También se acentúa el hecho que el enunciar un trastorno de esta entidad debe estar bien fundado en la intervención de un perito, y no solamente mediante antecedentes de discapacidad previos, o a partir de la percepción que existe en su entorno social de las capacidades cognitivas. Al respecto una sentencia del TOP de Los Ángeles del 23-12-2005, RUC N° 04 / 125737-K, en el considerando decimosexto refiere:

“Que, asimismo se rechaza la atenuante del artículo 11 N°1 en relación al artículo 10 N°1 del Código Penal, desde que la prueba rendida al efecto ha sido del todo insuficiente para dicho fin. En efecto, la defensa con tal propósito incorporó prueba documental consistente en dos liquidaciones de pago de pensiones asistenciales, certificado de conducta suscrito por la Directora de una Escuela Especial y fotocopia de la hoja de interconsulta, documentos todos que no pueden acreditar la inimputabilidad invocada, porque el retardo mental, alegado por el defensor, es una situación que debe ser probada por peritos, lo que no se efectuó en la audiencia; que, el hecho que el acusado, reciba una pensión asistencial, no lo hace padecer de tal anomalía, desde que el DL 869 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social estableció un sistema de pensiones para todos los ancianos e inválidos que carecen de

recursos, siendo beneficiados también los mayores de 18 años que estén incapacitados para desempeñar un trabajo normal o que hayan sufrido una disminución en su capacidad de trabajo, de manera que no estén en condiciones de procurarse lo necesario para su subsistencia, sin señalar el tipo de invalidez que se requiere para ser beneficiario de dicha pensión e incluso se le otorga a personas carentes de recursos; que igualmente, del mérito de las liquidaciones de pago de pensiones asistenciales incorporadas, tampoco se puede inferir, dicha eximente incompleta y, por otra parte, la circunstancia de haber estudiado en una Escuela Diferencial, como puede desprenderse del documento extendido en ese sentido, sólo revela que estudió en un establecimiento de ese tipo, pero en caso alguno indica si efectivamente éste tenía algún tipo de retardo y, en su caso, que lo hicieran merecedor de dicha minorante. A mayor abundamiento, no puede determinarse de la prueba documental incorporada, cuanto tiempo estuvo en dicho establecimiento y por otra parte, es necesario tener presente, que de lo expuesto por los propios testigos de la defensa, el acusado desarrollaba una vida normal, con pareja e hijos, trabajando en la vega o como jornalero, e incluso su propia madre, afirmó que no sabía donde estaba su hijo en la actualidad, porque él, ya era adulto, de lo que se desprende que es una persona que puede valerse por sí misma. Que, lo alegado por la defensa para afirmar esta atenuante, en cuanto el acusado tuvo dificultad para decir su nombre, no es una circunstancia anormal en un juicio, pudiendo tener su origen en otros motivos, como un estado ansioso o nervioso”.

Podemos observar que la valoración de los resultados del coeficiente intelectual en el imputado es relativizado por la presencia de factores externos que lo afectan, en este caso una depresión. En este sentido hay que recordar que el test más utilizado para medir el Coeficiente Intelectual, el WAIS (Wechsler para adultos) es una prueba de rendimiento y esfuerzo por lo que el coeficiente intelectual es sensible a disminuirse por el estado de ánimo (cárcel) y por las disposición y motivación a responder bien o mal (situación legal). Se ha visto que los imputados tienden a responder de mala forma para obtener puntajes que sean funcionales a un beneficio procesal. Por lo tanto, el tribunal es lo suficientemente exigente para no caer en un reduccionismo psicométrico.

4.6 Retraso mental grave y retraso mental profundo

Se agrupan estas dos categorías ya que hubo un caso, en cada una, de los cuales en el más grave se aplicó una medida de seguridad, lo cual se trata a continuación. La posibilidad conductual en esta categoría es muy limitada y el CIE-10 destaca en este nivel de retraso que “la comprensión y la expresión del lenguaje, se limitan, en el mejor de los casos, a la comprensión de órdenes básicas y a hacer peticiones simples. Pueden adquirir las funciones viso-espaciales más básicas y simples como las de comparar y ordenar, y ser capaces, con una adecuada supervisión y guía, de una pequeña participación en las tareas domésticas y prácticas. En la mayoría de los casos puede ponerse de manifiesto una etiología orgánica. Lo más frecuente es que se acompañen de déficits somáticos o neurológicos graves que afectan a la motilidad, de epilepsia o de déficits visuales o de audición. También

es muy frecuente la presencia de trastornos generalizados del desarrollo en sus formas más graves, en especial de autismo atípico, sobre todo en aquellos casos que son capaces de caminar”.

5. Imputabilidad, medidas de seguridad y retraso mental

Como señalamos desde el inicio de la reforma procesal penal hasta el primer semestre de 2008 se han celebrado alrededor de 2434 juicios orales. De ellos, encontramos que en sólo 18 casos se estimó que el imputado no era imputable²⁸, es decir en el 0,74% de los casos.

Dentro de los trastornos mentales que han estado presentes como causales de la inimputabilidad, y su consecuente peligrosidad, podemos encontrar que en 8 casos los imputados tenían esquizofrenias (especialmente paranoides), en 4 casos epilepsias, en 3 casos daño orgánico cerebral de tipo demencial, una psicosis paranoide (trastorno delirante) y en dos casos retraso mental (retraso mental moderado con otros trastornos mentales).

Es decir, el 11% de los casos de delitos sexuales donde se ha declarado inimputable al acusado correspondió a un retraso mental, lo cual representa sólo el 0,07% del total de causas de delitos sexuales que llegaron a juicio oral. Sin perjuicio de ello, en 6 casos el retraso mental era una manifestación secundaria al trastorno principal (por ejemplo epilepsia) y no fue el fundamento psicopatológico de la aplicación de dicha medida.

De los dos casos mencionados, donde el retraso mental fue el trastorno de base para la aplicación de la medida de seguridad, podemos encontrar los siguientes fundamentos en sus respectivas sentencias. En la tercera sala del TOP de Concepción del 10-08-2007, RUC N° 04 / 72555-8, a partir de la pericia psiquiátrica rendida el tribunal refiere que:

“...el examinado padece de retardo mental moderado a severo y es demente; que requiere control psiquiátrico permanente y por lo mismo necesariamente debe estar a cargo de una persona que vele por su tratamiento y sea capaz de controlarlo; y que concluyó que el paciente es peligroso para sí y para otras personas” por lo que el tribunal razona que el imputado “...es inimputable por enajenación mental y se encuentra en la situación prevista en el artículo 10 n° 1 del Código Penal, y que existen antecedentes calificados que permiten presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas... y requiere la internación en un establecimiento especial para su adecuada atención, como lo es el Hospital Psiquiátrico de Concepción, en el que permanece internado provisionalmente”.

28 La imputabilidad “es la capacidad de conocer lo injusto del actuar y de determinarse conforme a ese conocimiento” (Cury, 2005). Así desde el punto de vista de la teoría del delito, es uno de los elementos que conforman el elemento de culpabilidad, entendido éste como la reprochabilidad personal del hecho típico y antijurídico.

A su vez en la sentencia del TOP de Angol del 13-11-2003, RUC N° 02 / 29878 - 9, en el considerando quinto, décimo y undécimo se refiere que el imputado:

“...presenta el siguiente diagnóstico: 1) retardo mental moderado; 2) deterioro psico-orgánico; 3) secuelas de maltrato infantil severo; 4) pedofilia. En su conclusión afirma que se trata de un hombre joven, con antecedentes de una familia disfuncional severa, que fue víctima de maltrato físico y psíquico desde pequeño, incluyendo el abandono, y que presenta retardo mental. Tiene trastornos conductuales y reacciones impulsivas desde pequeño (8 años) que no continuaron siendo tratadas; además de las secuelas emocionales, existen antecedentes de un deterioro orgánico de base...”

“que se trata de un joven que padece enfermedades mentales, como son retardo mental moderado, observación de deterioro psico – orgánico, secuelas de maltrato infantil severo y pedofilia, respecto a esta última, en su etapa inicial; por lo que a su juicio no es imputable y requiere, por su conducta y por el riesgo que significa para terceros, de un tratamiento tanto farmacológico como terapéutico, ya que se encuentra en la etapa ideal para iniciarlo y para manejar toda la situación de los impulsos y compulsiones que él reconoce como incorrectos y que solo podrá manejar debidamente si recibe la terapia adecuada; este tratamiento debe ser mantenido en el tiempo de forma ordenada, metódica y sistemática, siendo posible esperar un buen resultado, porque se aplicará en las etapas iniciales de la enfermedad.”

“...que cabe concluir que el requerido se encuentra exento de responsabilidad criminal, por cuanto su caso se encuadra en la situación contemplada en el artículo 10 N° 1 del Código Penal, que exime de responsabilidad al loco o demente, siendo así, no obstante haberse acreditado el hecho punible y su participación en el mismo, no puede ser sancionado penalmente, sino que debe decretarse alguna de las medidas de seguridad solicitada por el Ministerio Público y que la ley señala para estas excepcionales situaciones.”

VI. Conclusiones

A través de este estudio se pudieron obtener datos importantes acerca de las tendencias que existen actualmente en la relación entre el retraso mental de los imputados de delitos sexuales y las alegaciones sobre la imputabilidad e imputabilidad disminuida en juicio, y la presencia de un posible retraso mental en imputados ha sido una discusión recurrente, tanto en la fase de investigación como en los juicios orales.

Pudimos observar que los delitos sexuales son cometidos preferentemente por imputados de sexo masculino en un 97% del total de causas, y sólo un 3% a imputados de sexo femenino. Respecto a sus edades los imputados tienen más de 18 años en un 91% de los casos, 5% entre los 16 y 17 años y un 4% menos de 16 años. La edad promedio de los imputados es de 36 años aproximadamente y la desviación estándar es aproximadamente 15 años.

Del total de las 2434 sentencias analizadas se pudieron identificar 145 casos donde se discutió y relacionó la presencia de un retraso mental en el acusado con su imputabilidad. Por tanto, la incidencia en Juicios Orales de delitos sexuales donde se relacionó el retraso mental con la imputabilidad y la imputabilidad disminuida, desde el inicio de la reforma procesal penal, es de un 6%.

De los casos de juicio oral de delitos sexuales donde se alegó que el imputado tenía un retraso mental y se relacionó con su imputabilidad, el 3,4% correspondió a inteligencia normal lento, el 8,3% a inteligencia limítrofe, el 51,7% a la clasificación de retraso mental leve, 16,6% a la clasificación de retraso mental leve a moderado, 13,8% a la clasificación de retraso mental moderado, 0,7% a la clasificación de retraso mental grave, el 0,7% a la clasificación de retraso mental profundo y el 4,8% a retraso mental no especificado.

En el 73% de las causas analizadas no se acogió la solicitud de la defensa de la aplicación de las circunstancias atenuantes del artículo 11 N°1 en relación al artículo 10 N°1 (imputabilidad disminuida) asociada a la presencia de un retraso mental. Este porcentaje fue variando en relación a la gravedad del delito, existiendo una relación inversamente proporcional entre la gravedad del retraso mental y el rechazo de la solicitud de imputabilidad disminuida.

En el ámbito pericial hubo una fuerte tendencia por parte de los peritos a utilizar un modelo etiológico y psicométrico de los retrasos mentales, dejando de lado otras variables importantes que se exigen hoy en día para el correcto diagnóstico de este tipo de trastornos, como son las variables psicológicas, sociales y adaptativas, unidas a los motivos que pudieran llevar a un sujeto a tener conductas con posibles consecuencias criminales.

En otras palabras, el foco de muchas pericias ha estado centrado en los aspectos clínicos asociados a las capacidades cognitivas y al respectivo coeficiente intelectual obtenido por el sujeto. De esta manera, en términos forenses, se realiza una relación causal sencilla entre discapacidad mental e imputabilidad o imputabilidad disminuida, faltando identificar el tipo de relación que se establece entre el retraso mental y la conducta delictiva que fue sometida a análisis. La evaluación del retraso mental, en los casos estudiados, se ha centrado, quizás de manera desmedida, en el estudio del nivel intelectual del sujeto, dejando de lado aspectos adaptativos, clínicos, vitales y pronósticos del sujeto.

En este sentido, es importante hacer presente que cuando se establece una relación entre el retraso mental y el grado de imputabilidad del sujeto hay que preguntarse si la naturaleza de este trastorno mental afecta realmente los elementos integrantes de la imputabilidad, especialmente el cognitivo o intelectual (aspecto cualitativo) -que fue el argumento más utilizado por los tribunales para desechar dicha relación-, si la intensidad y el grado de perturbación afectan la imputabilidad, donde generalmente el retraso mental se mantiene más o menos estable (aspecto cuantitativo), y por último, explicar bien cómo se da la coincidencia temporal entre la presencia del retraso mental y los hechos que han sido sometidos a análisis, los que por ejemplo pudieran estar justificados cuando el sujeto pudo generar conductas más agresivas de lo normal, en el supuesto que

la características principales del retraso mental permanecen estables²⁹ (aspecto cronológico).

Con ello, podemos reforzar la idea que el diagnóstico de una retraso mental debe ser acucioso debido a las diversas implicancias psicológicas y sociales que existen. No sólo debe bastar la aplicación de un test estandarizado de medición del coeficiente intelectual, y a su vez, es importante que los abordajes realizados por los sistemas de clasificación del DSM – IV TR y el CIE – 10 sean complementados con información longitudinal y social del sujeto (capacidad laboral o familiar), y nunca aceptar una interpretación automática de los criterios que describe cada sistema diagnóstico. En la misma línea, es relevante valorar si el imputado pudo simular un rendimiento más bajo que sus reales capacidades cognitivas (si el sujeto respondió con desgano, o responde mal voluntariamente a las preguntas de los test de inteligencia), o haya simulado algún otro trastorno mental en la entrevista pericial, o durante el proceso penal.

VI. Bibliografía

- | | |
|-----------------------------------|---|
| Asociación Psiquiátrica Americana | “DSM-IV TR. MANUAL DIAGNÓSTICO DE LOS TRASTORNOS MENTALES”
Edit. Masson, Barcelona, 2002. |
| Belloch A., Sandín B., Ramos F. | “Manual de Psicopatología”
Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1995. |
| Carrasco, J.J. | “Manual de psiquiatría Legal y Forense”
Editorial La Ley, Madrid, 2003. |
| Castilla del Pino, C. | “Introducción a la Psiquiatría”, Vol. Nº2,
Alianza Editorial, Madrid, 1987. |
| Ey, H. | “Tratado de Psiquiatría”
Edit. Masson, Barcelona, 1996. |
| Ministerio Público | “MEMORIA ANUAL 2006”
“MEMORIA ANUAL 2005” |
| O.M.S. | “CLASIFICACIÓN INTERNACIONAL DE ENFERMEDADES, décima versión, CIE 10”
O.M.S., Ginebra, 1993. |
| Soria, Miguel Ángel | “MANUAL DE PSICOLOGÍA PENAL FORENSE”
Edit. Atelier, Barcelona, 2002. |

29 Sin perjuicio que las manifestaciones psicopatológicas del retraso mental son más o menos estables, es necesario advertir que este último criterio es uno de los puntos más polémicos en la valoración de la imputabilidad. Hay que preguntarse cómo el perito estimó o infirió una conducta pasada, es decir, cómo demuestra que la persona al momento de los hechos carecía de las circunstancias que configuran la imputabilidad.

RETRACTACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE AGRESIONES SEXUALES MENORES DE EDAD

Catalina Duque González¹

Uno de los fenómenos de trascendencia que se han identificado en las víctimas menores de edad, durante el desarrollo del proceso penal por delitos sexuales, es la “retractación”.

En atención a sus especiales características se hace necesario abordarlo para señalar qué es, cómo y cuándo se presenta, identificar sus causas y analizar sus efectos. Resulta, por tanto, de interés dar cuenta de estos puntos, así como de algunos de los pronunciamientos que los Tribunales Orales en lo Penal han elaborado al respecto.

I.- Definición de la Retractación

En atención a que la develación se considera un hito previo a la retractación, resulta interesante hacer una breve mención a las formas en que la develación puede ser efectuada por los niños. De acuerdo a lo planteado por Glasser y Frosh, “es relevante tomar en consideración la forma que se llevó a cabo la revelación del hecho abusivo; es así como es posible que el niño le cuente a alguien, ya sea familiar o no, del contacto sexual con un adulto, por lo que se presume que él mismo desea que se rompa el secreto y, además, se puede suponer que él mismo quiere que el abuso cese. Esta forma de revelación es denominada intencional y es realizada más a menudo en niños mayores. Por otra parte, es posible que los niños le cuenten lo sucedido a un amigo, profesor o padre, sin tener la intención de producir el cese del abuso. Esta forma de develación es denominada no intencional, puesto que no hace referencia a un llamado de ayuda consistente, siendo su motivación la necesidad de contar una experiencia que percibe como perturbadora, confusa o atemorizante.”²

En este punto buscamos la definición de la retractación que se presenta en víctimas de agresiones sexuales menores de edad. Una referencia la encontramos en el “Estudio de variables asociadas a la retractación en menores víctimas de abusos sexuales”³, que señala: “Se consideró para que existiese retractación, inicialmente el menor debió haber agregado un testimonio donde señaló ser víctima de una

- 1 Abogada Asesora de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Escaff, E.; Rivera M.; Salvatierra, M. “Estudio de variables asociadas a la retractación en menores víctimas de abusos sexuales”, en Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, ILANUD. Año 14, n° 27. Temas de Victimología. 2006.
- 3 Op. Cit. nota 2.

agresión sexual -lo cual efectivamente sucedió- y durante el transcurso del proceso negar su ocurrencia, modificando de esta manera su relato original.” Otro concepto lo encontramos en el artículo “Cómo los niños cuentan. El proceso de revelación en el abusos sexual infantil”⁴, que indica: “La retractación se refiere a la negación de un niño de una alegación previa de abuso que fue formalmente hecha y mantenida a través de un período de tiempo”.

Cabe señalar que la retractación es considerada como parte final de un proceso, conforme a lo descrito por la “Teoría de la Adaptación” o “Teoría de la Acomodación” elaborada por Ronald Summit, y en la que señala que las víctimas de abuso sexual infantil pasan por las siguientes etapas: el secreto; la desprotección; la acomodación o adaptación; la revelación tardía, conflictiva o poco creíble y finalmente la retractación. En la retractación, “Junto a la rabia y el desprecio que motivó la confesión subyacen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar o a una persona querible y por no cumplir con el mandato de mantener unida a la familia. También puede que los menores sientan que todas las amenazas efectuadas por el abusador se cumplan. Es en esta etapa donde el niño necesita mayor contención de parte de la Justicia -llámese jueces, fiscales, asesores de menores, abogados, organismos institucionales, médicos, psicólogos, entre otros-, de sus padres y demás familiares y de un ambiente contenedor para no flaquear y sostener lo que ha relatado. Por ello, a menos que el niño reciba un apoyo sustancial ante su denuncia, normalmente se retracta. La presión ejercida sobre la víctima por la familia, por el abusador y aun por los profesionales puede abrumar al menor abusado y obligarlo a retractarse. Esto no indica que la víctima mintió acerca del hecho, sino que generalmente es una consecuencia lógica de la intensa presión ejercida sobre ella. Así, la retractación les permite volver al seno de la familia y eludir el sistema legal”⁵.

La sentencia del veintiséis de septiembre de dos mil siete, del 5° T.O.P. de Santiago, por el delito de abuso sexual, RUC 0600457284-8, en su considerando tercero da cuenta que no se tendrá por efectivo el relato de la menor prestado en juicio, pues ella se encuentra inserta en un proceso de retractación que se manifestó pocos días antes de su declaración en juicio oral. El tribunal explica este fenómeno por medio de información especializada en la materia y conforme a la teoría de la acomodación de Ronald Summit. “**Tercero** [...] Aún cuando se haya arribado a la conclusión anteriormente expuesta y dejando sentado que el testimonio de la menor prestado en juicio no resulta acorde a la verdad formal que estos sentenciadores han dado por acreditada en el veredicto condenatorio, resulta legítimo preguntarse ¿cuáles fueron los motivos por los

4 Teena Sorensen y Barbara Show, en “How Children Tell: The Process of Disclosure in Child Sexual Abuse” (1991), publicado en Child Abuse Research in South Africa, Journal of the South African Professional Society on Child Abuse and Neglect, Vol. 1, Nº 2, octubre 2000.

5 Monteleone, R: Artículo, “ABUSO SEXUAL INFANTIL: La retractación de la víctima y sus consecuencias procesales”. <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/abusosexualinfantil.htm>

cuales la menor P.J.M.G. se retractó de sus dichos a solo pocos días de que se llevara a cabo el juicio oral en contra del acusado dando un testimonio completamente contrario a lo que en innumerables ocasiones había sostenido en su ambiente escolar, familiar, social y ante el órgano persecutor y los expertos? Para responder a esta interrogante, debemos nuevamente recurrir al testimonio del profesional Rodrigo Muñoz E. y a la literatura especializada que nos da luces sobre los conocimientos científicamente afianzados que dan cuenta del fenómeno de la retractación.

Así las cosas y de acuerdo a la doctrina especializada en la materia (Miotto, N. *Abuso Sexual de Menores. Complejidad Diagnóstica*, Madrid, España, 2001, p. 31-57) en la mayoría de los casos frente a la excesiva extensión temporal de las investigaciones relacionadas con este tipo de hechos delictivos, los sentimientos de culpa, temor y remordimiento que siente el menor por haber sido abusado sumado a las reiteradas ocasiones en las cuales éste es “llevado” a declarar ante personas extrañas -llámese jueces, fiscales, defensores, psicólogos, médicos, entre otros- se advierte que las víctimas -o sus propias madres denunciantes- se retractan del suceso denunciado con el objeto de evitar sentirse por segunda vez o reiteradas veces victimizados. Por otra parte, no puede obviarse que la etapa de la retractación muchas veces ocurre en las etapas finales de la investigación.

Es dentro de estas circunstancias que aquellos criterios orientadores introducidos por el profesor Ronald Summit, en lo que éste dio en llamar “La Teoría de la Adaptación” o “Teoría de la Acomodación”, surgen con el fin de explicar los distintos comportamientos de los menores frente a la vivencia de una situación abusiva. Estas etapas -que no siempre se dan ni constituyen reglas pero que pueden orientar frente al problema evidenciado-, se clasifican en cinco:

La primera etapa es la del **secreto**, que funciona como una de las precondiciones del abuso. Se sostiene mediante el temor a las posibles consecuencias si llega a ser develada la verdad. Según el autor, en la mayoría de los casos los abusadores son personas conocidas por el menor, ya sea sus familiares u otras personas con vinculación directa (maestros, guardadores, médicos, confesores, pastores, entre otros), quienes tienen un gran prestigio en el círculo que rodea al niño y muestran mucho afecto hacia éste, todo lo cual genera que el menor sienta que “nadie va a creerle, que puede cortar el vínculo afectivo que lo une al agresor, que sus padres se enojen”, entre otras cosas. Por otra parte, también debe señalarse que en la mayoría de los casos los abusadores coaccionan al menor mediante amenazas las cuales se traducen en consecuencias futuras que pueden llegar a sucederle al menor en caso de contar la verdad. Este miedo a denunciar no solamente recae sobre el menor abusado, muchas veces las propias familias niegan durante años la existencia de este tipo de hechos. En los casos de abuso sexual intrafamiliar el miedo de las madres radica en el sentimiento de destruir el grupo familiar si el abusador va preso; a su vez, el menor se siente enteramente responsable de esa destrucción en caso de efectuar la denuncia.

La desprotección. Nuestras sociedades están acostumbradas a educar a los niños con un criterio de autoridad hacia el adulto, donde todo lo que provenga de él tiene que ser aceptado. Mayormente existe una relación de parentesco o

de acercamiento entre el menor víctima y el abusador, con lo cual el niño -sin llegar a entender si el hecho es malo en sí mismo- siente que sus progenitores o su madre -en el caso que el abusador sea el padre, padrastro o nueva pareja de ésta- no lo protegen. Esta circunstancia conlleva a algunas consecuencias lógicas de todo niño abusado -consecuencias que muchas veces operan como indicadores del abuso sexual infantil-, tales como depresión, llanto de origen inexplicable, intentos de suicidio, problemas alimentarios, desgano, conducta irritable o agitación extrema, regresión de alguna fase del desarrollo, miedos excesivos, dependencia excesiva hacia determinados adultos, relaciones promiscuas, entre otras. Muchos autores suelen mencionar a esta segunda etapa como “impotencia”, puesto que el adulto tiene autoridad y control sobre el niño abusado, con lo cual genera esta característica en el menor, quien siente que no tiene forma de evitar dicha situación. Cuanto mayor sea esa autoridad, mayor será la dependencia y mayor la dificultad de la víctima para hablar, provocando que el abuso se reitere en el tiempo.

La tercera etapa por la cual comúnmente atraviesan los niños abusados es “**la acomodación o adaptación**”. La misma se da cuando se produce la disociación mencionada anteriormente. Los niños mantienen las experiencias traumáticas totalmente separadas del resto de sus vivencias cotidianas, lo cual conlleva, en consecuencia, a la cuarta etapa de análisis. El menor víctima no puede impedir el abuso y termina aceptándolo, frecuentemente, asumiendo la culpa por su consentimiento. Es demasiado alarmante para el niño o niña el aceptar que aquellos que dicen amarlos podrían dañarlo. De esta manera, el menor asume que “el malo” es él, y por eso le ocurren estas cosas. Es muy común que los niños que han sido víctimas del abuso no solamente sienten que han hecho algo malo sino que creen que su verdadera esencia debe ser mala para que le hayan ocurrido estas cosas.

La cuarta etapa corresponde a **la revelación tardía, conflictiva y poco convincente**. El descubrimiento del abuso sexual infantil muchas veces tiene lugar cuando el niño llega a la adolescencia o luego de haber sufrido una fuerte situación violenta, lo que lo torna menos creíble en atención al tiempo transcurrido entre los hechos acaecidos y su revelación.

Finalmente, **la retractación**. Esta es la quinta y última etapa enumerada por Ronald Summit en su conocida teoría de la adaptación o acomodación. Junto a la rabia y el desprecio que motivó la confesión subyacen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar o a una persona que quiere y por no cumplir con el mandato de mantener a la familia unida. También puede que los menores sientan que todas las amenazas efectuadas por el abusador se cumplan. Según Ronald Summit, es en esta etapa donde el niño necesita mayor contención de parte de la Justicia -llámese jueces, fiscales, asesores de menores, abogados, organismo institucionales, médicos, psicólogos, entre otros- de sus padres y demás familiares y de un ambiente contenedor para no flaquear y sostener lo que han relatado. Por ello, a menos que el niño reciba un apoyo sustancial ante su denuncia, normalmente se retracta. La presión ejercida sobre la víctima por la familia, por el abusador y aun por los profesionales puede abrumar al menor

abusado y obligarlo a retractarse. Esto no indica que la víctima mintió acerca del hecho, sino que generalmente es una consecuencia lógica de la intensa presión ejercida sobre ella. Así, la retractación les permite volver al seno de la familia y eludir el sistema legal.

Finalmente la tesis de Summit agrega además que frente a las presiones judiciales los niños descubren que la retractación es el camino para retroceder respecto de aquello que añade tanto dolor. A su vez puede suceder que otras personas allegadas al niño comiencen a influir sobre sus decisiones con el objeto que se culmine el proceso judicial o que se evite el encarcelamiento del abusador -en los casos de ser éstos sus padres o padrastros o algún otro miembro de la familia-.

Pues bien, dicho marco teórico dado por la doctrina especializada resulta del todo importante a la hora de analizar los dichos del experto profesional Rodrigo Muñoz E. en cuanto a la dinámica de la menor y el fenómeno de la retractación. En dicho sentido, cabe recordar que el perito señalado confirmó la existencia de presiones familiares en torno a los dichos de la menor, dando cuenta que su madre no era una figura que tendía a protegerla y que incluso al realizar la pericia, la afectada le había dicho que su madre “no quería que viniera para acá” y que “me dijo que la hiciera cortita” lo que, de manera cierta, da cuenta de la presencia de una figura dentro de su principal entorno que se opone a que la niña develara su experiencia frente al profesional.

Asimismo, el profesional explicó que la menor percibía a su madre ambivalente toda vez que la ve negligente en su cuidado, situación que puede perfectamente llevar a una retractación, en particular, cuando la afectada percibe el aspecto económico como condición para retractarse y por no percibir un apoyo de su madre, todo lo cual constituyen presiones en su entorno circundante.

Por otro lado, dijimos que el profesional refirió además que, de acuerdo a su experiencia, el “Síndrome de Acomodación o Adaptación del Abuso Sexual” se da en la niña desde el momento que comienzan los episodios abusivos y al ver que su madre no actúa, existiendo una develación tardía con repercusiones a nivel familiar como el cambio de colegio, que la madre no le da credibilidad, los problemas económicos, todo lo cual lleva a sostener que era bastante esperable que la menor se retractara de lo denunciado, sobre todo por el hecho de que el único vínculo que tiene la niña es su madre, quien, precisamente, no le cree ya que habiéndole relatado lo sucedido, no hizo nada para protegerla.

Si unimos todos estos antecedentes con el testimonio de los testigos de cargo presentados por el Ministerio Público, no podremos más que confirmar y razonar en el mismo sentido referido por el profesional, en cuanto a que la retractación de la menor resultó ser un fenómeno absolutamente esperable, atendida la dinámica familiar en que se desenvuelve pero que, de ninguna manera, puede llevar a desvirtuar todos aquellos datos probatorios analizados precedentemente que permiten a estos sentenciadores tener por ciertos aquellos presupuestos fácticos que se señalarán.”

Finalmente, conforme a lo expuesto y a la experiencia que en la investigación y desarrollo de juicios orales ha acumulado el Ministerio Público, podemos

intentar una definición en este punto, entendiendo por retractación en víctimas de agresiones sexuales menores de edad “la negación -total o parcial-, que hace un niño, niña o adolescente sobre la ocurrencia de una agresión sexual en su contra, previamente develada, o, el silencio que guarda sobre dicha agresión con posterioridad a su develación”.

II.- Formas de retractación y sus motivaciones

En atención a la definición contenida en el párrafo precedente, las formas que puede asumir una retractación pueden ser:

- a. La negación total.
- b. La negación parcial.
- c. El silencio.

En la negación total tenemos un nuevo relato que niega absolutamente la ocurrencia de la agresión sexual. En el ámbito de la negación parcial se entiende como una modificación del relato original, que puede implicar omitir los elementos que configuran propiamente la agresión, o minimizar la entidad de ésta o también desplazar la persona del agresor. Finalmente, en el silencio no existe una negación explícita, pero no se cuenta con un relato por parte de la víctima; esto, como se verá, puede darse durante la investigación, situación que generalmente se advierte en la pericia psicológica que se le realiza al niño, y también durante el juicio oral en el que no quiere dar un relato o expresamente se acoge a lo dispuesto en el artículo 302 del C.P.P.

Hemos observado que la retractación puede presentarse de manera total, parcial (modificaciones) y a través del silencio del menor. Los motivos generalmente se asocian a la presencia de uno o varios elementos, conforme al “Estudio de variables asociadas a la retractación en menores víctimas de abusos sexuales” y los conocimientos empíricos. Algunos de ellos podrían ser:

- Actitud de la figura principal de apoyo y/o cuidador frente a la revelación.
- Dependencia económica respecto al agresor.
- Dependencia afectiva de la figura principal de apoyo respecto del agresor.
- Vinculación de la víctima y el agresor.
- Victimización secundaria.
- Tiempo desde la primera declaración y la retractación.
- Privación de libertad del agresor.
- Alejamiento del niño de su entorno.
- Frecuencia de agresiones sufridas.
- Tipo de lesiones.
- Tipo de delitos sexuales.

III.- Momentos en que se presenta la retractación

Este fenómeno lo podemos encontrar a lo largo de todo el proceso penal: *inmediatamente después de la denuncia*, en aquellos casos que la víctima al llegar a fiscalía niega la existencia de los hechos denunciados, los modifica o simplemente guarda silencio. También se puede dar *durante el período de investigación*, generalmente evidenciándose su presencia al momento de ser entrevistada la víctima por el perito (psicólogo o psiquiatra), es en esta etapa donde hay más reportes sobre existencia de procesos de retractación especialmente atendida la intervención de especialistas del área de la salud mental. Asimismo se puede observar este proceso *una vez cerrada la investigación y antes del juicio oral*, es en este momento cuando apreciamos un mayor desgaste emocional y psicológico de la víctima y su entorno en virtud del fin de la investigación y la inminencia de la audiencia de juicio oral.

Por último, durante *el desarrollo del juicio oral* se puede presentar expresamente una retractación conforme las definiciones señaladas precedentemente (total, parcial, silencio), o expresamente se acoge a lo dispuesto en el artículo 302 del C.P.P.

Estas conductas de las víctimas ante el tribunal han influido sustantivamente en las sentencias, como dan cuenta los fallos que pasamos a reseñar:

1.-Retractación durante el período de investigación

Sentencia del Sexto T.O.P: de Santiago de fecha veintisiete de mayo de dos mil ocho, por los delitos de violación y abuso sexual, R. U. C.: 0700036765-0, considerando cuarto y quinto “Considerando cuarto [...] Rose Marie Fuenzalida Cruz, médico cirujano, psiquiatra infante juvenil del Servicio Médico Legal, expuso que el 5 de marzo de 2007 evaluó a A., de 5 años 11 meses, quien presentaba un desarrollo acorde a su edad cronológica, un lenguaje y un nivel cognitivo normal, un lenguaje no esperado para su edad y una actitud erotizada. Dijo que para evaluarla había leído los antecedentes y sostenido entrevistas con la madre y la niña, para luego examinarla a ella con el objetivo de analizar la validez y credibilidad de su testimonio. Sin embargo, no obtuvo un relato, pues la menor se mostró reticente para dar información. Si bien no pudo obtener un relato, durante la entrevista la niña le dijo espontáneamente, que la otra niñita le ofreció un regalo, que le chupaba el pene al tata y que su mamá le dijo que tenía que decir toda la verdad, para que su tata saliera de una casa donde estaba porque tomaba vino -haciendo alusión a una oportunidad en que se cayó- agregando que el tata se porta malito pues le hace “pipí” a los perros o hace “pipí” en el suelo. Destacó la perito que la niña repitió en innumerables ocasiones, sin que nadie le tocara el tema, que ella iba a decir la verdad, que ahora iba a decir la verdad, que había ido a decir la verdad. Agregó que según los antecedentes, la menor había dicho en la Fiscalía que le chupaba el pene al tata como mamadera y cuando la contrastó con tales dichos ella le contestó que eso había pasado antes, que antes le hacía eso, que ahora no se lo hacía y terminó agregando, una vez más “yo voy a decir la verdad”. Además, la niña le

respondió que “estas” me dijeron que yo dijera que le chupaba el pene al tata” y que mientras lo decía se mostraba muy ansiosa. Le dijo que la “Lency”, se lo chupó, que ella lo vio por un hoyito pero que si ella decía eso, el tata no iba a volver a la casa y podía llover. También le dijo que le gustaría que le dijeran al tata que no tomara más vino y que no le haga chuparle más el pene a su nieta, que no la mire cuando se pone el pijamas, que no se enoje con ella, que quiere que vuelva porque su mamá la cuida, agregando de inmediato que en realidad no la cuida de nada, porque no le ha hecho nada, que él tiene el pene malo y es hediondo, que ella lo olió y graficó esta aseveración con una inspiración por la nariz. Reiteró que la niña, a través de la proyección, se muestra erotizada. Por ejemplo, dice que a la muñeca con que está jugando no se le debe acariciar el trasero, pero que en realidad a la muñeca le gusta que se lo acaricien. Explicó que según los mecanismos de la proyección, la muñeca es ella misma. Dijo que la vio muy presionada a dar una información y no otra, que lo que manifiesta parece sesgado por lo que la familia le ha dicho. Apreció que en ella se favorecen los fenómenos de retractación. Que esbozó que alguien le ofreció un regalo para decir esta “calumnia”, lenguaje no propio de su edad. Además, se le ve desarraigada de su familia y falta de afectos. Explicó que la menor percibió que nadie le había creído cuando en un principio contó lo sucedido. Afirmó que estaba siendo inducida a pensar que aquello que es lo ella cree que le sucedió, no le pasó en realidad. También señaló que existen muchas motivaciones para que se retracte de lo que dijo, pero no existen motivaciones para que mintiera cuando dijo lo que se le había hecho.

Agregó que su alta angustia interfería en todas sus áreas de desarrollo y que, en síntesis, entregó indicios de acciones abusivas de parte de su abuelo, pero que se retracta porque tiene muchas motivaciones para hacerlo, reiterando que no las tenía en cambio para haber mentido. También señaló que cuando se entrevistó con la madre, ésta le dijo que ella se enteró por una vecina, que cuando lo supo se descompensó y trató de calmarse, pero aún estaba muy alterada cuando le preguntó si el tata le había hecho algo estando curado o si le había mostrado el pene y que todo esto se lo preguntaba en un contexto muy caótico. Que en medio de esa situación, también era preguntada por su padre de modo alterado y la madre repetía que eso no podía ser cierto pues de haberlo sido, la niña se lo habría dicho, ya que la conoce desde guaguüita. La madre le dijo que sólo había escuchado a la niña en la Fiscalía diciendo que le había chupado el pene al tata, como si no fuera nada y cuando se la contrastó con el resto de los dichos de su hija, había respondido que en realidad la niña después había negado aquello, a sí que ella no lo creía. Explicó la perito cuando un niño no se encuentra en un ambiente adecuado de contención, no puede dar cuenta de ciertas situaciones, pues ve que los adultos se alteran con sus dichos, como sucedió en este caso de acuerdo al relato que la misma madre le hizo, entonces ellos se retraen, especialmente cuando ven que la angustia de la persona que les pregunta se desborda, como le sucedió a su madre. Dijo que ella pidió una evaluación psicológica proyectiva para complementar su informe y ese examen fue consistente con el desarraigo y no aceptación de la niña dentro de la familia. También le sugirió intervención terapéutica y prescribió que no recibiera presión de su casa. Reiteró

que si bien no tuvo un relato de abuso, los dichos de la niña dan cuenta de un contexto de mucha exposición y de falta de protección.

Considerando Quinto Teniendo como base lo recién señalado, cabe agregar que la impresión obtenida por estos sentenciadores de la declaración de la propia A. no contribuyó a desvirtuar o debilitar la convicción adquirida, sino que por el contrario, analizada desde los principios de la lógica y de las máximas de la experiencia, ella permitió reforzarla. En efecto, la actitud y las respuestas de la menor evidenciaron que su principal y casi exclusiva intención estaba dirigida a exculpar a su abuelo, el acusado. Tal interés impregnó todas sus respuestas, incluso aquellas que pudieron ser respondidas sin aludir a la materia. Para explicar aquello malo que había hecho su abuelo, se empeñó en señalar que se refería a que él tomaba y se embriagaba, sin embargo, a medida que amplió su testimonio se pudo advertir que ello más bien parecía ser un modo de justificar otras acciones de su abuelo, frente a las cuales no estaba dispuesta a declarar, pues evidentemente ya se había dado cuenta con el paso del tiempo, que de hacerlo, lo perjudicaría, en circunstancias que su interés era que volviera al hogar. Llamó especialmente la atención del tribunal, que la niña afirmara, sin que nadie se lo preguntara, que ella no le había chupado el pene al abuelo, reiterando, sin que alguien la hubiera contradicho, que ello no era verdad. Intentó también justificar por qué antes lo había afirmado, para lo cual aseguró que en ese entonces era chica y no se acordaba, en cambio ahora sí recordaba que no era efectivo. Declaraciones como éstas, dieron la impresión de que estaba ocultando una vivencia que la perturbaba. Además, lo hizo aludiendo a lo que aparecía en “la carpeta”, lo que orienta a pensar que tales contenidos se los comentó alguna persona adulta que pudo influir en su relato. Por otro lado, supo decir en qué lugar estaba el pene y explicó que lo sabía porque se lo había visto a su abuelo a través de un calzoncillo blanco, pretendiendo que era transparente. Cuando respondió que no sabía cómo era un pene, dio una explicación que no se le había pedido, agregando que no lo sabe porque no se lo chupó. Ello resulta curioso pues no hay relación entre la respuesta y la explicación, más aún si se tiene en cuenta que se trata de una niña bastante inteligente y despierta, que comprendió cada una de las preguntas que se le hicieron. En ese mismo orden de ideas, cabe destacar que se encargó de asegurar que nadie le había pedido que dijera que eso no era verdad y nuevamente dio una explicación incoherente, al agregar que lo sabía por sí misma, porque no se lo chupaba. Incluso dijo que a ella no le gustó chuparle el pene al tata, explicando que lo decía porque no se lo chupó.

El tribunal apoya sus apreciaciones en conocimientos científicamente afianzados, que fueron introducidos por la psiquiatra y la psicóloga que examinaron a la niña, según quedaron consignados en el fundamento cuarto al reseñar la prueba”.

2.- Retracción durante la Audiencia de Juicio Oral

Sentencia del T.O.P. de Rancagua del veintitrés de mayo de dos mil seis, por el delito de violación del 362 del C.P., RUC 0500643544-2, en su considerando octavo da cuenta de la situación de una menor de edad que en virtud de presiones familiares, especialmente de la madre que en atención a la dependencia

económica y afectiva del agresor, hizo que su hija cambiara de versión negando los hechos durante la investigación y durante el juicio. El tribunal da cuenta de esta retractación y reconoce como efectiva la primera declaración de la víctima. “OCTAVO. El relato que Y. entregó en la audiencia fue escueto puesto que se limitó a expresar que todo lo que declaró ante la psicóloga y que leyó, fue una mentira suya...lo sucedido con el conviviente de su madre L. A. V. B.. Para el análisis de la primera versión de los hechos, que se reprodujo en la audiencia, se contó principalmente con lo expresado por la perito psicóloga Litzy Salazar Durán, quien hizo un estudio de credibilidad del relato que le diera la ofendida Y. y concluyó, que por la riqueza de su contenido, los detalles sensoriales, su desarrollo en tiempo, espacio y demás criterios que ponderó, concluyó que este relato resultaba digno de crédito. En contraposición, la versión que la menor le entregó con posterioridad, el 2 de enero de 2.006, en cuanto le dijo que había mantenido relaciones con un pololo, le pareció ambigua y carente de detalles, a tal punto que no pudo hacer un estudio de credibilidad del mismo. Igual apreciación hicieron -por su parte- la asistente social Macarena Moran, Gabriel Araya y la policía investigadora Carolina Carvajal Novoa, cuando respectivamente se les presentó la madre, con su hija Y., quien les dijo que la primera relación que había dado de los hechos era falsa, que todo lo había inventado y que había mantenido relaciones con un pololo. Si se analiza lo dicho por la ofendida Y. en la audiencia, como explicación por su grave denuncia en contra de L. A. V. B., ésta aparece fútil para una imputación de tal trascendencia.

Estas explicaciones de la madre, respecto al falso pololo, resultan acorde con lo que concluyeron, tanto la psicóloga Litzy Salazar como Macarena Araya y la policía Carolina Carvajal, quienes no pudieron lograr de Y. datos suficientes para establecer un perfil, ni la individualización del mentado pololo para comprobar su existencia real. La otra circunstancia agregada por la madre, presuntamente para explicar el desgarramiento del himen, cual fue la de señalar que su hija se masturbaba, resultó ser inútil para los propósitos de este juicio, puesto que su mérito fue desvirtuado por el médico legista, quien fue categórico en afirmar que, por la edad y desarrollo de la menor Y., en el caso de masturbación, ésta sería por roce de los órganos externos que no explican la desfloración.

Con todo lo anterior fue posible apreciar que existió una manipulación de la menor por su madre, puesto que, ante la debilidad de la versión sobre la existencia del supuesto pololo, inventó las prácticas de masturbación para explicar el desgarramiento del himen de su hija...se demostró la situación de dependencia afectiva, familiar y económica, claramente establecida con el reconocimiento de la propia M. V. y con el reconocimiento que hizo el propio acusado.

En vista de estos antecedentes el Tribunal concluyó que la declaración de Y., cuando dijo en el Tribunal que nada le había pasado y que L. A. V. B. nada le hizo, no se ajustó a la verdad....La relación estrecha de la madre de la ofendida con el acusado, con el que tiene un hijo y su dependencia económica mueven a pensar que ha sido esta relación y los vínculos de parentesco, los que han movido a M. V. C. a buscar explicaciones exculpatorias para su conviviente y a ejercer, aunque lo negó, presión psicológica sobre su hija para obtener que cambiara

su versión original de los hechos, lo que se evidenció con lo expresado por la psicóloga Litzy Salazar, quien dijo que la menor le expresó que quería que L. A. V. B. “quede libre para que su madre sea feliz”, en lo que la psicóloga vio que la retractación representaba una ganancia que permitiría mantener el equilibrio familiar, frente a lo que significó hacer la denuncia y así lo entendió el Tribunal, con la prueba presentada en la audiencia.”

IV. Indicadores de la retractación

Los siguientes aspectos son indicadores que nos permitirían poder advertir la posibilidad de un proceso de retractación. Lo anterior no implica que necesariamente la retracción ocurra, sin embargo, son elementos que bien vale la pena evaluar a fin de implementar la protección más adecuada posible a cada caso.

- Analizar las circunstancias específicas de la develación.
- “Determinar el vínculo existente entre el menor y el agresor: siendo un factor de riesgo si éste es un familiar o pareja de la madre.
- Conocer la actitud de la figura principal de apoyo y/o cuidador del niño, al momento de la develación: es así como si existe incredulidad y no se le brinda apoyo, el menor se encuentra con una mayor probabilidad de modificar su relato original.
- Investigar el nivel económico de la familia: en el caso que la mayor parte de los ingresos provenga del agresor, el sistema familiar se encuentra en una situación de dependencia económica, lo cual podría incidir en que el niño cambie su versión.
- Explorar si existen indicios que pertenezcan al proceso de victimización secundaria: ya que al estar presentes pueden facilitar la retractación.”⁶

V.- Conclusiones

Del análisis efectuado podemos concluir que el fenómeno de la retracción se presenta en víctimas de agresiones sexuales menores de edad, especialmente en casos que el agresor pertenece a su entorno familiar. Que esta retractación tiene como principales motivos la actitud de la figura principal de apoyo y/o cuidador frente a la revelación, la dependencia económica respecto al agresor, la dependencia afectiva de la figura principal de apoyo respecto del agresor, la vinculación de la víctima y el agresor y la victimización secundaria. Estas situaciones han sido objeto de análisis de los tribunales, los que han ido reconociendo la presencia de ellas dentro de las presiones que puede sufrir la víctima, para negar, modificar o silenciar su relato.

Finalmente, podemos apreciar que la retractación nos plantea la necesidad de hacer un análisis más profundo en torno al “interés público prevalente”; “el interés manifestado por la víctima y su entorno” y el “interés superior del niño”. Lo cual

6 Op. Cit. nota 2.

da cuenta que la retractación en víctimas de agresiones sexuales menores de edad, así como otros fenómenos que involucran a este tipo de víctimas, requieren de profesionales, sean Jueces, Fiscales, Defensores, Médicos, Psicólogos, Asistentes Sociales o Ginecólogos, especializados en estas materias.

COMENTARIO A LA SENTENCIA CASO RUC 0800326904-4 CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Carmen Gloria Troncoso¹

Comentario:

Esta sentencia acoge por unanimidad un Recurso de Nulidad interpuesto por el Ministerio Público por la causal contenida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al haberse calificado como abuso sexual simple una acción consistente en la introducción de un dedo en la vagina de una niña de 2 años de edad, acción que para el Ministerio era constitutiva del delito de abuso sexual calificado.

El considerando 5° de la sentencia es absolutamente claro y recoge los argumentos vertidos por el Fiscal del Ministerio Público al consignar que, cuando el legislador utiliza el vocablo ‘objeto de cualquier índole’, en un sentido natural se está refiriendo a ‘cualquier cosa’. En este orden, la introducción de uno o varios dedos estaría incluida dentro de esa noción. Es más, siguiendo la línea argumentativa de la defensa, respecto de lo que entendería un ciudadano común por dicho concepto, es de toda lógica pensar que aquel no analizará el vocablo desde el punto de vista de la precisión o distinción jurídica entre sujeto y objeto, sino que lo hará en el sentido amplio, genérico y natural que no recoge distinción alguna.

Agrega el considerando que tampoco es dable pretender dar la calidad de ‘sujeto’ a una parte individual del cuerpo humano o sostener, a contrario sensu, que no hacerlo es considerar al ser humano un ‘objeto’. Tales afirmaciones parecen erradas y fuera de contexto, pues de la propia redacción de la norma se colige su sentido, sin necesidad siquiera de consultar su historia.

Así las cosas, concluye la Corte que se está frente a la figura calificada del artículo 365 bis del Código Penal, por lo que acoge el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público.

Un razonamiento similar al realizado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta lo habíamos observado en fallos anteriores de Tribunales Orales. Así, en la sentencia dictada por el TOP de Rancagua con fecha 07 de junio de 2005, Rit 50-2005, en que los hechos consistieron en la “*introducción de dedos de la mano en la vagina de una víctima de 20 años*”, el tribunal dictó sentencia condenatoria de 7 años de presidio, razonando de la siguiente forma:

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

“Un sentido natural por el que se inclina el tribunal a la hora de decidir lo que debe entenderse comprendido dentro de la expresión “introducción de objetos de cualquier índole” que utiliza el legislador en el citado artículo 365 bis y que, al mismo tiempo, atiende a lo que se dijo en la historia de la ley, es que con ello se alude a la utilización de cualquier parte del cuerpo humano distinta del órgano sexual masculino, incluyendo, por cierto, los dedos”.

Del mismo modo, en la sentencia dictada por el TOP de Rancagua con fecha 30 de julio de 2005, Rit 72-2005, en que los hechos consistieron en la “*introducción de dedos de la mano en la vagina de una víctima de 11 años*”, se dictó sentencia condenatoria de 10 años y un día de presidio, razonándose de la siguiente forma: “*Estos hechos tipificaron los delitos reiterados de abuso sexual, previstos y sancionados en el artículo 365 bis del Código Penal en su hipótesis N° 2 en relación con el artículo 366 ter del mismo cuerpo legal, supuesto que un sujeto realizó acciones sexuales, distintas del acceso carnal, consistentes en la introducción de objetos de cualquier índole por vía vaginal en la persona de una menor de 14 años de edad. Un sentido natural por el que se inclina el tribunal a la hora de decidir lo que debe entenderse comprendido dentro de la expresión “introducción de objetos de cualquier índole” que utiliza el legislador en el citado artículo 365 bis y que, al mismo tiempo, atiende a lo que se dijo en la historia de la ley, es que con ello se alude a la utilización de cualquier parte del cuerpo humano distinta del órgano sexual masculino, incluyendo, por cierto, los dedos”.*²

En relación a la sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, objeto de este comentario, cabe consignar que en su oportunidad la Fiscalía de Antofagasta presentó **acusación** por los siguientes hechos: “*El día 09 de abril de 2008, aproximadamente a las 20:00 hrs., al interior del inmueble ubicado en [...] de esta ciudad, el imputado Nelson Fabián Soto López realizó actos de relevancia y significación sexual respecto de la menor de iniciales N.C.C., hija de su conviviente de 2 años de edad al momento de la ocurrencia de los hechos consistentes en **tocaciones en la zona genital de la menor, además de la introducción de sus dedos en la vagina de la víctima**, acciones que el imputado realizó aprovechando que se encontraba al cuidado de ésta. A raíz de lo anterior, al menor resultó con su himen desgarrado y con sangrado vaginal*”. Éstos fueron calificados por el Ministerio Público como constitutivos de abuso sexual agravado, ilícito descrito y sancionado en el artículo **365 bis en relación al artículo 366 ter del Código Penal** en grado de consumado.

El Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta estimó que la prueba rendida por el Ministerio Público era bastante para formar convicción de condena, dando por acreditados, a su vez, los siguientes hechos: “*El día 09 de abril de 2008, aproximadamente a las 20:00 hrs., al interior del inmueble ubicado en calle [...] de esta ciudad, Nelson Soto López introdujo uno de sus dedos en la vagina de la menor N. C. C. de 2 años de edad a esa fecha, hija de su conviviente I. C. N., en*

2 Ambas sentencias disponibles en la base de datos de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional.

los momentos que esta última había salido del hogar por breves instantes, a efectuar unas compras. Después del regreso de la madre y de comer, el imputado se fue a su trabajo. Durante la madrugada y cuando la víctima intentó orinar, refirió dolor y la madre revisó su calzón encontrando unas manchas de sangre, por ello la trasladó al Hospital Regional, donde se constató que la menor evidenciaba su himen desgarrado y un leve sangrado vaginal”.

Sin embargo, disintiendo de la opinión del Ministerio Público, **el Tribunal estimó que los hechos acreditados eran constitutivos del delito de abuso sexual del artículo 366 bis en relación al 366 ter.** Esta calificación no sólo es ajena a los hechos que se dieron por acreditados, sino que a la propia declaración del imputado, quien reconoció que se puso a jugar con la menor, que no sabe qué le pasó, pero le introdujo su dedo meñique en la parte genital de la niña, precisando que la tocación fue por debajo de la ropa y que le introdujo la mitad del dedo meñique de su mano derecha en la vagina por una sola vez. Esta “tocación” que refiere el propio acusado fue suficiente para provocarle a la menor heridas contusas en el himen a las 9, 12 y 3 horas en el anillo anular, con contenido equimótico alrededor de la zona lesionada, según descripción efectuada en juicio por el médico gineco-obstetra Juan Rodríguez Castillo.

Por lo anterior, en su recurso de nulidad el Ministerio Público fundamentó que el fallo adolecía de un grave vicio que influía substancialmente en su parte resolutive, cuestión que, junto con el juicio oral, hacía procedente la nulidad al infringirse abiertamente lo prescrito en el artículo 365 bis del Código Penal, el cual establece que si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, se aplicarán las mismas penas de la violación o del estupro, si concurrieren sus respectivas circunstancias comisivas.

El Tribunal, al desestimar la petición del Ministerio Público de calificar los hechos en la forma antes señalada, explicó que la norma establecida en el artículo 365 bis del Código Punitivo exigía la realización de una acción de significación sexual por medio de la introducción de objetos de cualquier índole por vía vaginal, anal o bucal, estimando el tribunal, que tales objetos son entidades corporales distintas e independientes del sujeto activo, lo que en ese caso no ocurría, pues el medio empleado era un miembro del cuerpo del hechor, al realizar la acción típica con uno de sus dedos.

Este razonamiento del Tribunal no se condijo con dos aspectos centrales que, en este caso particular, debe contener la argumentación: uno se refiere a la **historia fidedigna de la ley** y el otro a la **conexión entre la noción de introducción de objetos del artículo 365 bis y el concepto general de acto de significación sexual y relevancia del artículo 366 ter**, subyaciendo en ambos el **principio de lesividad** como norte necesario en la interpretación del tipo penal correspondiente.

Respecto al primer punto, en la discusión parlamentaria de la ley 19.927, se dejó clara constancia que dentro del concepto de objetos del artículo 365 bis se incluían partes del cuerpo distintas al pene. En efecto, en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se

lee que se “*dejó constancia de que el concepto de introducción de objetos de cualquier índole en los conductos vaginales o anales es comprensivo de la utilización de animales para ese efecto, así como cualquier parte del cuerpo humano distinta del órgano sexual masculino, por ejemplo, una mano*”.³

Por otro lado, la introducción de un dedo en la vagina de una menor de 2 años cobra particular importancia a la luz del **principio de lesividad**, pues el tipo penal del artículo 365 bis debe necesariamente ser analizado en función del artículo 366 ter que define genéricamente el concepto de abuso sexual. En este sentido, y descartándose el análisis de la significación sexual del hecho concreto, acreditado por el tribunal, es dable referirse a la **exigencia de relevancia** para, en virtud de ello, determinar si la introducción del dedo del hechor en la vagina de la menor de 2 años califica como un abuso sexual agravado o un abuso sexual del artículo 366 bis. En efecto, atendida la escasa edad de la menor y la entidad de las lesiones provocadas por el sujeto activo, **resulta palmario que no se trata solamente de un mero abuso sexual del 366 bis, pues los efectos que fueron constatados en la investigación, con las pericias pertinentes, son los propios de un acceso carnal, al punto que la niña resultó incluso con su himen desgarrado, lo que resultó acreditado en la instancia probatoria pertinente**. Es precisamente esta situación de lesividad la que el legislador tomó en cuenta para establecer la figura del 365 bis -abuso sexual agravado- y asimilar las penas a los delitos que suponen acceso carnal.

Por otro lado, **la asimilación de partes del cuerpo a la voz “objetos” no supone una degradación del ser humano**, cual es la posición de los autores Politoff, Matus y Ramírez en su texto “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, junio 2004.⁴ En efecto, y como señala la propia Corte en su sentencia, “*tales afirmaciones parecen erradas y fuera de contexto, pues de la propia redacción de la norma se colige su sentido, sin necesidad siquiera de consultar su historia*”, y a mayor abundamiento, en la propia dogmática se reconoce la posibilidad que la persona o parte del cuerpo de una persona puedan servir de medios comisivos de ciertos delitos, como por ejemplo, aquellas situaciones de autoría directa en que una persona es arrojada sobre otra con el objeto de lesionarla, o en que se utilizan los puños para lesionar. Con todo ello se demuestra que al poner al ser humano en disposición mediática, el Derecho no le deja de reconocer su calidad de sujeto, y así como una persona puede lesionar o matar a otra con sus propias manos, sirviendo éstas como

3 Boletín N°2906-07, 1ª Sesión de la 350ª Legislatura Extraordinaria, página 39.

4 “Aunque al discutirse el texto en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se señaló que los objetos a que se hace referencia pueden ser miembros corporales diferentes al pene, nos parece que se trata de una interpretación extensiva que, por una parte, degrada la esencia del ser humano como sujeto distinguible a todo nivel de las cosas del mundo; y otra, al incorporarse la introducción de objetos por la vía bucal, podría extender la incriminación con las graves penas que se proponen de hechos tan comunes en la vida diaria como la obtención de un beso forzado, por poner un ejemplo vinculado a la sexualidad” (pág. 260).

medio de comisión del delito de homicidio o lesiones, también puede provocar el mismo efecto lesivo en una menor de edad al introducir en su vagina un dedo u otro objeto de similar tamaño.

El profesor Rodríguez Collao, refiriéndose al principio de lesividad, señala que éste implica que la legitimidad de la intervención punitiva depende de que ella efectivamente se oriente a la tutela de un bien jurídico.⁵ Ahora bien, el principio de lesividad tampoco constituye una simple aspiración de la doctrina científica, ni una mera recomendación político-criminal que la autoridad legislativa pueda, a su arbitrio, acoger o rechazar. Todo lo contrario, es un imperativo constitucional que también deriva de la propia noción de dignidad de la persona. El ser humano, por su condición de tal, posee un núcleo de libre desarrollo de la personalidad en el que la coacción estatal no puede penetrar y ese núcleo, por cierto, no se respetaría si se castigaran simples actitudes internas o hechos exteriores carentes de lesividad. Desde otra perspectiva, en cuanto la imposición de una pena también importa un atentado (aunque lícito) en contra del valor de la dignidad humana, la legitimidad del ejercicio de la potestad punitiva, supone que ésta se ejerza del modo más restrictivo posible, y la medida de esto último sólo puede darla el hecho de existir un bien jurídico necesitado de protección.⁶

[...] Pero como es sabido, la exigencia de lesividad en modo alguno significa que la afectación del bien jurídico sea el único factor determinante del surgimiento de responsabilidad penal o de la gravedad de la pena asignada al delito. Al tipificar un comportamiento humano, o al establecer cualquier consecuencia penal, el legislador no ha de considerar únicamente el desvalor que va implícito en la afectación del bien jurídico -lo que los autores comúnmente denominan *desvalor de resultado*-, sino que también ha de tomar en cuenta la gravedad que encierra la actuación del sujeto activo, es decir, el *desvalor de la acción* descrita en el tipo. Porque, como lo ha puesto de manifiesto Quintero Olivares, una cuidadosa valoración de la forma y de las circunstancias en que se lesiona o pone en peligro un bien jurídico, también es condición insoslayable para la plena vigencia y resguardo del principio de dignidad de la persona; y, al mismo tiempo, una derivación de éste.⁷

Estas ideas aparecen recogidas con mucha claridad en un fallo dictado por el TOP de Rancagua con fecha 13 de septiembre de 2006, Rit 138-2006, en que los hechos consistieron en la “*introducción de dedos en el ano de un menor de 2 años -hecho 1- y 4 años -hecho 2-*”. En este caso el Tribunal dictó sentencia condenatoria por delito reiterado, de 10 años y un día de presidio, razonando de la siguiente forma: “*Que, tal como se indicó, los hechos acreditados en los motivos octavo y noveno de este fallo, configuraron dos delitos de abuso sexual agravado, descrito y sancionado en el artículo 365 bis N°2 del Código Penal, por cuanto se demostró que el acusado realizó en la persona de su hijo, de sólo dos años de edad a la fecha de la primer hecho*

5 En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, “Delitos Sexuales”, pág. 100, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

6 En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, op. cit., pág. 103.

7 En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, op. cit., pág. 104.

y de cuatro años a la época del segundo, la acción sexual prevista en dicha norma y que en este caso consistió en introducirle un dedo por vía anal”.

En efecto, se estableció que el contacto corporal con la víctima, efectuado por el acusado en los períodos descritos y que fue diverso del acceso carnal, tuvo las características que exige el artículo 366 ter del citado código. En primer lugar, la significación sexual estuvo dada por cuanto las conductas del imputado afectaron directamente el ano del ofendido e incluso le causaron lesiones, es decir, perturbaron una parte del cuerpo humano que el legislador menciona expresamente como comprensiva del ámbito de la sexualidad que se protege al castigar este tipo de delitos, lo que reviste mayor trascendencia en el caso de un infante, como el menor de autos, pues el bien jurídico protegido a su respecto es la indemnidad sexual.

A su vez, las conductas del acusado tuvieron la relevancia exigida, por cuanto dichas aproximaciones corporales fueron capaces de generar una modificación conductual en el menor, que se relacionó directamente con el desarrollo de su sexualidad, lo que dio cuenta de la gravedad de las mismas y de la vulneración concreta que implicaron para la indemnidad sexual de la víctima.

Conforme con lo anterior, se desechó la alegación del defensor referida a que en el caso que se acreditara que el acusado le metía el dedo en el ano al menor, dicha acción carecería de connotación sexual, ya que, sin perjuicio que tal planteamiento no fue explicado, este Tribunal tuvo en consideración que el concepto de connotación o relevancia sexual no atiende a criterios subjetivos o de satisfacción sexual del hechor, sino que se estructura en base a parámetros objetivos, que en este caso se relacionaron con la afectación directa de partes protegidas del cuerpo humano y con la aptitud de las conductas del hechor para afectar el desarrollo sexual del infante.

A mayor abundamiento, la manipulación del ano del menor tampoco pudo vincularse con conductas lícitas que justificaran o hicieran entendible el actuar acreditado, como hubiese sido, por ejemplo, la introducción de algún medicamento para efectos curativos o del mismo dedo para aliviar una posible constipación, sino que dichas acciones del acusado se enmarcaron claramente en el ámbito de una conducta sexual, más aún si las efectuó aprovechando los momentos en que se encontraba solo con su hijo, cuya corta edad denotó, a su vez, lo abusivo de su actuar.⁸

Sí debemos hacer presente, en relación a las tres sentencias que se han citado, que en todos los casos en que se obtuvo condena por el artículo 365 bis del Código Penal se acreditaron lesiones genitales, tanto vaginales como anales, las que fueron objeto de pericias médico-legales. Esta circunstancia es relevante, pero no debe llevarnos a concluir que para seguir adelante con investigaciones de esta naturaleza sea necesario contar con dichas lesiones, que no forman parte

8 Sentencia disponible en la base de datos de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional.

de la exigencia típica del 365 bis, como no lo son tampoco respecto de ningún delito sexual.

El principio de lesividad resulta relevante en casos como los citados, y en particular el que ha sido analizado en la sentencia objeto de este comentario, pero nuestra posición es clara en el sentido que cada vez que se produzca una introducción de objetos en alguna de las cavidades señaladas por la ley, independiente si ello deja o no lesiones en las víctimas, que pueden ser mayores o menores de edad, estaremos frente al tipo penal señalado y a la afectación de bienes jurídicos relevantes que requieren de protección y respuesta penal.

Finalmente, y como corolario, podemos señalar que al analizar una conducta humana y enmarcarla dentro del tipo penal del artículo 365 bis del Código Penal, primero habrá de estarse al objeto utilizado por el hechor, y al referirse la ley a la voz “objeto”, ella debe ser entendida en su acepción genérica como *“cualquier cosa que tenga existencia material”*, con exclusión, claro está, del pene del agresor,⁹ y en segundo lugar, debemos cumplir con la exigencia típica de significación sexual y relevancia en los términos del artículo 366 ter: *“se entiende por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”*. El cumplimiento de este imperativo legal ligado a la necesaria afectación de un bien jurídico, esto es, a la lesividad de la conducta, nos permitirán distinguir una acción sexual imputable penalmente de una simple acción “alimenticia” o de “toma de temperatura”, en los ejemplos que utilizan los autores Politoff, Matus y Ramírez en obra citada. Lo relevante, entonces, no es la mera introducción de un objeto por vía vaginal, anal o bucal, sino que dicha conducta sea significativa y relevante atendida la edad de los afectados, su relación con el imputado, las lesiones que se causen, en fin, todas aquellas circunstancias que son propias de cada caso y que concurrieron en este particular, como bien lo pudo apreciar la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

Sentencia:

Antofagasta, dos de diciembre de dos mil ocho.

Vistos:

El desarrollo de la audiencia celebrada con fecha doce de noviembre de dos mil ocho, ante la Segunda Sala de esta Corte de Apelaciones, integrada por sus Ministros Titulares Sra. Laura Soto Torrealba, Sr. Oscar Clavería Guzmán

y la Fiscal Judicial Subrogante Sra. Claudia Campusano Reinike, para conocer de los recursos de nulidad interpuestos por la Defensora Penal Pública Licitada doña Karina Trujillo Contreras, en representación del imputado Nelson Fabián Soto López; y el Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Antofagasta don Rodrigo Benitt Coluccio, en contra de la sentencia dictada con fecha 14 de octubre del año en curso, en causa RUC 0800326904-4, RIT 176-2008 del Tribunal de Juicio

9 AGUILAR ARANELA, CRISTIÁN, “Delitos Sexuales” Doctrina y Jurisprudencia, pág. 116, Primera Edición, Editorial Metropolitana, Santiago, octubre 2008.

Oral en lo Penal de Antofagasta, que lo condenó a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias legales, como autor del delito de abuso sexual, en grado de consumado.

En estrados compareció por el imputado el Abogado Defensor Penal Público don Ignacio Barrientos Pardo, quien reiteró las peticiones y fundamentos del recurso de nulidad interpuesto.

El Ministerio Público, representado por el Fiscal Regional don Cristian Aguilar Aranela, quien solicitó acoger el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público.

Se puso término a la audiencia, quedando la causa en acuerdo y lo expuesto por las partes registrado en el sistema de audio.

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que habrá de comenzar por señalar que el Ministerio Público ha deducido el recurso de nulidad en contra de la sentencia, solicitando que se invalide el juicio oral y la misma, a fin de que esta Corte anule el juicio y el fallo impugnado, determinando el estado del procedimiento en que debe quedar, y que el tribunal no inhabilitado que corresponda disponga la realización de un nuevo juicio oral fijando nuevo día y hora para tal efecto, ello por considerar que el fallo recurrido incurre en la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, dado a que los sentenciadores infringieron lo prescrito en el artículo 365 bis del Código Penal,

al estimar que dicha norma exige que los objetos a que hace mención, son entidades corporales distintas e independientes del sujeto activo, lo que no se condice con la historia fidedigna de la ley y la conexión entre la noción de introducción de objetos del artículo 365 bis y el concepto general de acto de significación sexual y relevancia del artículo 366 ter, subyaciendo en ambos el principio de lesividad como norte necesario en la interpretación del tipo penal correspondiente.

SEGUNDO: Que la Defensora Penal Pública doña Karina Trujillo Contreras, interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia que condena a su representando Nelson Fabián Soto López, señalando que la misma incurre en un error por haber negado el reconocimiento de la atenuante de colaboración sustancial establecida en el artículo 11, número 9 del Código Penal, por estar acreditado que su defendido renunció al derecho de guardar silencio, declarando en sede Policial y Fiscal, así como en el juicio, colaborando con la justicia, lo que no fue considerado por el tribunal. Y por haber negado el beneficio de la Libertad Vigilada, concurriendo los requisitos para otorgarla, ya que su defendido no tiene antecedentes penales y cuenta con red de apoyo familiar, aunque el informe presentencial lo niega, falseando la realidad, lo que le resta credibilidad al mismo, no pudiendo ser el fundamento para negar dicho beneficio. Solicita en consecuencia se declare admisible el recurso, concediéndolo ante esta Corte, a fin de que lo acoja e invalide la sentencia recurrida, por concurrir en la especie una errónea aplicación del derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, según lo establecido en el artículo 373 letra b)

del Código Procesal Penal, dictando una sentencia de reemplazo en la que acoja la atenuante de colaboración sustancial y conceda el beneficio de libertad vigilada a su defendido.

TERCERO: Que respecto del recurso interpuesto por el Ministerio Público, el abogado defensor solicitó su rechazo en virtud del principio de legalidad, porque si bien se tuvo por acreditada la introducción del dedo meñique de su defendido en la vagina de la menor, se ha centrado la discusión en si ello constituye la figura de abuso sexual simple o agravada. Al efecto señala que hay que distinguir entre objeto y sujeto, que las cosas y las personas se tratan en capítulos distintos en nuestro Código Civil. Cita a su vez al profesor Fernández Cruz, quien da un valor secundario a la voluntad del legislador, debiendo estarse a lo que un ciudadano medio pueda comprender; también cita al profesor Roxín, quien señala que hay que estar al sentido literal posible en el lenguaje corriente, es decir, el método de interpretación del ciudadano común, ya que da certeza de que la acción que se ejecuta tiene asignada tal o cual pena. Indica que en el principio de ley estricta, la interpretación del Ministerio Público divergente al sentido literal posible del lenguaje corriente, es inadmisibles; por lo que solicita el rechazo del recurso de nulidad interpuesto ya que no existiría error en la aplicación del derecho.

CUARTO: Que por su parte el Ministerio Público solicitó el rechazo del recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública, por ser éste un recurso de derecho estricto, e indica que los considerandos séptimo a noveno establecen el hecho punible y la participación, haciendo abstracción

de la eventual asistencia que presta el acusado. Si bien menciona la declaración de éste, señala que no procede acoger la atenuante de colaboración sustancial, atendido que la prueba de cargo ha sido suficiente para otorgar convicción, más allá de toda duda razonable, tanto de los hechos como de su participación. Respecto de la procedencia de la libertad vigilada, señala, por una parte, que el recurso está mal planteado por no encontrarse en las hipótesis que permite la dictación de una sentencia de reemplazo. Por otra, señala que la sentencia recurrida se hace cargo del beneficio detallando las causales por las cuales no es procedente, siendo el informe presentencial sólo un antecedente; por lo que no existe ningún supuesto para que el Tribunal lo otorgara, solicitando en consecuencia el rechazo del recurso de nulidad interpuesto por la defensa.

QUINTO: Que respecto al recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, es preciso señalar que a nuestro parecer, cuando el legislador utiliza el vocablo 'objeto de cualquier índole', en un sentido natural se está refiriendo a 'cualquier cosa' y en ese sentido la introducción de uno o varios dedos estaría incluida, pues siguiendo la línea argumentativa de la defensa respecto de lo que entendería un ciudadano común por dicho concepto, es de toda lógica pensar que éste no analizará el vocablo desde el punto de vista de la precisión o distinción jurídica entre sujeto y objeto, sino que lo hará en el sentido amplio, genérico y natural que no recoge distinción alguna. Tampoco es dable a nuestro juicio pretender dar la calidad de 'sujeto' a una parte individual del cuerpo humano o sostener a contrario sensu, que no hacerlo es considerar al ser humano un 'objeto',

tales afirmaciones nos parecen erradas y fuera de contexto, pues de la propia redacción de la norma se colige su sentido, sin necesidad siquiera de consultar su historia. Así las cosas se estima que debe entenderse que se está frente a la figura calificada del artículo 365 bis del Código Penal, por lo que deberá acogerse el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público.

SEXTO: Que en virtud de lo anteriormente reflexionado, se ha incurrido en la dictación de la sentencia recurrida en el motivo de nulidad contemplado en el Artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por lo que procede declarar la nulidad del juicio y de la sentencia recaída en él, como se dirá en lo resolutivo.

SÉPTIMO: Que, por acogerse el recurso de nulidad por la causal antes indicada, deducida por el Ministerio Público, y de conformidad con lo que dispone el artículo 384 inciso segundo del Código Procesal Penal, no se emitirá pronunciamiento respecto a lo demás.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 letra b), 384 y 386 del Código Procesal Penal, SE ACOGE el recurso de nulidad deducido por el Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Antofagasta don Rodrigo Benitt Coluccio, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, de fecha catorce de octubre último, y en consecuencia, se la **DECLARA NULA** conjuntamente con el juicio en la cual recayó, debiendo remitirse estos antecedentes a ese Tribunal, para que integrado en la forma ordenado por el artículo 386 del Código Procesal

Penal disponga la realización de otro juicio.

Regístrese y devuélvase.

Rol 252-2008.

Redacción de la Fiscal Judicial Subrogante Sra. Claudia Campusano Reinike.

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

LA INVESTIGACIÓN PATRIMONIAL. UN ENFOQUE METODOLÓGICO

Marcelo Contreras Rojas¹

I. Consideraciones previas

Desde hace ya algunos años, se viene destacando la importancia que trae aparejada la denominada “investigación patrimonial”² en los casos de indagaciones referidas a delitos que involucren determinados grados o formas de criminalidad organizada³. De hecho, en varias convenciones internacionales atinentes a estas materias (Palermo / 2000) se suele destacar esta técnica de investigación, enfatizando que su adecuada utilización permitiría establecer y sancionar el patrimonio ilícito generado por la comisión de diversos delitos. En este contexto, la investigación patrimonial pasa a ser la primera fase de una cadena de eventos que tiene como objetivo final que los bienes de origen ilícito pasen de forma definitiva al Estado⁴.

Conceptualmente, esta técnica de investigación se estructura sobre la base de acreditar o establecer una relación entre personas y bienes o derechos con con-

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Técnica de investigación que permite analizar sistemáticamente la información existente en una serie de archivos y bases de datos (públicas o privadas) u otras fuentes, para identificar e individualizar estos bienes y derechos que integran un patrimonio, atribuyendo la titularidad a un persona física o jurídica. Definición extraída del diario oficial de las comunidades europeas de fecha 15 /05 /2002.

3 En relación con el concepto de investigación patrimonial, estimamos necesario realizar algunas precisiones. En primer lugar, consideramos imprescindible aclarar que esta técnica de investigación no tiene por qué ser encasillada para abordar sólo casos de criminalidad organizada o delitos del orden económico, ya que puede ser utilizada en la investigación de cualquier clase de delitos. Evidentemente, en los casos mencionados será imprescindible su utilización para aclarar de mejor forma lo ocurrido, en cambio, en los otros probablemente su uso estará orientado a generar indicios que permitan complementar la investigación penal mediante antecedentes financieros o económicos.

Por otro lado, podemos mencionar que normalmente se tiende a establecer como sinónimos los términos “investigación patrimonial” e “investigación financiera”. Desde nuestra perspectiva entre ambos términos existiría una relación de género a especie, dado que la investigación financiera es una especie de investigación patrimonial destinada a establecer los diversos pasos de un operación financiera (flujo de la operación), identificando a sus intervinientes, montos, documentos de respaldo, lugares donde se realizó, fechas, etc.

4 Esta cadena de sucesos estaría compuesta por: i) La investigación patrimonial, ii) Las medidas de aseguramiento patrimonial, iii) El comiso de los bienes y iv) La efectiva ejecución de la sentencia penal respecto de los bienes decomisados.

tenido patrimonial, la cual permitiría responder tanto a la pregunta de ¿a quién pertenece realmente este bien o es titular de este derecho?, como también, ¿qué bienes o derechos posee esta persona?, es decir, al momento de desarrollar este tipo de investigación se puede partir ya sea desde las personas, o de los bienes y derechos que se tienen identificados.

Del mismo modo, podríamos señalar que este tipo de investigaciones se plantean desde un punto de vista retrospectivo ya que resulta imposible establecer relaciones entre bienes y personas que se materializarán en el futuro, respecto de ellas podríamos fijar determinados grados de probabilidad en cuanto sus posibilidades de producción, pero no podríamos establecer la efectividad de las mismas. Por otro lado, son investigaciones de tipo cualitativo, dado que se basan específicamente en un caso particular de análisis, en el cual se indagan a fondo los antecedentes que permiten establecer o desvirtuar la relación entre personas y bienes o derechos. Por último, otras características que se suelen mencionar se refieren al carácter altamente documental⁵ que ellas poseen y a la frecuente utilización de principios o reglas de análisis heurístico⁶.

Ahora bien, la forma como podremos establecer la relación sujeto – bien, sobre la base de la cual se estructura la investigación patrimonial, no siempre será la misma, pudiéndose observar en la práctica que no existe mayor claridad y consenso respecto del método⁷ que deberíamos usar para su adecuado establecimiento. Es respecto de este punto que nos parece sumamente importante destacar la necesidad de contar con una metodología adecuada que entregue respuestas satisfactorias respecto de la calidad de las conclusiones a las cuales se pueda arribar.

En este orden de ideas, y de acuerdo a la experiencia práctica que ha adquirido esta Unidad Especializada en la materia, propondremos una metodología de

5 “Las investigaciones financieras son por naturaleza, intensas con relación a la documentación requerida. Involucran por ejemplo, récords sobre cuentas bancarias o archivos de bienes raíces, los cuales apuntan hacia el movimiento del dinero. Cualquier documento que pertenezca o que refleje la secuencia de eventos que apuntan hacia el movimiento de dinero es importante. La meta primordial en una investigación financiera es poder identificar y documentar el movimiento del dinero durante el transcurso de un crimen. El enlace entre el origen del dinero, quién lo recibe, cuándo es recibido, y dónde es guardado o depositado, puede aportar pruebas sobre la actividad criminal”. <http://www.irs.gov/compliance/enforcement/article/0,,id=107515,00.html>. Consultado el 15 de enero de 2009.

6 Como principio de análisis heurístico podríamos mencionar la analogía y la reducción. En cuanto a reglas encontramos la posibilidad de confeccionar figuras de análisis (tablas, esquemas, presentaciones), utilizar números en vez de datos, etc.

7 Respecto del método nos parece importante construirlo tanto a través del método utilizado para investigaciones sociales como a través del método científico. En este contexto se revisaron González, M. “*Metodología de la investigación social*”, Aguacalera España 1997, 1ª edición y Hernández, Fernández y Baptista, “*Metodología de la investigación*” McGraw-Hill México 1991.

investigación patrimonial⁸, haciéndonos cargo de los problemas que se originan al momento de su implementación y planteando posibles soluciones.

II. Estructura metodológica de una investigación patrimonial

En el ámbito internacional, se pueden advertir diferentes metodologías respecto de la forma como estructurar una investigación patrimonial o financiera. Algunas de ellas han sido desarrolladas por policías especializadas y otras por instituciones fiscalizadoras en el ámbito económico, existiendo una relativa coincidencia en cuanto a las fases o etapas que debe tener este tipo de investigación (definición del objeto de la investigación / Revisión de las fuentes de información disponibles / Recopilación de antecedentes / Análisis / Informe de Conclusiones) y respecto del objetivo que se busca conseguir. No obstante lo anterior, al analizar más en detalle estos modelos, se pueden advertir diferencias en cuanto al enfoque de los mismos, cuestión que se evidencia en los énfasis que cada uno de ellos coloca en las distintas etapas de la investigación patrimonial. Es así como en los modelos elaborados por la policía generalmente se destacan las etapas referidas a las fuentes de información disponibles y la forma de obtener la información. Por otro lado, en los modelos creados por organismos fiscalizadores se enfatiza la etapa referida al análisis de información.

La estructura que proponemos a continuación, toma algunas de las etapas de los dos modelos anteriores e incorpora otras, como aquella referida a la verificación de los antecedentes en terreno. Desde nuestra perspectiva, el proceso de investigación patrimonial no es un trabajo que se realiza sólo analizando los documentos y antecedentes que se lograron recopilar, sino que exige determinado trabajo en terreno que permite validar las conclusiones que han sido obtenidas del análisis de los antecedentes.

a. Primera fase. Fijación del objeto de la investigación patrimonial

Esta primera etapa resulta de vital importancia ya que marcará el desarrollo de toda la investigación

a.1. Personas / bienes o derechos a investigar

Como señalábamos anteriormente, en primer lugar debemos definir si la investigación se iniciará desde las personas identificadas o desde los bienes o derechos. En el caso que se inicie desde las personas deberemos establecer respecto de qué personas se realizará dicha investigación y si se abordará su grupo familiar directo, en cuyo caso se debería indicar hasta qué grado de parentesco es necesaria la investigación (en la mayoría de los modelos para el caso de investigaciones

8 Evidentemente, compartimos la opinión de algunos autores en cuanto que “Es importante aprender métodos y técnicas de investigación, pero sin caer en un fetichismo metodológico. Un método no es una receta mágica. Más bien es como una caja de herramientas, en la que se toma la que sirve para cada caso y para cada momento”. Ander-Egg, Ezequiel “Técnicas de investigación social” Lumen Argentina 1995, 24ª edición.

por lavado de dinero se recomienda efectuar la indagación hasta parientes de cuarto grado).

Un caso más complejo se presenta cuando se inicia la indagación desde una persona jurídica, ya que se deberá especificar si la indagación se refiere sólo a ella o también a los socios que la componen. En este último caso se puede generar un efecto expansivo complicado, dado que muchas sociedades están a su vez constituidas por otras sociedades, siendo complejo abarcar a todas las sociedades y socios que forman parte de la cadena⁹.

Por otro lado, si partimos de los bienes o derechos, se tendrá que definir si nuestra intención es sólo determinar quién figura como actual dueño o titular del derecho, o si se quieren establecer las personas que figuraron anteriormente, pudiéndose analizar históricamente los cambios en la propiedad de dicho bien.

a.2. Período de tiempo

Normalmente, se recomienda fijar un marco temporal respecto de la investigación patrimonial que se ajuste al objetivo de la investigación que se está realizando. Evidentemente, en los casos que se quiera conocer todo el patrimonio de un determinado sujeto no se fijarán estos límites.

El fijar este marco ayuda a organizar la información que efectivamente será relevante y permite que la investigación patrimonial pueda ser desarrollada de forma más ágil y eficiente.

En algunas oportunidades no se fija este límite, ya que se quiere realizar un análisis de la evolución histórica del patrimonio, en donde se pueden observar determinados momentos donde se produjo un incremento o disminución inusual¹⁰.

b. Segunda fase. Identificación y recopilación de antecedentes

b.1 Antecedentes y documentación incautada

La investigación patrimonial deberá ser complementada con la documentación y antecedentes incautados. En ocasiones no se consideran estos antecedentes, ya que se obtuvo toda la información financiera y económica desde las diversas instituciones públicas o privadas. Lo anterior es un error dado que se ha podido advertir que muchos antecedentes sólo pueden ser obtenidos dentro de la documentación incautada, principalmente, aquellos referidos a poderes, mandatos, contratos y escrituras privadas, de las cuales no queda registro en las respectivas

9 Asimismo, en el caso de sociedades anónimas abiertas será muy complejo realizar la indagación respecto de los accionistas, ya sea por su compleja identificación como también por el gran número de ellos.

10 Es interesante señalar que este límite operará en ambos sentidos, es decir, hacia el pasado y el futuro. Por ejemplo, en investigaciones en las cuales existan muchos flujos financieros que están circulando, lo normal será fijar un límite hacia el pasado e indicar que la investigación patrimonial debe incluir todas las operaciones que se encuentran en ejecución.

notarías. Asimismo, han sido relevantes los talonarios de cheques en los cuales se efectúan anotaciones respecto de determinadas personas.

Para aprovechar al máximo los antecedentes obtenidos se deberían realizar a lo menos los siguientes procedimientos:

i) Individualización de los documentos

Si bien es cierto toda la documentación incautada se encuentra con su respectiva cadena de custodia, lo más probable es que no toda la documentación sea relevante, en este sentido, desde que se comience el análisis de la información deberían arbitrarse las medidas respecto de cómo se individualizarán los antecedentes que fueron considerados para la investigación patrimonial. Si no se tiene claridad respecto de este punto, lo más probable es que el trabajo no se desarrolle de forma eficiente, dado que se tendrán que revisar nuevamente los antecedentes para individualizarlos.

ii) Estructuración de la información

Con posterioridad a la individualización de los antecedentes, que operó como un filtro respecto de los antecedentes que no aportan a la investigación patrimonial, corresponde agrupar la información según algún tipo de criterio. Generalmente, se agrupa toda la información referida a un determinado bien, por ejemplo, respecto de un inmueble podemos encontrar la inscripción de dominio, el certificado de gravámenes e hipotecas, el certificado de prohibiciones, el contrato de compraventa que motivó la inscripción, el contrato de promesa, el cheque por medio del cual se pagó, las instrucciones notariales, la cartola donde figura el cheque como pagado, las fotos del inmueble, etc.

Luego, cada bien o derecho se va asociando a la persona que corresponda permitiendo formarnos una idea respecto de su patrimonio.

En ocasiones se piden estructuraciones especiales, por ejemplo, cuando se quiere ver puntos de coincidencia entre determinadas personas, caso en el cual se hará primeramente el análisis de las personas y luego estas se asociarán a los bienes, pudiéndose graficar los puntos de conexión.

b.2. Indagación en las diversas fuentes de información

Generalmente, las fuentes de información suelen ser clasificadas en fuentes abiertas (puede acceder cualquier persona), mixtas (sólo acceden directamente algunos que tengan un interés legítimo) y cerradas (aquellas que requieren autorización judicial para acceder a la información).

En materia de investigación patrimonial son utilizados indistintamente estos tres tipos de fuentes de información, debiendo evaluarse la calidad de la información proporcionada por cada una de ellas. En este mismo contexto, se deben tener especialmente presentes los períodos de desfase de información que posean dichas fuentes, por ejemplo, la información que nos entregan algunas de ellas se

actualiza cada dos meses, por lo cual, la información respecto de este período de desfase que se encuentra dentro del marco temporal previamente fijado, habrá que conseguirla más adelante.

i) Identificación de las fuentes de información relevantes

Este es un punto de suma importancia para efectos de realizar una investigación patrimonial eficiente, dado que el universo de fuentes de información es amplísimo, por lo cual habrá que evaluar detenidamente cuáles fuentes de información serán utilizadas. Una primera respuesta sería utilizar sólo aquellas que entregan información patrimonial, pero aun en este caso las posibilidades son extensas, por lo cual, nuevamente lo ideal será utilizar aquellas que se requieran respecto del objeto de la investigación que se haya fijado previamente, teniendo presente que a mayor número de fuentes utilizadas será mayor el tiempo necesario para su análisis, sin que su utilización progresiva implique un aumento proporcional en el grado de certeza del resultado que se busca obtener. En otras palabras, en muchas oportunidades es mucho más eficiente consultar un número reducido de fuentes de información que entregan información de alta calidad, antes de consultar toda la gama de fuentes de información, en donde muchas de ellas no aportarán antecedentes relevantes y sólo aumentarán los antecedentes que deben ser analizados, generándose un efecto negativo.

ii) Selección de los antecedentes que se solicitarán

Luego de haber identificado las fuentes de información relevantes habrá que seleccionar el tipo de información que se solicitará, ya que algunas de ellas manejan un caudal gigantesco de información, siendo imprescindible precisar el tipo de antecedentes que se requieren.

El tener claridad respecto de la información que se quiere obtener, también ayuda a que los requerimientos de información que se efectúen puedan ser contestados con mayor celeridad. Igualmente, le da mayor agilidad a la respuesta el hecho de dividir el requerimiento según el departamento específico (de la institución a la cual se oficia) que le corresponda responder por ese tipo de información. De la experiencia práctica se puede advertir que se suele cometer el error de incluir en un mismo requerimiento diversas solicitudes que deben ser respondidas por distintos departamentos de una misma institución, lo cual genera una demora en la respuesta dado que los departamentos no trabajan en ella de forma simultánea.

iii) Recopilación de los antecedentes

En este punto se debe tener especial cuidado en chequear que la información recopilada diga relación con la información solicitada, ya sea en cuanto al período de tiempo, las personas o bienes consultados.

Asimismo, la información será ordenada y clasificada de forma similar a la planteada anteriormente respecto de los antecedentes incautados.

c. Tercera fase. Proceso de análisis de la información. Elaboración de conclusiones preliminares

El proceso de análisis de la información recopilada es en gran medida lo que conocemos como investigación patrimonial dado que, como señalábamos anteriormente, este proceso busca extraer determinadas conclusiones del análisis de los distintos documentos. Desde nuestra perspectiva, las conclusiones que logren extraerse deberían señalar específicamente los documentos que se tuvieron en consideración para cada una de ellas. En el caso que para desarrollar las conclusiones se requiera de determinados conocimientos técnicos o científicos, será necesaria la elaboración de un informe pericial a este respecto, pero sólo en cuanto a las conclusiones en que requieran ser utilizados tales conocimientos.

Las conclusiones de la investigación patrimonial se estructurarán en base a determinados bienes o respecto de determinadas personas. Por ejemplo, se puede concluir que determinado bien X ha tenido como propietarios a un determinado grupo de personas, que lo han adquirido en determinadas fechas, que en las fechas de adquisición dichas personas no figuraban con ingresos lícitos que permitiesen solventarlas, etc. Por otro lado, si las conclusiones fueran por el lado de las personas, se podría señalar que el sujeto X, ha adquirido un determinado número de bienes en el período de tiempo fijado, que en ese mismo período de tiempo genera de fuentes lícitas una determinada cantidad de dinero, que sus gastos en el mismo período han estado por sobre sus ingresos, etc.

Finalmente, señalar que estas son conclusiones preliminares, ya que se han podido obtener de un análisis meramente documental, cuestión que puede cambiar al indagar la situación en terreno. Por ejemplo, es común que algunos sujetos figuren sin ningún tipo de inversión a su nombre, pero en la realidad posean un gran patrimonio dado que utilizan testaferros.

d. Cuarta fase. Validación fáctica de las conclusiones

Esta es una etapa de suma importancia dentro de la investigación patrimonial, ya que permite establecer la efectividad de las conclusiones obtenidas de forma preliminar. En muchas oportunidades las conclusiones que se extraen de los documentos distan enormemente de la realidad, es así como las conclusiones obtenidas se complementan con la información de la carpeta de investigación en la cual constan diligencias de seguimiento, fijaciones fotográficas, interceptaciones telefónicas, etc. Es decir, mediante determinadas diligencias en terreno podemos validar o invalidar las conclusiones que hemos preparado.

e. Quinta fase. Confección de las conclusiones definitivas

Con posterioridad de la validación fáctica de nuestras conclusiones preliminares, tenemos la posibilidad de elaborar nuestras conclusiones definitivas en las cuales se incorporarán los antecedentes obtenidos en las diligencias en terreno. En este sentido, se deberán identificar los antecedentes tomados en consideración para la elaboración de la conclusión y el razonamiento utilizado.

III. Problemas a tener en consideración

a. Carácter eminentemente documental de la información

El grado de certeza de la información documental dependerá de la calidad de la fuente de información utilizada y de los distintos chequeos o verificaciones que se pueda haber realizado. En este contexto, se debe tener en consideración que la calidad de la información contenida en un documento es baja (en el concepto de que el papel soporta todo), por lo cual se hace necesario el proceso de validación fáctica.

b. Cantidad de antecedentes

Como ya señalamos esta característica de las investigaciones patrimoniales se puede volver un punto complicado, dado que la gran cantidad de antecedentes puede desenfocar el objetivo de la investigación, por lo cual se debe privilegiar la utilización de los antecedentes que entregan información de mayor calidad. Asimismo, se sugiere una perspectiva de análisis holística, que incorpore el análisis de todos los antecedentes de calidad, dado que si sólo consideramos algunos de ellos podemos arribar a conclusiones erradas. La selección precisa de antecedentes también ayudará en un futuro para la incorporación de dichos antecedentes en la audiencia de juicio oral.

MODIFICACIONES A LA LEY N° 17.798, SOBRE CONTROL DE ARMAS: ALGUNOS COMENTARIOS EN TORNO A LOS PROYECTOS DE LEY EN ACTUAL TRAMITACIÓN

Antonio Segovia Arancibia¹

1. Introducción.

El control de las armas en Chile se ha convertido en los últimos años en fuente de múltiples debates políticos y legislativos. Aunque pueda discutirse su origen y contexto, existen a lo menos dos foros concretos a los cuales se ha trasladado esta discusión, adquiriendo con ello un carácter más formal desde un punto de vista jurídico-institucional.

El primero de ellos, es el foro político. La temática “armas” fue incorporada en el Acuerdo Político Legislativo en materia de Seguridad Ciudadana, alcanzado el año 2007 entre la Presidenta de la República, representantes de Gobierno, Presidentes de Partidos Políticos con representación en el Congreso Nacional, y Senadores y Diputados de todas las bancadas políticas, cuyo objetivo central era comprometer la aprobación de una serie de medidas administrativas y legislativas tendientes a dotar al Estado de “... mejores herramientas para el combate de la delincuencia”.² Respecto al control de armas, se acordó la necesidad de modificar el Decreto N° 400, del Ministerio de Defensa Nacional, publicado con fecha 13 de abril de 1978, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.798, sobre control de armas³, en a lo menos dos puntos centrales: tipificar y aumentar las penas a quienes provean de armas a menores de edad; e incluir una nueva medida cautelar personal en el Código Procesal Penal, que prohibiera tener, poseer o portar armas de fuego.⁴

El segundo es el foro legislativo. Consecuencia directa del aumento e importancia otorgada en la agenda pública al control de armas, o simple coincidencia de impulsos legislativos, lo cierto es que el tema ha generado una importante presentación de proyectos de ley que pretenden modificar la normativa vigente. Es en el debate producido en el foro legislativo que este artículo se inserta. Es precisamente el objetivo principal de este artículo, presentar de manera

1 Abogado Asesor de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Boletín N° 6201-02. Moción de los H. Diputados Bauer, Cardemil, Correa, Cristi, Fuentealba, Pérez, Ulloa, Urrutia, Vargas y Von Mulehnbrock, ingresada con fecha 13 de noviembre de 2008.

3 En adelante nos referiremos sólo a Ley sobre control de armas o Ley N° 17.798.

4 *Ibid.*

sistemática 12 proyectos de ley que pretenden modificar la ley⁵, exponiendo sus fundamentos y justificaciones y un análisis de sus principales propuestas de reformas, centrándose, por el interés que ello representa para el Ministerio Público, en aquellas propuestas de reformas que inciden en los tipos penales contenidos en la ley, y en reformas al Código Procesal Penal. Al finalizar, se concluirá señalando que todas las propuestas legislativas comparten los mismos lineamientos generales e ideas matrices, lo cual justificaría la unión de los proyectos y su discusión en un debate único, para de esta manera evitar un gasto innecesario de recursos y propender a una discusión más seria, desde un punto de vista técnico y político-criminal, que a la vez sea transversal y logre modificaciones que se inserten en una determinada estrategia de reforma racional, coherente y eficiente.

2. Fundamentos que Sustentan los Proyectos de Ley.

Un somero análisis de los antecedentes y fundamentos que han servido para sustentar las iniciativas legales que inciden en la Ley N° 17.798, permiten dividirlas en tres grandes grupos. En primer lugar se encuentran aquellas que se originan por la ocurrencia de algún hecho concreto específico, y que en consecuencia proponen modificaciones particulares a la ley. En segundo lugar están aquellas iniciativas legales que se fundamentan en la peligrosidad que representa el acceso a las armas de fuego por parte de particulares, y su relación con hechos de violencia y vinculación a la comisión de delitos. Dichos proyectos proponen restringir, o derechamente prohibir, a particulares el acceso a las armas de fuego. Por último, se encuentran aquellos proyectos que se fundamentan en las políticas criminales diseñadas por el Estado o acordadas entre varios actores políticos. Dichos proyectos proponen modificaciones integrales a la ley que incluyen aspectos administrativos, de acceso a las armas, investigación de los delitos contemplados en la ley, y todo lo referente a los delitos en ella contemplados, sus penas y los aspectos procesales penales relacionados.

2.1. Fundamentos Específicos.

En este primer grupo podemos reunir cinco iniciativas legales: la primera se encuentra contenida en el Boletín N° 5653-07, ingresado el 19 de diciembre de 2007 y que se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional, cuyo objetivo es modificar los artículos 288 y 288 bis del Código Penal y algunas normas de la Ley N° 17.798, con el objeto de hacer más estrictos los tipos penales que sancionan la fabricación y porte ilegal de armas blancas y de fuego dentro de los recintos penitenciarios, por el peligro que ello supone al resto de

5 El análisis incluye los 12 proyectos de ley en actual tramitación que pretenden modificar de manera directa y sustancial la Ley sobre control de armas. No se incluyen, en consecuencia, aquellos proyectos que inciden sólo de manera tangencial en la ley, de modo tal que las modificaciones se refieren no al control de armas sino como parte de modificaciones de otra naturaleza en las cuales la Ley de armas contiene alguna norma relevante.

los internos y al personal de Gendarmería. El proyecto en concreto postula que *“... la fabricación, tenencia y porte de armas cortantes y punzantes por parte de los internos, (...) son utilizadas en la comisión de delitos al interior de los mismos, siendo sus víctimas otros internos o personal de Gendarmería de Chile”*.⁶

El segundo proyecto corresponde al Boletín N° 5476-02, ingresado con fecha 7 de noviembre de 2007, en primer trámite constitucional, cuyo fundamento es la insuficiente amplitud del tipo penal del artículo 8° de la Ley N° 17.798, que no sancionaría ciertas conductas relacionadas con el llamado “mercenarismo” es decir, el *“... reclutamiento y entrenamiento de tropas privadas, destinadas a guerras externas.”* El proyecto se fundamenta en las situaciones dadas a conocer por un programa periodístico de televisión, en el cual se mostraban procesos de selección y entrenamiento de “mercenarios”, esta última actividad desarrollada con armamentos falsos o de utilería, acción que a juicio de los legisladores proponentes no se encuentra contemplada en las hipótesis del artículo 8° de la ley⁸, que sanciona las conductas allí descritas sólo cuando han sido utilizadas armas o elementos sujetos a control individualizados en el artículo 2° (por tanto, *verdaderas*). Habría en consecuencia una laguna punible que se intenta llenar con el proyecto.⁹

En tercer lugar se encuentra el proyecto de ley contenido en el Boletín N° 5254-02, ingresado con fecha 9 de agosto de 2007, que se basa en el hecho de que la Ley de control de armas no permite a funcionarios de la Policía de Investigaciones importar y fabricar armamentos, sin las autorizaciones correspondientes. Dicha situación los pone en un pie de desigualdad con Carabineros de Chile y las Fuerzas Armadas, organismos exceptuados de requerir tales autorizaciones. Como los autores del proyecto sostienen, *“... la Policía de Investigaciones de Chile para el cumplimiento de sus funciones, al igual que Carabineros de Chile, requiere adquirir armamento, municiones, elementos de seguridad y protección balística, elementos disuasivos entre otros, por lo que al no otorgársele facultad para importar se anula la posibilidad de contar con las herramientas necesarias para su labor y debida protección de sus funciones”*.¹⁰

Por último, podemos mencionar dos breves proyectos de ley como parte de este grupo. El primero se encuentra en el Boletín N° 3943-07, en primer trámite constitucional, que propone que las personas que hayan sido condenadas o se

6 Boletín N° 5653-07. Moción de los H. Senadores Navarro, Gómez, Larraín y Espina, ingresado con fecha 19 de diciembre de 2007.

7 Boletín N° 5476-02. Moción del H. Senador Navarro, ingresada con fecha 7 de noviembre de 2007.

8 El artículo 8° sanciona en general a *“... los que organizaren, pertenecieren, financiaren, dotaren, instruyeren, incitaran o indujeran a la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas...”*, con alguna de las armas o elementos sujetos a control por la misma ley.

9 Boletín N° 5476-02, ob. cit.

10 Boletín N° 5254-02. Moción de los H. Diputados Álvarez, Araya, Burgos, Bustos, Cardemil, Meza, Pérez, Sule y Uriarte, ingresada con fecha 9 de agosto de 2007.

encuentren procesadas en el exterior, no puedan obtener en Chile autorización para inscribir o portar un arma, debido a que dicha situación “... *no está contemplada en nuestra legislación, por lo que se ha visto que delincuentes internacionales inscriben armas en Chile, con las que posteriormente cometen delitos.*”¹¹ Finalmente, encontramos el proyecto de ley que propone establecer una causal de cancelación del permiso para portar armas de fuego “... *a quienes se les haya dictado a su respecto apertura del juicio oral...*”¹² Lo anterior se justificaría en el hecho que personas que están siendo procesadas por diversos delitos, cuando son detenidas para efectos de iniciar el cumplimiento de sus condenas, se encuentran portando armas debidamente autorizadas, lo cual “... *a pesar de poner en grave riesgo la vida e integridad física de los funcionarios policiales, no tiene actualmente sanción alguna*”¹³.

2.2. Fundamentos Relativos al Acceso a las Armas de Fuego.

En este segundo grupo podemos reunir todos aquellos proyectos que se basan en la idea de que el acceso de los particulares a las armas de fuego, aun cuando éstas se hayan adquirido de forma legítima, es fuente creadora de peligros para la seguridad de las personas. Una de las ideas centrales de este grupo de proyectos es que el monopolio legítimo del porte y uso de armas, corresponde “... *en forma exclusiva y excluyente al Estado, a través de las Fuerzas de Orden y Seguridad...*”¹⁴ Como consecuencia de lo anterior, sólo el Estado podría armarse legítimamente. En este sentido, un grupo de Diputados ha señalado que “... *rechazamos la posibilidad que la población se arme, para prevenir perjuicios o atentados potenciales. La seguridad pública debe ser garantizada por los organismos profesionales que por mandato constitucional efectúan tal labor.*”¹⁵ En la misma línea, y abogando en favor de establecer una prohibición absoluta respecto de particulares para tener o portar armas de fuego en lugares destinados a la habitación, otra iniciativa legal señala que el Estado “... *tiene el uso exclusivo y excluyente de la fuerza socialmente organizada, y por lo tanto, el control absoluto de las armas de fuego en nuestra sociedad...*”¹⁶

Respecto al peligro concreto (o abstracto) que el porte y uso de armas genera para la seguridad de las personas, varias de las iniciativas legales en este grupo enfatizan la supuesta relación causal que existiría entre la adquisición y tenencia

11 Boletín N° 3943-07. Moción del H. Diputado M. Errázuriz, ingresada con fecha 3 de agosto de 2005.

12 Boletín N° 5260-02. Moción del H. Senador Naranjo, ingresada con fecha 10 de agosto de 2008.

13 *Ibid.*

14 Boletín N° 5362. Moción del H. Senador Escalona, ingresada con fecha 25 de septiembre de 2007.

15 Boletín N° 5401-02. Moción de los H. Diputados Aguiló, Burgos, Bustos, Enríquez-Ominami, Escobar, Farías y Girardi, ingresada con fecha 11 de octubre de 2007.

16 Boletín N° 5605-02. Moción del H. Diputado Letelier, ingresada con fecha 19 de diciembre de 2007.

de un arma de fuego y su posterior desvío y uso con fines ilícitos. Así por ejemplo, luego de analizar las cifras referentes al uso de armas de fuego por parte de particulares y en la comisión de delitos, contenidas en la Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana del año 2005, el autor de uno de los proyectos de ley concluye que “... un número significativo de las armas usadas en la comisión de delitos violentos, eran armas de personas naturales que poseían las mismas en sus domicilios”.¹⁷ El mismo proyecta finaliza argumentando que una estrategia nacional que tenga por objeto desincentivar la tenencia y porte de armas de fuego es necesaria por tres razones: “... primero pues estas mismas armas de fuego son aquellas de las que se nutren los barretines de los delincuentes y sicarios; que el tráfico de armas de fuego, es especialmente grave cuando tienen acceso a estas niños y jóvenes quienes las usan incluso para resolver diferencias meramente coyunturales o para afirmar una determinada posición en un grupo de pertenencia; y pues la experiencia en el trabajo de las Policías y el Ministerio Público en la prevención y represión de los ilícitos, estos han resultado inequívocamente más eficaces en dicho fin que cuando aquél lo pretenden particulares”.¹⁸

Por último, y relacionado con el argumento anterior, este grupo de iniciativas sostienen que la laxitud que existiría en los controles y requisitos para adquirir y tener un arma de fuego produciría una proliferación de éstas y su inevitable uso por parte de sujetos vinculados en la comisión de delitos. Una de las versiones de esta idea es que las armas que los particulares mantienen para su defensa personal son sustraídas por sujetos que luego las utilizan para cometer delitos.¹⁹ Otra versión, aunque en la misma línea, sostiene que “... se ha comprobado que el resguardo inapropiado de las armas de fuego conlleva, por una parte, una mayor posibilidad de que éstas lleguen a poder los delincuentes, al ser robadas a sus propietarios aumentando la peligrosidad de éstos y dificultando la investigación y, por otro lado, significa un mayor riesgo de un uso irracional y apresurado”.²⁰

2.3. Fundamentos Político-Criminales.

En este grupo se incluyen dos proyectos de ley, uno iniciado por Mensaje del Ejecutivo y el otro por Moción de un grupo de Diputados. El proyecto iniciado por Mensaje presidencial, de fecha 11 de octubre de 2007, es hasta el momento una de las iniciativas más completas presentadas al Congreso para la modificación de la Ley sobre control de armas, ya que incluye propuestas referidas al control y fiscalización de la adquisición y uso de armas de fuego, como asimismo una revisión de los tipos penales contemplados en la ley. Los fundamentos del proyecto, a diferencia de los analizados hasta el momento, son más globales en su formulación, y se enmarcan dentro del contexto de la agenda político-criminal

17 Boletín N° 5762-02. Moción del H. Senador Escalona, ingresada con fecha 5 de marzo de 2008.

18 Ibid.

19 Boletín N° 5605-02, ob. cit.

20 Boletín N° 5456-02. Moción de los H. Diputados Burgos, Bustos, Enríquez-Ominami, Insunza, Leal, León, Montes y Mulet, ingresada con fecha 6 de noviembre de 2007.

del gobierno. De esta manera, el proyecto se inicia con la siguiente declaración: *“Combatir la delincuencia y enfrentar con decisión el aumento de la violencia, son una preocupación permanente de mi gobierno”*.²¹ A continuación, se señala que la presentación del proyecto se inserta en la Estrategia Nacional de Seguridad Pública que se entregó al país en noviembre del año 2006.²²

Desde la perspectiva del control de armas propiamente tal, el proyecto se sostiene en el supuesto aumento de armas de fuego entre sujetos que las utilizan para cometer delitos y en los sectores más vulnerables, lo cual habría contribuido al incremento de los niveles de violencia entre jóvenes, al interior de la familia y en el *“... actuar delincuencia”*.²³ El proyecto también hace referencia al acceso de particulares a las armas y cómo éstas son sustraídas por personas que las utilizan para cometer delitos. Por último, el proyecto se refiere al incremento de la capacidad de fuego de *“delincuentes y narcotraficantes”*, quienes *“... cuentan en su poder con un número importante de municiones, tanto hechas como provenientes del mercado ilícito”*, a consecuencia de lo cual se haría *“... imperioso e imprescindible establecer mejores medidas de control”*.²⁴

El proyecto de origen parlamentario es la última iniciativa ingresada a tramitación con el objeto de modificar la Ley N° 17.798. Se fundamenta en el Acuerdo Político Legislativo en materia de Seguridad Ciudadana suscrito por representantes del Gobierno, Presidentes de Partidos Políticos con representación en el Congreso Nacional y Senadores y Diputados de todas las bancadas, en el cual se habría acordado un apoyo transversal para la modificación de la Ley N° 17.798.²⁵ El proyecto señala que la iniciativa presentada por el Ejecutivo, discutida más arriba, contiene dos puntos específicos sobre los cuales se logró acuerdo: la creación de una nueva medida cautelar que prohíba tener, poseer o portar armas de fuego, y el aumento de las penas cuando se provea de armas a menores de edad. Sin embargo, la propuesta del Ejecutivo fue más allá, y contiene otras propuestas de modificaciones que no contarían con el apoyo necesario para lograr avances en su tramitación, razón por la cual, y para hacer más expedita la tramitación de aquellas modificaciones que tienen acuerdo, es que el proyecto en comento se presenta, conteniendo sólo propuestas en torno a los dos puntos consensuados.²⁶

La clasificación de los proyectos de ley según sus fundamentos, como se ha propuesto, obedece a razones sistemáticas de presentación de la información. Sin embargo, es posible advertir que todos los proyectos se basan en algunas ideas matrices comunes, y que dicen relación con el peligro que supone el acceso y utilización de armas de fuego para la seguridad individual y colectiva, sobre todo

21 Mensaje N° 812-355, de fecha 11 de octubre de 2007. Contenido en Boletín N° 5405-02.

22 Ibid.

23 Ibid.

24 Ibid.

25 Boletín N° 6201-02, ob. cit.

26 Ibid.

cuando éstas son utilizadas para la comisión de delitos o por bandas organizadas para cometer delitos violentos o complejos. Es en el espíritu común de restringir el acceso de los particulares a las armas de fuego y de reprimir más duramente la tenencia y porte ilegal de éstas, o su utilización para la comisión de otros delitos, que los legisladores y el Ejecutivo han estructurado sus proyectos.

3. Contenido de los Proyectos.

En lo sucesivo se hará referencia a los contenidos específicos de los proyectos de ley. Como ya se ha señalado, las iniciativas abordan una diversidad de materias, por lo que se intentará tratarlas desde una perspectiva sistemática, y poniendo énfasis en aquellas modificaciones de carácter penal y procesal penal. Se han dividido las propuestas contenidas en los proyectos de ley en seis grupos: 1. Control de armas; 2. Bases de datos; 3. Facultades institucionales; 4. Acceso a las armas y requisitos para su tenencia y porte; 5. Modificaciones de tipos penales y penas; 6. Modificaciones al Código Procesal Penal.

3.1. Control de Armas.

El proyecto iniciado por Mensaje del Ejecutivo, Boletín N° 5405-02, propone en materia de control de armas reemplazar la letra c) del artículo 2°, que somete a control a las municiones y cartuchos, extendiendo dicho control a las máquinas recargadoras de cartuchos de caza y proyectil único.²⁷

3.2. Bases de Datos.

El proyecto de ley presentado por el Ejecutivo incluye dos modificaciones en materia de bases de datos. La primera consiste en agregar un nuevo artículo 2° A, que dispone que toda arma de fuego deberá ser sometida a un sistema de registro de evidencia balística que formulará, implementará y gestionará la Dirección General de Movilización Nacional (DGMN), para lo cual confeccionará una base de datos que se alimentará mediante la toma de las huellas de disparo, constando las marcas y señales exclusivas que deje el proyectil. Resulta importante destacar que el proyecto contempla el libre acceso a dicha base de datos por parte del Ministerio Público y las policías en el marco de las investigaciones que desarrollen.

La segunda modificación se traduce en la sustitución del inciso cuarto del artículo 16, en el sentido de permitir a ciertos funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile un acceso directo e integral a la base de datos sobre inscripciones y registro de armas que debe mantener la DGMN.²⁸ Nos parece que no tiene ningún sentido excluir al Ministerio Público de la facultad de acceso a esta base de datos, ya que constituiría una importante fuente de información y evidencia para el desarrollo de las investigaciones, que

27 Boletín N° 5405-02, ob. cit.

28 Ibíd.

por lo demás dirigen los fiscales con auxilio de las policías, según lo prescribe el artículo 77 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 79 y 180 y siguientes del mismo cuerpo legal.

3.3. Facultades Institucionales.

El proyecto de ley contenido en el Boletín N° 5254-02 propone exceptuar a la Policía de Investigaciones de Chile, equiparándola en este contexto con Carabineros de Chile y las Fuerzas Armadas, de las prohibiciones señaladas en el artículo 3° de la ley²⁹. Asimismo, propone exceptuarla de solicitar las autorizaciones y controles tratados en el artículo 4° de la ley, que estipula como requisito para fabricar, armar, transformar, importar o exportar armas o elementos indicados en el artículo 2°, autorización de la DGMN. De la misma manera, requiere autorización de la DGMN para poseer, tener, transportar, almacenar, distribuir o celebrar convenciones sobre armas o elementos sujetos a control indicados en el artículo 2°.³⁰ El proyecto propone que la Policía de Investigaciones no tenga que inscribir ni solicitar permisos para portar armas, que son elementos necesarios para el desarrollo de su labor, a pesar de que el artículo 2° del Reglamento Complementario exceptúa a la Policía de Investigaciones de requerir autorización para la tenencia de “... las armas y elementos que adquieran y utilicen para sus propios fines institucionales”. Respecto a los problemas sistemáticos que ambas normas generan, y que el proyecto de ley pretende subsanar, se ha señalado: “... estimamos que una adecuada técnica legislativa requiere que exista una consagración a nivel legal que beneficie a estas tres instituciones (Carabineros, Fuerzas Armadas y Policía de Investigaciones), exceptuándolas directa y autónomamente, sin necesitar el apoyo de un reglamento para obtener la exención por vía interpretativa”.³¹

3.4. Acceso a las Armas y Requisitos para su Tenencia y Porte.

En materia de acceso y requisitos para la tenencia y porte de las armas, el proyecto de ley iniciado por el Ejecutivo, contenido en el Boletín N° 5405-02, propone 6 modificaciones a la Ley de control de armas. En primer lugar, se propone modificar los artículos 5° y 5° A de la ley, estableciendo la obligación de poseedores y tenedores de armas de acreditar anualmente ante la autoridad fiscalizadora que el arma se encuentra en su poder. Asimismo, se establece la obligación de comunicar cualquier cambio de domicilio en el plazo de 10 días.

29 El artículo 3° prohíbe poseer o tener armas largas cuyos cañones hayan sido recortados, armas cortas de cualquier calibre que funcionen en forma totalmente automática, armas de fantasía, ametralladoras, subametralladoras, metralletas y otras que indica el inciso primero. En su inciso segundo, la norma prohíbe poseer o tener artefactos fabricados sobre la base de gases asfixiantes, paralizantes o venenosos, entre otros. El inciso tercero se refiere a las armas de fabricación artesanal y a las transformadas sin autorización de la DGMN.

30 Boletín N° 5254-02, ob. cit.

31 CEA, Sergio; MORALES, Patricio. *Control de Armas, Manual de Aplicación de la Ley N° 17.798*. Editorial LexisNexis, 2006, p. 33.

El incumplimiento a estas obligaciones producirá la cancelación de la inscripción y la incautación del arma.³² En segundo lugar, se reduce el plazo de autorización de porte de armas por parte de personas inscritas como deportistas de dos años a un año (artículo 5°). En tercer término, se consagra legalmente, en el artículo 5° de la ley, la obligación de solicitar autorización a la DGMN para la venta, cesión o transferencia de un arma de fuego. Respecto a los requisitos para inscribir armas de fuego, el proyecto propone eliminar la posibilidad de autorizar, en casos calificados, a personas condenadas por delitos que no merezcan pena afflictiva, para inscribir un arma. Se suman como requisitos adicionales el no encontrarse sujeto a medida cautelar personal que impida la tenencia, posesión o porte de armas, y el no haberse cancelado a su respecto alguna inscripción de armas de fuego en los 5 años anteriores a la solicitud. Por último, se regula con mayor detalle la adquisición y posesión de municiones y máquinas recargadoras de cartuchos, y se reduce de dos a una el número de armas que pueden estar inscritas a nombre de una persona, y un máximo de tres en caso de autorizaciones fundadas.³³

Otras modificaciones propuestas, actualmente en discusión, se refieren en general a restringir el acceso a las armas de fuego y hacer más estrictos los controles para los poseedores.³⁴ En el caso de los proyectos contenidos en los Boletines N° 3943-07 y 5260-02, las modificaciones están orientadas a prohibir a las personas que se encuentren en determinadas situaciones la tenencia legítima o inscripción de armas (en el primer caso, se propone establecer la cancelación del permiso para portar armas “... a quienes se haya dictado a su respecto apertura del juicio oral”³⁵; en el segundo, se intenta prohibir la inscripción de armas respecto de quienes tengan antecedentes penales en el exterior).

Por último, las iniciativas que se encuentran en los Boletines N° 5605-02 y 5401-02 proponen derechamente prohibir la inscripción, porte y tenencia de armas de fuego por parte de particulares. El primer proyecto se refiere a una situación más concreta, la tenencia de armas de fuego y municiones en lugares destinados a la habitación, sin modificar el resto de la normativa sobre autorizaciones e inscripciones de armas. En concreto, propone introducir un artículo 2° bis nuevo a la ley, mediante el cual se prohíba absolutamente la tenencia de armas de fuego o municiones en lugares destinados a la habitación, agregando en un nuevo inciso segundo que el “... *Estado tendrá en forma exclusiva y excluyente la facultad de fabricar, armar, transformar, importar o exportar armas de fuego o los elementos indicados en el artículo 2°*”.³⁶ El segundo proyecto propone derechamente

32 Boletín N° 5405-02, op. cit.

33 *Ibid.*

34 En este sentido, Boletines N° 5762-02 y 5456-02, este último más orientado al control de las municiones.

35 Boletín N° 5260-02, ob. cit.

36 Boletín N° 5605-02, ob. cit.

prohibir a todas las personas inscribir y utilizar armas de fuego, excepto por las fuerzas de orden y seguridad pública y los deportistas que utilicen armas.³⁷

3.5. Modificaciones de Tipos Penales y Penas.

3.5.1. Penalidad.

En materia de penas, dos proyectos en especial proponen aumentar las penas de los delitos tipificados en la Ley N° 17.798. El primero, contenido en el Boletín N° 5362-02, pretende aumentar las penas contempladas a quienes realicen las conductas descritas en los artículos 8°, 9°, 9° A, 10°, 11°, 13°, 14°, 14° A y 17°. Entre otras modificaciones, en los casos de los delitos de tenencia y porte ilegal de arma de fuego, y en el caso del delito de tráfico de armas, tipificados en los artículos 9°, 11° y 10° de la ley respectivamente, el proyecto propone reemplazar las penas contempladas, de carácter compuesto, por penas únicas, eliminando el límite punitivo inferior y dejando como pena única aquella máxima contemplada en la ley para cada delito. Así, por ejemplo, el proyecto propone cambiar la pena del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, que actualmente va de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, por una pena única de presidio mayor en su grado mínimo.³⁸

El proyecto presentado por el Ejecutivo obedece a otra lógica en materia de penas. En lugar de eliminar el rango inferior de la pena compuesta y sancionar la conducta con una pena única, propone conservar una pena compuesta, pero elevando el rango inferior. Así, por ejemplo, eleva la pena mínima aplicable a los delitos de tenencia ilegal y porte ilegal de arma de fuego de presidio menor en su grado medio a presidio menor en su grado máximo.³⁹

3.5.2. Tipos Penales.

La principal modificación es la propuesta en el proyecto presentado por el Ejecutivo, en cuanto propone crear un nuevo tipo penal, sistemáticamente ubicado en el inciso segundo del artículo 9°, y que sería del siguiente tenor:

*“Con la misma pena señalada en el inciso anterior, serán sancionados los que vendan, cedan o transfieran a cualquier título un arma inscrita a su nombre, sin contar con la autorización previa de la autoridad fiscalizadora. Si la venta, cesión o transferencia se hiciera a menores de edad, la pena respectiva se elevará en un grado”.*⁴⁰

Cabría hacer algunos comentarios respecto a este nuevo delito que se propone incorporar en la ley de control de armas. En primer término, su incorporación dentro del artículo 9° de la ley lo transforma en un delito cuya investigación es de competencia del Ministerio Público, y su juzgamiento de los tribunales de garantía y tribunales orales en lo penal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 de la ley. En segundo lugar, el delito castiga la venta, cesión o trans-

37 Boletín N° 5401-02, ob. cit.

38 Boletín N° 5362-02, ob. cit.

39 Boletín N° 5405-02, ob. cit.

40 Boletín N° 5405-02, ob. cit.

ferencia a cualquier título de un arma inscrita a su nombre, situación similar a la contemplada en el artículo 10° de la ley que tipifica el llamado “tráfico de armas”, que en la modalidad descrita en el inciso primero, sanciona a los que “... *fabricaren, armaren, transformaren, importaren, internaren al país, exportaren, transportaren, almacenaren, distribuyeren o celebraren convenciones respecto de los elementos indicados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2°, sin la autorización a que se refiere el artículo 4°...*”.

Ambas normas sancionan la venta, cesión o transferencia de un arma⁴¹. Las diferencias que se perciben es que en el caso del artículo 9° inciso segundo lo que se castiga es la venta, cesión o transferencia de un arma inscrita a nombre del vendedor sin las correspondientes autorizaciones, mientras que el artículo 10 se refiere a armas que pueden no estar inscritas y para cuya transferencia se requiere de la autorización a que se refiere el artículo 4° de la ley. El artículo 4°, a su vez, señala que se requiere de autorización por parte de la DGMN para poseer o tener las armas o elementos indicados en el artículo 2°, y para transportar, almacenar, distribuir o celebrar convenciones sobre dichas armas. De una lectura sistemática de las normas citadas se puede concluir que la conducta que se pretende incorporar en el artículo 9° ya se encontraba regulada en el artículo 10°⁴². El Ejecutivo, por tanto, aparentemente pretende crear una figura especial, con un rango de penalidad distinta, para aquellos que vendan o transfieran armas inscritas a su nombre.

Sin perjuicio de los problemas concursales a que la aplicación de estas dos normas pudiera dar lugar, resulta importante detenerse en el examen del aspecto procesal de competencia para investigar y juzgar estos delitos, ya que de aprobarse la ley una misma persona podría quedar sujeta a dos jurisdicciones distintas, la ordinaria y la militar, por una misma acción: la venta de armas, en un caso inscritas a su nombre y en el otro no. Desde el punto de vista concursal y de aplicación de penas, el sujeto debiera esperar además que se le apliquen penas distintas, pues en el delito tipificado en el artículo 9° tendría una pena mínima

41 Mientras el artículo 9° inciso segundo habla textualmente de la *venta, cesión o transferencia*, el artículo 10 inciso primero sanciona, entre otras conductas, la *celebración de convenciones* respecto de las armas y elementos sujetos a control que indica. El término *convenciones*, utilizado en el artículo 1438 del Código Civil, no sería sinónimo de contrato, pero sí estarían en una relación de género a especie, en donde las convenciones serían el género, “... (*acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar, extinguir o transferir derechos u obligaciones*)...”. LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Los Contratos, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 1986. En el mismo sentido, vid. ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General, Tomo Segundo*, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

42 Ello porque de acuerdo a lo establecido en el artículo 10° de la ley sobre control de armas, el que vende un arma inscrita a su nombre igual hubiera requerido de autorización por parte de la DGMN, ya que el artículo 4° exige la autorización para poseer o tener las armas o elementos y para transportarlas, almacenarlas, distribuirlas o celebrar convenciones a su respecto (lo anterior por el uso de la conjunción “ni” en el artículo 4°).

más alta, mientras que en el caso del artículo 10° la pena máxima es más alta. Todo ello por realizar una conducta que pareciera vulnerar por igual el bien jurídico protegido y que al menos en principio tendría el mismo disvalor de acción y de resultado. Dicha situación nos hace pensar en que parece razonable unificar ciertas conductas bajo la competencia de un solo organismo. En este sentido, una solución posible es que la venta, cesión o transferencia a cualquier título de las armas y elementos indicados en las letras b), c), d) y e) del artículo 2° de la ley, puedan ser investigados por el Ministerio Público y sean de competencia de los tribunales de garantía y orales en lo penal, sin importar si el arma está o no inscrita, junto con las conductas de transportar, almacenar y distribuir, mientras que las restantes conductas descritas en el artículo 10 inciso primero (fabricar, armar, transformar, importar, internar al país y exportar), continúen siendo competencia de los tribunales militares. Adicionalmente, cuando se trate de los elementos indicados en la letra a) del artículo 2° (material de uso bélico), los tribunales militares debieran asumir competencia cuando se realice cualquiera de las conductas señaladas. Otra alternativa es otorgarle competencia a la justicia ordinaria respecto de todas las conductas descritas en el artículo 10°, lo cual por lo demás sería concordante con lo estipulado en otras leyes.⁴³ Sea cual fuere la solución, parece razonable, desde el punto de vista de la eficiencia y razonabilidad de la investigación y persecución penal, unificar las conductas descritas y sancionadas en el artículo 9° inciso segundo y 10° bajo una misma competencia.

Por último, el proyecto contenido en el Boletín N° 5476-02 propone ampliar el tipo penal contenido en el artículo 8° de la ley, en cuanto a incluir armas o elementos sujetos a control "*falsos o de utilería*"⁴⁴ dentro de los elementos comisivos del ilícito, para de esta manera sancionar a aquellos que organicen, instruyan, incitan o indujeren la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, cuando se han utilizado armas de juguete o utilería.

3.5.3. Circunstancias Agravantes.

En el Boletín N° 5653-07 se propone incluir un nuevo artículo 14 D a la ley, en virtud del cual cuando los delitos de tenencia y porte ilegal de armas de fuego, y tráfico de armas, se hayan cometido dentro de un establecimiento penitenciario o dentro de alguno de los Centros de Privación de Libertad a que se refiere el artículo 43 de la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal de

43 El artículo 27 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, lista al delito tipificado en el artículo 10 de la Ley sobre control de armas como uno de los delitos base o precedentes del lavado de dinero. El delito de lavado de dinero es de competencia del Ministerio Público, pudiendo en consecuencia producirse problemas de competencia al momento de investigar ambos hechos.

44 Boletín N° 5476-02, op. cit.

los Adolescentes, el tribunal podrá aumentar la pena en un grado, y no podrá imponer únicamente la pena de multa.⁴⁵

Los proyectos contenidos en los Boletines N° 5405-02 y 6201-02, incluyen aumentos de pena cuando se vendiere o proveyere de armas de fuego a menores de edad.

3.6. Modificaciones al Código Procesal Penal.

Los mismos proyectos individualizados en el párrafo proponen incluir una nueva medida cautelar personal en el listado del artículo 155 del Código Procesal Penal, agregando una letra h) nueva del siguiente tenor:

“h) La prohibición de poseer, tener o portar armas de fuego.”⁴⁶

La inclusión de dicha medida cautelar personal nueva es relevante también para la propia ley de control de armas, en cuanto impediría inscribir un arma de fuego cuando su poseedor o tenedor se encuentre sujeto a dicha medida cautelar personal, en los términos del artículo 5° A de la ley.

4. Conclusiones.

El peligro que las armas de fuego suponen para la seguridad individual y colectiva, unido al aumento de hechos en los cuales dicho peligro se ha concretizado en la lesión efectiva de bienes jurídicos protegidos por nuestra legislación, ha derivado en el aumento de la cantidad e intensidad de los debates relativos al control de armas en Chile. Dicho debate se ha trasladado efectivamente a los foros políticos y legislativos.

Desde una perspectiva legislativa, la discusión sobre el tema ha generado una importante producción de proyectos de ley que pretenden modificar la Ley N° 17.798, sobre control de armas. Algunas de las iniciativas se fundamentan en hechos o situaciones concretas, otros en la necesidad de restringir el acceso a las armas por parte de particulares y hay aun algunos que proponen modificaciones más globales, con una perspectiva más amplia y basados en criterios de política criminal. Todos ellos, sin embargo, apuntan básicamente al mismo objetivo, cual es reducir el número de armas en poder de particulares y sancionar más duramente a aquellos que las utilizan para cometer delitos o las portan sin las autorizaciones establecidas en la ley.

Lo anterior se ve corroborado al analizar los contenidos de los proyectos. Así, por ejemplo, en materia penal todos ellos proponen, aunque con fórmulas distintas, tipificar nuevos delitos y aumentar las penas respecto de aquellos que ya se encuentran tipificados en la ley. En materia de acceso a las armas, todos los proyectos sugieren la imposición de mayores requisitos para la tenencia y

45 Boletín N° 5653-07, ob. cit.

46 Boletines N° 5405-02 y 6201-02, ob. cit.

porte de éstas, con el claro fin de desincentivar su adquisición por parte de particulares.

Esta homogeneización relativa en torno al tema nos hace pensar en la necesidad de unificar criterios y energías en menos discusiones que a la vez sean más transversales. Reconociendo que los actores políticos parecen estar de acuerdo en los aspectos centrales de la reforma, pareciera razonable centrar la discusión en menos proyectos, o en una gran iniciativa que los englobara, de manera de reducir el gasto de recursos públicos y propender a una discusión legislativa más transversal e informada de la cual resulte una modificación legislativa racional y eficiente.

DEBERES DE AUTOPROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA DE ESTAFA: COMENTARIO A SENTENCIA EN CASO EUROLATINA, DICTADA POR LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO CON FECHA 23 DE DICIEMBRE DE 2008

Marcos Contreras Enos¹

I. Hechos

El 28 de septiembre de 1994, doña M.R.O. suscribió un pagaré por medio del cual se obligó a pagar a la Sociedad de Inversiones Eurolatina Limitada (en adelante, “Eurolatina”), por concepto de capital, la suma de \$1.500.000, cantidad que devengaría un interés mensual de 3,3%. El total adeudado, en consecuencia, ascendió a \$3.463.800, cantidad que se le obligó a pagar en sesenta cuotas mensuales, iguales y sucesivas de \$57.630 las que comprendían amortización e intereses, y que garantizó mediante la constitución de una hipoteca con cláusula de garantía general, sobre el departamento que habitaba. Se pactó además que en caso de mora o simple retardo en el pago de una o más de las cuotas, la obligación se consideraría como de plazo vencido, haciéndose de inmediato exigible el total adeudado, capitalizándose los intereses y devengándose el interés máximo convencional.

Con posterioridad se interpuso demanda ejecutiva en contra de la querellante por mora, al no pagar las cinco primeras cuotas, cobrándose el capital ascendente a \$1.500.000 e intereses de sesenta meses y solicitándose mandamiento por la cantidad de \$3.463.800, más interés máximo convencional por mora y costas. El juez acogió la demanda en todos sus términos, adjudicándose Eurolatina, en consecuencia, la propiedad raíz de la demandada en el mínimo propuesto, \$2.819.033, quedando aún con un crédito a su favor.

En el caso de los señores P.G.V. y J.G.P, se les otorgaron créditos en condiciones similares a las relatadas para la querellante anterior, suscribiéndose también pagarés y garantizándose las obligaciones con hipotecas. Al producirse la mora por su parte, Eurolatina los ejecutó por \$33.509.100 más intereses y costas.

A partir de estos hechos, los demandados dedujeron querellas en contra de los representantes de Eurolatina, imputándoles la comisión de los delitos de estafa y usura, iniciándose así un proceso que finalmente culminó con la dictación de la sentencia de fecha 11 de abril de 2008 mediante la cual se absolvió a los acusados de ambas imputaciones, fundamentando dicha decisión, en relación con el delito de estafa, en que el prestar dinero a una persona de poca solvencia económica, respecto de la cual era previsible que quedara en mora en el cumplimiento de sus

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

obligaciones, acelerándose en este evento el crédito y ejecutándose la garantía hipotecaria, no constituye una forma de engaño, porque en los pagarés que se firmaron constaba el capital, la tasa de interés y el monto de cada una de las cuotas y porque las hipotecas se firmaron voluntariamente, sin que opere como excusa la poca ilustración o el hecho de no tener mayor educación.

Si bien la I. Corte de Apelaciones de Santiago rechazó tanto el recurso de casación que la querellante dedujo en contra de esta sentencia de primera instancia, como el recurso de apelación que la misma interpuso, y en este último caso incluso con un simple “Vistos, se confirma”, resulta relevante analizar el voto disidente del ministro Sr. Jorge Zepeda, con el que fue acordado el fallo de segunda instancia, en la medida que mediante el mismo se estimó que los hechos denunciados sí eran calificables a título del delito de estafa, planteando una interesante visión en torno a la forma que debe examinarse la concurrencia del engaño típico en los casos en que se está frente a víctimas vulnerables, por lo que a continuación se analizará pormenorizadamente el razonamiento expuesto en dicho voto.

II. Síntesis del contenido del voto disidente

1. Determinación del engaño

En el considerando d), el disidente señala que, para efectos de verificar la concurrencia de un engaño, hay que determinar si la conducta de los querellados influyó o no en la representación de la realidad de los querellantes, para lo cual, a su vez, se deberá verificar si estos últimos tenían o no, al momento del otorgamiento de los pagarés, conocimiento cabal de las condiciones que en ellos se establecían, sosteniendo que sólo si los querellantes no contaban con ese conocimiento, podría sostenerse que sus falsas representaciones de la realidad, esto es, el desconocimiento de lo gravoso de su actuar, fue inducido o mantenido por la conducta de los agentes; conductas de éstos que, en ese supuesto, podrían ser calificadas de engañosas.

2. Determinación del conocimiento o desconocimiento de cláusulas contractuales

El voto disidente señala que la pregunta por el conocimiento de las cláusulas por parte de los querellantes, desde el Derecho Civil, puede ser resuelta considerando que la firma de los documentos implicaba el conocimiento de su contenido, sin embargo, ese conocimiento presunto no puede ser asumido ligeramente por el Derecho Penal, dado que el engaño típico de la estafa puede concretarse en la suscripción de documentos (considerando e)). A lo anterior, razona el disidente, se suma la autonomía valorativa del Derecho Penal, que implica que esta rama del ordenamiento jurídico no está necesariamente ligada a las valoraciones provenientes de otros sectores del mismo (considerando f)).

En el considerando h) argumenta que el desconocimiento es un hecho negativo y, como tal, no puede ser probado directamente sino sólo por hechos positivos que apunten en el sentido contrario y por el ámbito contextual en el que se inserta. Así, en este caso se señala que pueden indicarse como hechos que abonan la conclusión de que los querellantes no tenían pleno conocimiento de las cláusulas del pagaré y las consiguientes consecuencias a las que se exponían con su suscripción, los siguientes: a) Los pagarés facilitaban el pago de contratos de mutuo de adhesión, es decir, de aquellos cuyo contenido es fijado unilateralmente por una de las partes, en este caso, los agentes de Eurolatina, limitándose el rol de la contraparte a la suscripción o no suscripción de éstos, suscripción que se llevó a cabo por las partes más débiles, sin previa lectura comprensible de las consecuencias de las cláusulas, sobre todo tratándose de personas de bajo nivel socio-cultural en situación económica apremiante y sin consejo alguno respecto a que comprometían irremediabilmente la propiedad de sus bienes raíces; y, b) Aun cuando las cláusulas referidas hubiesen sido leídas por los perjudicados, no cabe deducir que este hecho implique conocimiento cabal de ellas. En ese sentido, cabe señalar que actualmente en la sociedad de nuestro país existe un altísimo porcentaje de analfabetismo funcional, sobre todo en los sectores más carenciados de la sociedad, sector al cual pertenecen los querellantes.

3. Deberes de autoprotección de la víctima del engaño

En relación con este punto, y negando que tal deber asista a quienes son víctimas de un fraude, el considerando j) del voto señala que la conducta de los querellados, consistente en organizar una empresa para atraer a personas modestas, sin solvencia económica, que garantizaban sus obligaciones con hipotecas, creó un riesgo jurídicamente relevante que se realizó en el resultado, sin que haya existido una autopuesta en peligro de las propias víctimas que excluya la relevancia típica del engaño, ya que el hecho mismo de haber caído las víctimas en el engaño, demuestra que éste fue idóneo en el caso concreto, que es el que está en tela de juicio y no el hipotético o abstracto.

Agrega que limitar la protección frente al engaño, asignándole a la víctima la carga absoluta de dicha protección, tiene como consecuencia la desprotección de los sectores más desprovistos de la población, dado que, a pesar de la adecuación al caso concreto, existiría un umbral bajo el cual simplemente no habría protección, lo cual pugnaría con el principio de igualdad ante la ley. Afirma así, que puede sostenerse que la ley en general y la ley penal en particular, deben proteger con mayor ahínco a los miembros de los sectores de la sociedad más débiles (considerando j).

El disidente sostiene además en el considerando k), que incluso a partir de la teoría de la *mise en scène* se concluye la no exigibilidad de un determinado grado de diligencia de la víctima, por cuanto, de acuerdo a dicha teoría, el engaño típicamente relevante se determina recurriendo a criterios objetivamente cuantitativos, de modo tal que sólo es engaño típico aquél que se manifiesta a través de un aparato exterior, sin medirse la aptitud del engaño de acuerdo con la diligencia de la víctima.

4. La puesta en escena

En el considerando m) se señala que es necesario dilucidar si el engaño de los querellantes es típicamente relevante a título de estafa, pues se discute si éste debe superar un umbral mínimo de sofisticación o gravedad *ex ante* para efectos de su tipicidad, señalándose que la postura mayoritaria en Chile soluciona el problema por medio de la teoría de la *mise en scène*. En este punto el disidente aprecia una puesta en escena por parte de Eurolatina, ya que el ocultamiento de las desfavorables condiciones de suscripción del pagaré se enmarcó dentro de un conjunto de actos que llevaron a la suscripción de los documentos (actos que se detallan en el considerando n).

Además de los actos detallados en el considerando n), el ardid surge en los hechos con la propaganda de Eurolatina que ofrecía otorgar financiamiento rápido y sin requerimientos, el acogimiento solícito y afable y el socorro al cliente desvalido y necesitado, aprovechándose de tal modo de la condición socio-cultural ínfima de los querellantes, siendo un hecho establecido que hubo todo un público en condiciones similares que explotaba Eurolatina para el otorgamiento de los créditos que favorecerían la realización del engaño (considerando ñ)).

Desde otra perspectiva -argumenta subsidiariamente el disidente en el considerando m), párrafo final- aún con menor dificultad puede colegirse inequívocamente la suficiencia del engaño, en cuanto éste se mide en relación a su eficacia operativa individual con relación al caso concreto.

III. Comentarios

La relevancia del contenido de este voto disidente radica en que aquél se pronuncia respecto del tema de los límites del engaño típico en la estafa, en relación con los deberes de autoprotección de la víctima, sustentando una visión que merece ser comentada, en la medida que, de generalizarse jurisprudencialmente, proyectaría sus consecuencias sobre el sistema financiero, ya que, al ser susceptible de ser considerado como engaño típico a título de estafa un crédito gravoso otorgado a personas pertenecientes a los sectores más desposeídos de la sociedad, las instituciones crediticias tendrían un poderoso incentivo normativo para ser más prudentes al momento de otorgar créditos y/o al establecer condiciones bajo las cuales otorgar créditos a dichas personas.

En efecto, adhiriendo a criterios subjetivos para la determinación de los límites del engaño, el voto adopta como principal foco de consideración las particularidades de las víctimas, lo que es loable, al menos en casos en los que es evidente la pertenencia de éstas a los sectores más desprovistos de la sociedad, casos en los que apelar a la diligencia estándar u objetiva sin considerar la situación de carencia puede ser incorrecto.

Así, el voto disidente niega la existencia de deberes de autoprotección de la víctima que excluyan el primer elemento típico de la estafa, el engaño, y por tanto, la configuración del tipo penal. Para ello, sostiene que el engaño se mide

en función de su eficacia operativa individual con relación al caso concreto², bastando cualquier engaño si es que produjo error en la víctima. Adicionalmente, el voto disidente señala que limitar la protección frente al engaño, asignándole a la víctima la carga absoluta de dicha protección, tiene como nefasta consecuencia práctica la desprotección de los sectores más desprovistos de la población, dado que existiría un umbral bajo el cual simplemente no habría protección, lo cual sería conflictivo con el principio de igualdad ante la ley³. Agrega, finalmente, “que puede sostenerse que la ley en general y la ley penal en particular, deben proteger con mayor ahínco a los miembros de los sectores más débiles de la sociedad”.

Pero además, el voto afirma la inexistencia de deberes de autoprotección que limiten el engaño típico en la estafa desde la perspectiva de la doctrina nacional tradicional en torno a la interpretación del engaño, esto es, la teoría de la *mise en scène*, señalando que, de acuerdo a ella, la aptitud del engaño no se mide según la diligencia de la víctima, por lo que no considera sus condiciones personales, sino que en atención a características propias de la maniobra, a los procedimientos exteriores empleados, presumiéndose que el artificio es apto para engañar a una persona poco crédula, a un hombre medianamente prudente y no así la simple mentira⁴.

La consideración anterior constituye un argumento suficiente para hacer desistir al intérprete de fundar los deberes de autoprotección en la teoría de la *mise en scène*, ya que la aparatosidad de la maniobra desplegada por el autor no implica necesariamente una correlativa negligencia de la víctima. De este modo, es posible concluir que el análisis de la existencia o inexistencia de los deberes de autoprotección como límites al engaño típico puede ser abordado de forma más adecuada desde otras perspectivas, las que, a continuación, se esbozan sucintamente.

1. El engaño típicamente relevante como problema de imputación objetiva

Esta teoría busca resolver el problema de la relevancia típica del engaño a partir de los criterios propios de la imputación objetiva.

Así, parte de la doctrina española ha sostenido que las restricciones al engaño pueden ser reubicadas en el juicio de previsibilidad objetiva de la imputación objetiva (juicio de probabilidad), de manera que “si una mentira es objetivamente

-
- 2 Caracterización sintética del sistema subjetivo de la determinación de la suficiencia del engaño que se efectúa en QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, Infracciones Patrimoniales de Apoderamiento, Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, año 1964, p. 590.
 - 3 En este punto la sentencia se basa en HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Aproximación a la problemática de la estafa”, Problemas actuales de Derecho Penal, Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2003, pp. 162 y 163.
 - 4 MERA FIGUEROA, Jorge. *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta*, 2ª ed., Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1986, p. 117.

idónea, ex ante, para inducir a error, dependerá fundamentalmente de que en un alto número de ocasiones induciría a error al hombre medianamente prudente”⁵.

Pero además, para afirmar la relevancia típica del engaño, se requiere que el curso causal esté dentro del ámbito de protección de la norma. Consecuente con lo anterior, se excluye la relevancia del engaño en aquellos casos en los que la víctima ha tenido algún tipo de contribución a la producción del resultado⁶, al no verificarse imputación objetiva por tratarse de cursos causales que, a pesar de haber creado un riesgo, están fuera del ámbito de protección de la norma que tipifica la estafa.

Pues bien, en relación a la determinación de cuál sea el fin de protección de la norma que tipifica la estafa se ha señalado que en el ámbito de los delitos patrimoniales rige la regla de que corresponde al titular del bien jurídico su autoprotección, pudiendo, en consecuencia, requerirse sólo en casos excepcionales al Estado dicha protección, porque el titular tiene medios especiales para su tutela y en razón que la autorresponsabilidad es parte de la autonomía, motivo por el cual las medidas de protección del Estado estorban su ejercicio⁷.

Por lo demás, y en la medida en que el patrimonio se configura en el marco de los derechos de libertad (de manera que no puede haber lesión patrimonial si media el consentimiento del titular), si bien es cierto que la estafa no es un delito contra la libertad de disposición patrimonial (pues requiere el perjuicio económico), no puede existir atentado patrimonial si no ha existido un ejercicio viciado por error de la libertad patrimonial⁸.

En virtud de lo anterior, se ha señalado que el “fin de protección de la norma que tipifica la estafa es entonces la protección patrimonial frente a un determinado tipo de engaños que consiguen, o pueden conseguir, un ejercicio viciado por error de la libertad de disposición patrimonial realizado por la víctima del engaño”⁹. Así, los casos que quedarían fuera del ámbito de protección de la norma, serían: i) casos de intervención dolosa de la víctima; ii) casos en los cuales la víctima tiene posibilidades de autoprotección, y iii) casos de dudas de la víctima.

En el mismo sentido otros autores han afirmado que la cuestión de los deberes de autoprotección de la víctima debe decidirse en el ámbito normativo de la imputación objetiva en relación con el fin de protección de la norma. En ese sentido se expresa que “el bien jurídico penalmente protegido mediante la estafa es el patrimonio”, sin embargo, “no puede perderse de vista que la libertad de disposición es un elemento que posee relevancia a la hora de delimitar el

5 PÉREZ MANZANO, Mercedes. “Acerca de la imputación objetiva en la estafa”, en *“Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann”*, Madrid, 1995, p. 294.

6 Id., p. 302.

7 Id., p. 303.

8 Ibid.

9 Id., pp. 303 y 304.

propio concepto de patrimonio [...] hasta el punto de dotar de contenido al fin de protección de la norma de los delitos patrimoniales, de tal modo que no se puede afirmar la existencia de una lesión patrimonial sin la existencia asimismo de lesión de la libertad de disposición patrimonial”¹⁰. Lo anterior implica que la estafa sólo protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección. Así, si el error es evitable con una mínima diligencia no puede ser imputado a la conducta engañosa previa, quebrándose la correspondiente relación de riesgo.

En la doctrina nacional, Politoff/Matus/Ramírez, solucionan el problema de la aptitud o idoneidad del engaño vía imputación objetiva, al señalar que “lo relevante a la hora de enjuiciar si una conducta determinada es o no un engaño bastante, idóneo para estafar, es si esa conducta, ex ante considerada, genera o no el riesgo de inducir o mantener en otro una falsa representación de la realidad que lo lleve a realizar un acto de disposición patrimonial, tomando como base las circunstancias conocidas o reconocibles por la persona a que se dirige el mensaje de la acción engañosa, más las circunstancias conocidas o reconocidas por el autor del engaño”¹¹.

2. El engaño típicamente relevante como infracción de deberes de veracidad¹²

En la construcción de este modelo de determinación de la relevancia del engaño, se parte de la premisa de que la información es un presupuesto para que el patrimonio, en cuanto medio de organización esencial para el libre desarrollo de la persona, sea verdadero poder de interacción. De este modo, el sujeto necesita disponer de información, que es orientación para la toma de decisiones, pues sólo de esa forma su patrimonio puede ser poder real para la interacción económica. Desde esta perspectiva, en consecuencia, el engaño es una afectación del acervo de conocimientos de la víctima, o, en otras palabras, desorientación.

Sin embargo, no toda información es relevante para una decisión de disposición. Para determinar dicha relevancia se debe fijar un modelo de decisión de

10 GALLEGO SOLER, José Ignacio. “Fundamento y límite de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa”, en ADPCP, t. LVIII, fascículo II, Mayo–Agosto de 2005, Madrid, 2005, pp. 550 y 551.

11 POLITOFF et al., op. cit., pp. 430 y 431.

12 El modelo cuyos rasgos generales se bosquejan sucintamente a continuación es diseñado en: PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004. También se puede encontrar una versión resumida de los rasgos esenciales de dicho modelo en PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Consideraciones sobre la delimitación del engaño en el delito de estafa*, en “Estudios de Derecho penal”, ARA Editores, Lima, 2005, pp. 134-167. En la doctrina nacional se desarrolla un sistema similar en PIÑA ROCHEFORT, ob. cit., pp. 51 y ss. En Alemania, en fin, se adopta la misma perspectiva en PAWLICK, Michael. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999.

la mano del cual se pueda establecer *ex ante* qué informaciones son relevantes para la decisión de la víctima.

Si se exigiera a la víctima un esfuerzo ilimitado para adquirir las informaciones que necesita para su decisión, se rompería el mercado tal como está configurado hoy en virtud de sus rasgos de anonimato y agilidad, pues la interacción se haría demasiado costosa, por lo que hay que conformarse con exigir a la víctima sólo un esfuerzo razonable en la obtención de información. De este modo, puede afirmarse que la necesidad de confiar en las informaciones proporcionadas por otros está en la base de la existencia del tráfico económico.

Sin embargo, la mera constatación de asimetrías de información y de la necesidad de confianza no es un *fundamento* normativo para imponer deberes de veracidad a quienes poseen la información. La razón normativa de la existencia de deberes de veracidad es la *conservación de la estructura del mercado*. En efecto, la veracidad jurídico-penalmente garantizada a través del tipo de estafa debe ser la necesaria para que la estructura normativa del mercado se conserve y, por ello, los concretos deberes de veracidad deben extraerse de esta última¹³.

A partir de lo anteriormente señalado, el engaño típico se construye sobre la idea de la infracción de deberes de veracidad, los que deben determinarse únicamente con base en los conocimientos que les corresponden a los sujetos según la posición que ocupan en la relación económica.

Sin embargo, la víctima que no goza de suficiente capacidad intelectual o cuyo carácter presenta anomalías (víctima estructuralmente débil), que no está en condiciones fácticas de tomar las medidas de autoprotección que, en principio, le incumben según su posición en la relación económica, será mucho más vulnerable frente a las inveracidades de la otra parte, por lo que, para estar en igualdad de condiciones fácticas con la víctima normal, requerirá de mayor orientación.

Por lo mismo, esa debilidad afectará la extensión de los deberes de veracidad del autor en la medida en que sea relevante para el Derecho, relevancia que se determina según los criterios de la capacidad de culpabilidad, caso en el que la mera interacción con la víctima débil determina que el autor ocupe una posición distinta a la que ocuparía frente a una víctima normal, y que no sea exigible a la víctima débil que asuma deberes de autoprotección. Por el contrario, en los casos en que la debilidad no sea relevante, los deberes de veracidad del autor serán los mismos que tendría frente a una víctima normal, salvo que haya adaptado su comportamiento a la debilidad de la víctima para sacar provecho de la situación, pues en ese caso se ha separado del comportamiento estándar propio de su posición en la relación económica. En esos supuestos, el acto de adaptación debe interpretarse como un acto de asunción de mayores deberes de veracidad, pues en tal situación, el autor incorpora a su organización el estado de desorientación de la víctima y, con ello, asume mayores deberes de veracidad. La

13 La argumentación tiene su razón de ser en la protección del patrimonio, dado que el tipo de estafa tiene la función de proteger el patrimonio en la medida en que éste ofrece a su titular poder para la interacción en el mercado.

misma solución se aplica a los casos de una víctima en error, sin que su estado se deba a la conducta del autor, caso en el que autor sólo asume mayores deberes de veracidad si adapta su conducta a la situación de error de la víctima.

Como se puede ver, aunque en virtud de las teorías expuestas sea posible exigir un determinado grado de diligencia de la víctima, ello se complejiza conceptualmente en el caso de una víctima débil o en error, dado que la pregunta relativa al grado de protección por parte del Estado a los sujetos más desprovistos de la sociedad es una cuestión esencialmente política¹⁴ que no puede ser resuelta de modo satisfactorio por medio de una fórmula que poco justifica, aunque mucho se emplee: “la ley no protege a los tontos”.

14 CABRERA, Jorge/CONTRERAS, Marcos. *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelos dogmáticos y análisis jurisprudencial*, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 2008, p. 90.

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA. ALGUNOS COMENTARIOS A PARTIR DE UNA SENTENCIA QUE CONDENA POR EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 314 DEL CÓDIGO PENAL

Manuel Zárate Campos¹

I. Introducción.

Ubicados en el Libro II del Código Penal, a propósito de los Crímenes y Simples Delitos contra el Orden y la Seguridad Pública cometidos por particulares², los Delitos contra la Salud Pública³ hasta ahora han tenido una escasa presencia en la jurisprudencia nacional.

Del mismo modo, a la fecha la doctrina nacional tampoco ha manifestado un particular interés por su análisis y sistematización, salvo los comentarios formulados por los profesores Etcheberry y Labatut.

Sin embargo, la ausencia de pronunciamientos por parte de nuestra jurisprudencia pudiera variar en el futuro. Ello, por cuanto bajo la vigencia del nuevo proceso penal, se han iniciado algunas investigaciones por estos delitos, tanto por denuncia de la autoridad sanitaria como también por la interposición de querrelas por las víctimas afectadas, pudiendo destacarse en este sentido la condena dictada recientemente en procedimiento abreviado por el Juzgado de Garantía de San Bernardo, respecto de tres imputados acusados de comercializar como apta para consumo humano, una leche destinada exclusivamente para consumo animal, previamente importada, para lo cual se organizaron comercialmente con la finalidad de reenvasarla, simulando a través de un nuevo etiquetado, su fabricación por parte de una conocida empresa nacional del rubro que sí contaba con la respectiva autorización sanitaria.

A continuación nos referiremos brevemente a algunos de los casos en que nuestros tribunales se han pronunciado respecto de estos delitos, para luego formular algunos comentarios generales respecto de dichos tipos penales, especialmente teniendo presente su eventual invocación en el futuro. Finalmente se comentarán algunos aspectos relevantes de la sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de San Bernardo.

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Título VI del Libro II del Código Penal.

3 Artículos 313 A al 318 del Código Penal.

II. Los Delitos contra la Salud Pública en la jurisprudencia nacional.

Conforme lo ya indicado, los delitos contra la salud pública han sido objeto de escasos pronunciamientos por parte de nuestros tribunales, contrariamente a lo que ocurre en la experiencia comparada, en donde a partir de tipos penales similares, sí resulta posible encontrar sentencias relevantes que han condenado por dichos delitos, configurando una manifestación de lo que la doctrina ha denominado como casos de responsabilidad penal por el producto defectuoso⁴. Entre dichas sentencias podemos destacar las dictadas a propósito de los casos de la *Talidomida* y la de la *Colza*, en Alemania y España, respectivamente⁵.

En el caso de nuestra jurisprudencia, podemos citar tres sentencias dictadas por nuestros tribunales a propósito de los delitos contra la salud pública, todas ellas bajo la vigencia del derogado procedimiento penal. La primera de ellas corresponde a un fallo dictado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago⁶, el cual confirmando la sentencia condenatoria de primera instancia por el delito previsto en el artículo 316 del Código Penal⁷, fundamenta su decisión

-
- 4 En tal sentido, HASSEMER y MUÑOZ CONDE. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*. Tirant Lo Blanch. Valencia (1995); PAREDES CASTAÑÓN. *La responsabilidad penal por productos defectuosos: Problemática político-criminal y reflexiones de lege ferenda*. En CORCOY BIDASOLO y otros. *Derecho Penal de la Empresa*. Universidad Pública de Navarra (2002); RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. *Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del "caso de la colza"*, y KUHLEN. *Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto*. Ambos en MIR PUIG Y LUZÓN PEÑA. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Bosch Editores (1996).
- 5 El *Caso de la Talidomida o Cortejan* tuvo lugar en Alemania a comienzos de la década de los '60, produciéndose como posible consecuencia del consumo del tranquilizante denominado Contengan (cuyo compuesto principal era la talidomida) recomendado para embarazadas, más de 10 mil casos de abortos y graves daños en los sistemas óseos de los recién nacidos, quienes morían al poco tiempo o bien sobrevivían con malformaciones y lesiones irreversibles. Por su parte el *Caso de la Colza* tuvo lugar en España a comienzos de los '80, investigándose en su origen una epidemia ampliamente extendida por el país consistente en una neumonía intersticial, la cual finalmente fue atribuida al consumo de aceite de colza desnaturalizado con anilina al 2%, importado fundamentalmente desde Francia para actividades industriales, de modo tal que para evitar el desvío de dicho aceite al consumo humano, las autoridades administrativas ordenaban dicho proceso de desnaturalización. Pese a ello, a través de una compleja red de intervenciones individuales y de empresas comerciales, dicho aceite habría sido "refinado" por los condenados, distribuyéndolo masivamente en diferentes regiones de España, dando lugar a no menos de 330 víctimas fatales y alrededor de 15 mil afectados.
- 6 Sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel (1959). RDJ LVI, 4-201. En ETCHEBERRY, Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*. Parte Especial, Tomo III. Editorial Jurídica de Chile (1968). Pag. 461.
- 7 El artículo 316 del Código Penal a la fecha de juzgamiento de los hechos objeto de la sentencia, sancionaba a quienes alteraran bebidas destinadas al consumo público, sin exigir que tales bebidas hayan efectivamente circulado.

en el hecho que fue posible acreditar que *“el reo ha alterado la leche destinada al consumo público agregándole un sesenta por ciento de agua, con lo que disminuye en gran escala su poder nutritivo, y además deja de ser pasteurizada y pasa a ser un producto nocivo para la salud”*⁸.

A continuación, es posible destacar la sentencia que resolvió una contienda de competencia entre la justicia del crimen y la de policía local, desestimando finalmente la pretensión de competencia de esta última por aplicación de la Ley del Consumidor, radicando finalmente el conocimiento y juzgamiento en la justicia del crimen⁹.

Finalmente, constituyendo tal vez el principal pronunciamiento de nuestros tribunales hasta ahora en la materia, debe citarse la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, que condenó a los procesados por su responsabilidad en calidad de autores del delito contra la salud pública en el denominado caso de las *Galletas Cómpea*, hechos ocurridos el año 1991 y que provocaron la muerte de varias víctimas y la intoxicación masiva de personas a causa de la ingesta de dichos alimentos, acreditándose la existencia de nitritos en la elaboración de los mismos, conclusión que *“revela imprudencia temeraria o mera negligencia”* a juicio de la sentencia¹⁰.

8 La misma sentencia agrega que *“el delito en cuestión es de los llamados de peligro común o colectivo, que atenta contra la salud o la vida de un número indeterminado de personas, aunque la intención del agente sea por lo general la de obtener un lucro”, señalando más adelante que “El delito puede llegar a perpetrarse por la sola pérdida total o en gran parte del valor alimenticio, no obstante no ser la alteración misma nociva, como sucedería con la fabricación o expendio de alimentos para lactantes, ya que no se requiere el efectivo perjuicio del bien jurídico protegido. De ello se infiere que la mezcla nociva a la salud comprende la alteración de las bebidas comestibles (sic), sea por haberse agregado elementos nocivos, o bien por sustituir las sustancias normales por otras perjudiciales que alteren sus propiedades alimenticias, haciéndolas peligrosas para la salud o la vida de las personas”.*

9 *“La realidad del proceso es que los nutridos antecedentes de carácter documental y testifical producidos en él, demuestran que determinadas personas elaboraron una sustancia medicinal sin autorización y la distribuyeron en envases plásticos y cajas de cartón con el nombre del específico y del fabricante autorizado, pretendiendo su comercialización, todo lo que podría configurar un delito contra la salud pública de los que contempla el párrafo 14, del Título VI, del Libro II, del Código Penal, y eventualmente los demás a que se refiere la querrela admitida a tramitación a fojas 49. Así entonces, no es admisible la pretensión de que con tales actos únicamente se haya infringido el artículo 1º, de la ley Nº 18.223, mediante la oferta fraudulenta del específico en perjuicio de algún consumidor. En atención a lo expresado, este Ministerio opina en el sentido, que es el Décimo Juzgado del Crimen de Santiago, el competente para seguir conociendo de estos autos, al que deberán remitírsele, comunicándole lo resuelto al Cuarto Juzgado de Policía Local de la misma ciudad”.* Sentencia Excm. Corte Suprema, Rol 26.858, de fecha 16 de marzo de 1989, siendo partes de la Contienda de competencia el Décimo Juzgado del Crimen de Santiago y el Cuarto Juzgado de Policía Local de Santiago.

10 *“En la fábrica de galletas, se elaboró galletas que contenían nitrito, altamente peligroso para la salud y que no tenía por qué estar en una fábrica de galletas, ya que según el Servicio de Salud del*

III. Algunos comentarios relativos a los delitos previstos en los artículos 314 y 315 del Código Penal.

Tal como adelantamos en la introducción, la doctrina nacional hasta ahora ha manifestado poco interés en abordar el análisis de estos delitos, salvo los breves comentarios formulados a este respecto por los profesores Etcheberry¹¹ y Labatut¹².

Distinta parece ser la situación entre los autores extranjeros. A modo de ejemplo, Muñoz Conde señala que “*Frente al concepto de salud individual, la noción de salud pública subraya la dimensión social del bien jurídico protegido por estos tipos, que van más allá de la mera suma de la salud de varios individuos, y se considera como un conjunto de condiciones que posibilitan el bienestar de las personas*”, agregando a continuación que “*El Derecho Penal también protege este bien jurídico de carácter social y colectivo, si bien con algunas particularidades derivadas de su carácter de “última ratio” y del principio de intervención mínima, sancionando en el Código Penal sólo las infracciones más graves de las normas sanitarias de elaboración y tráfico de determinadas sustancias químico-farmacéuticas y alimenticias que puedan acarrear daño en la salud de las personas dentro de los delitos contra la seguridad colectiva*”¹³.

Concretamente respecto del delito contra la salud pública previsto en el artículo 314¹⁴, la conducta punible consistiría en *expender* (vender, comercializar)

Ambiente, éste no se usa en la industria galletera y sólo es permitido en cecinas en concentraciones no mayores de 125 ppm en productos terminados. Así, la sola existencia de la sustancia referida precedentemente, revela imprudencia temeraria o mera negligencia con infracción de los reglamentos respectivos al quedar en situación de que se produjeran los resultados que dieron origen a esta causa, al usarse en la fabricación de las galletas elementos que no eran los adecuados, de manera que se ha producido el ilícito descrito y sancionado en el inciso segundo del artículo 317 del Código Penal”. “El reconocimiento del procesado, en cuanto a su calidad de dueño de la fábrica y a las funciones que desempeñaba en ella, es suficiente para tenerlo como autor del cuasidelito que se ha dejado establecido. En efecto, expresa que es el dueño de la fábrica de galletas y que como tal su obligación es permanecer en la oficina de la fábrica, ir a los bancos, atender las consultas de la compra de materias primas, compras que generalmente se hacen por teléfono por tratarse de proveedores antiguos, no había control de calidad propiamente tal, sino que todos velaban porque el producto fuere de buena calidad, ignorando cómo el amonio pudo haberse contaminado con fertilizante”. Sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol 2185-1997, de fecha 30 de mayo del 2003.

- 11 ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV. Editorial Jurídica. Tercera edición (1999). Págs. 287 y sgtes.
- 12 LABATUT, Gustavo. Derecho Penal. Tomo II. Editorial Jurídica. Séptima edición (2000). Págs. 116 y sgtes.
- 13 MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. Tirant Lo Blanch. Valencia. Decimocuarta edición (2002).
- 14 Artículo 314 Código Penal: “*El que, a cualquier título, expendiere otras sustancias peligrosas para la salud, distintas de las señaladas en el artículo anterior, contraviniendo las disposiciones legales o reglamentarias establecidas en consideración a la peligrosidad de dichas sustancias, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales*”.

sustancias peligrosas, incumpliendo las disposiciones legales y reglamentarias que se han establecido precisamente en razón de dicha peligrosidad¹⁵. La venta o comercialización de las sustancias debe ser realizada por el agente con conocimiento de la peligrosidad de las mismas, o al menos conociendo el hecho que se está vulnerando las disposiciones legales establecidas precisamente para cautelar la salud de los consumidores.

Según el profesor Etcheberry, este delito (al igual de lo que ocurriría con otros tipos penales también redactados a propósito de la salud pública¹⁶) configuraría

-
- 15 En particular tratándose de los alimentos, en nuestro país la regulación vigente relativa a su fabricación y comercialización corresponde básicamente al Reglamento Sanitario de los Alimentos, el cual en su artículo 1° establece “*las condiciones sanitarias a que deberá ceñirse la producción, importación, elaboración, envase, almacenamiento, distribución y venta de alimentos para uso humano, con el objeto de proteger la salud y nutrición de la población y garantizar el suministro de productos sanos e inocuos*”, señalando a continuación que “*Este reglamento se aplica igualmente a todas las personas, naturales o jurídicas, que se relacionen o intervengan en los procesos aludidos anteriormente, así como a los establecimientos, medios de transporte y distribución destinados a dichos fines*”. Tratándose de los alimentos en general, el artículo 95 señala que “*Para los efectos de la aplicación del presente Reglamento, la responsabilidad derivada de las actividades de producción, importación, envase y comercialización de alimentos corresponderá individual o conjuntamente, según determine el Servicio de Salud competente, al productor, importador, envasador, distribuidor, vendedor o tenedor del producto*”. En cuanto a la rotulación y publicidad de los alimentos, el artículo 107 del Reglamento establece que “*Todos los productos alimenticios que se almacenen, transporten o expendan envasados deberán llevar un rótulo o etiqueta que contenga la información siguiente...*”, destacándose el nombre del alimento; el nombre o razón social y domicilio del fabricante, envasador, distribuidor o importador del alimento, según sea el caso; el número y fecha de la resolución y el nombre del Servicio de Salud que autoriza el establecimiento que elabora o envasa el producto o que autoriza su internación; la fecha de elaboración o fecha de envasado del producto; la fecha de vencimiento o plazo de duración del producto; los ingredientes y aditivos que componen el producto, con sus nombres específicos, en orden decreciente de proporciones; las instrucciones para el almacenamiento y para el consumo; en el caso de los productos importados, el número y fecha de la resolución del Servicio de Salud que autoriza la internación del producto. Finalmente en materia de sanciones, el artículo 534 del Reglamento Sanitario de los Alimentos prescribe que “*Las infracciones a las disposiciones del presente reglamento serán sancionadas por los Servicios de Salud en cuyo territorio se hayan cometido, previa instrucción del respectivo sumario, en conformidad con lo establecido en el Libro X del Código Sanitario*”, no advirtiéndose obstáculo para que los mismos hechos objeto de una investigación y sanción administrativa lo sean también en sede penal.
- 16 Artículo 313 D Código Penal: “*El que fabricare o a sabiendas expendiere a cualquier título sustancias medicinales deterioradas o adulteradas en su especie, cantidad, calidad o proporciones, de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo de sus propiedades curativas, será penado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de seis a cincuenta unidades tributarias mensuales. Si la fabricación o expendio fueren clandestinos, ello se considerará como circunstancia agravante*”.

un ilícito “*relativo a sustancias nocivas o peligrosas*”, idea de nocividad que conforme a la actual redacción debería incluir no sólo la capacidad o potencialidad de causar un daño en la salud (sentido restringido), sino también la capacidad para provocar un perjuicio consistente en la no producción del efecto curativo o alimenticio esperado (sentido amplio).

Según el mismo autor, el delito del artículo 314 se refiere en particular al expendio de *otras sustancias peligrosas para la salud*, habida cuenta que en el artículo anterior (artículo 313 D), el legislador ya ha sancionado expresamente a quien fabricare o expendiera a sabiendas *sustancias medicinales* deterioradas o adulteradas. Sin embargo el profesor Etcheberry restringe aún más el objeto material del delito del artículo 314, circunscribiéndolo a todas las sustancias que no tengan carácter medicinal, señalando como ejemplos “*cosméticos y perfumes, insecticidas y pesticidas, pero no las alimenticias, cuyo caso se contempla en el artículo siguiente*”, es decir, en el artículo 315.

Una opinión distinta consistiría en sostener la aplicación de lo dispuesto en el artículo 314 a todos los casos en que la acción punible recaiga en sustancias distintas a las contempladas en el artículo 313 D (exclusivamente sustancias medicinales), incluyendo también por consiguiente los comestibles y bebidas, reservando la aplicación del artículo 315 a las conductas de infección o envenenamiento de comestibles y bebidas destinadas al consumo humano.

Sea que se adhiera a una posición restrictiva o extensiva acerca del objeto material considerado por el artículo 314, las sustancias objeto de la conducta sancionable deben ser “*por su naturaleza peligrosas para la salud*”, de modo tal que al hacer de ellas un uso distinto del prescrito por las disposiciones legales o reglamentarios dispuestas para los efectos, puedan ocasionar daño a la vida o a la salud de las personas¹⁷.

En cuanto al delito consistente en la adulteración de sustancias alimenticias¹⁸ previsto en el artículo 315, según el profesor Etcheberry “*Sustancias alimenti-*

17 Por ello con el objeto de prevenir consecuencias perniciosas para la salud (derivadas de la peligrosidad de la sustancia en caso de un uso inadecuado), en general la normativa administrativa, vía reglamentos, prescribe una serie de restricciones al expendio y comercialización de dichas sustancias, entre las cuales suelen incluirse entre otras la advertencia clara en la etiqueta o envase relativa al carácter nocivo de la sustancia, la inclusión de instrucciones detalladas acerca del modo adecuado de empleo, la inclusión detallada de instrucciones necesarias de adoptar en caso de accidentes derivados de un uso inadecuado o el empleo de cierto tipo de envases o advertencias gráficas. Tal es el caso del Reglamento Sanitario de los Alimentos, aprobado por DS Ministerio de Salud N° 977/96 (DO 13.05.1997).

18 Artículo 315 Código Penal: “*El que envenenare o infectare comestibles, aguas u otras bebidas destinados al consumo público, en términos de poder provocar la muerte o grave daño para la salud, y el que a sabiendas los vendiere o distribuyere, serán penados con presidio mayor en su grado mínimo y multa de veintiuna a cincuenta unidades tributarias mensuales.*

El que efectuare otras adulteraciones en dichas sustancias destinadas al consumo público, de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo apreciable

cias son aquellas que se ingieren por vía bucal u oral, con una finalidad energética o reparadora de la economía del organismo. No se incluyen las sustancias medicinales, aunque se ingieran de la misma manera y que sirven a una finalidad preventiva o terapéutica de un proceso anormal o morboso en el funcionamiento del organismo... Los llamados “tónicos” o “reconstituyentes” son también sustancias medicinales, no alimenticias, incluso los preparados vitamínicos”.

Identificado así el objeto material de este delito (comestibles a los cuales deben agregarse las aguas y otras bebidas, todos destinados al consumo público), la conducta sancionable es de carácter múltiple o si se quiere alternativa, pudiendo consistir en envenenar o infectar dichas sustancias (en términos de poder provocar la muerte o grave daño para la salud), o bien la acción de vender o distribuir dichas sustancias conociendo su condición de infectadas o envenenadas.

El inciso segundo del artículo 315 también sanciona a quien efectúe otras adulteraciones sobre las mismas sustancias, de modo que resulten peligrosas para la salud por su nocividad (producción de efectos negativos) o por el menoscabo apreciable en sus propiedades alimenticias (ausencia de efectos benéficos).

Vinculado a lo anterior, la ley exige que la infección o envenenamiento de los comestibles alcance un grado capaz de provocar la muerte o un grave daño para la salud de las personas, daño que según el profesor Etcheberry tendrá dicha gravedad cuando sus efectos sean “*constitutivos de lesiones graves, o sea, por lo menos una enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días*”.

Finalmente es importante destacar lo dispuesto en el artículo 317 con carácter general para varios de los delitos contra la salud pública. Conforme lo señalado en su inciso primero, dicha disposición prescribe que cuando a consecuencia

de sus propiedades alimenticias, y el que a sabiendas las vendiere o distribuyere, serán penados con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a cincuenta unidades tributarias mensuales.

Para los efectos de este artículo, se presumirá que la situación de vender o distribuir establecida en los incisos precedentes se configura por el hecho de tener a la venta en un lugar público los artículos alimenticios a que éstos se refieren.

La clandestinidad en la venta o distribución y la publicidad de alguno de estos productos constituirán circunstancias agravantes.

Se presume que son destinados al consumo público los comestibles, aguas u otras bebidas elaboradas para ser ingeridos por un grupo de personas indeterminadas.

Los delitos previstos en los incisos anteriores y los correspondientes cuasidelitos a que se refiere el inciso segundo del artículo 317, sólo podrán perseguirse criminalmente previa denuncia o querrela del Ministerio Público o del Director General del Servicio Nacional de Salud o de su delegado, siempre que aquéllos no hayan causado la muerte o grave daño para la salud de alguna persona. En lo demás, los correspondientes procesos criminales quedarán sometidos a las normas de las causas que se siguen de oficio.

No será aplicable al Ministerio Público ni a los funcionarios del Servicio Nacional de Salud respecto de estos delitos, lo dispuesto en los números 1 y 3 del artículo 84, respectivamente, del Código de Procedimiento Penal”.

de los delitos previstos en los artículos 313 D al 316, se produjere la muerte o enfermedad grave en una persona, las penas corporales se elevarán en uno o dos grados según la naturaleza y número de tales consecuencias, pudiendo también la pena de multa elevarse hasta el doble, estableciéndose una agravación de la pena atendiendo al resultado y no una penalidad especial para el concurso que eventualmente pudiera surgir, situación que sí se establece en el artículo 313 C a propósito de los delitos relativos al ejercicio de la medicina previstos en los artículos 313 letras A y B respectivamente¹⁹.

Por su parte el inciso segundo del artículo 317 sanciona la comisión imprudente de los delitos comentados, estableciendo una pena de presidio menor en su grado mínimo más multa de seis a veinte UTM, para los casos en que los hechos punibles hayan sido cometidos por “*imprudencia temeraria*” o por “*mera negligencia con infracción de los reglamentos respectivos*”.

IV. Sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de San Bernardo.

Los hechos investigados por la Fiscalía Local de San Bernardo²⁰ consistieron en que a partir del 13 septiembre de 2006 y hasta el 10 de enero de 2008, las empresas RYP. S. A. y Comercial R.P. S. A., representadas por los imputados, importaron desde Uruguay leche marca Conaprole, por un total aproximado de 500 mil kilos, mercancía que ingresó al país como no apta para consumo huma-

19 Artículo 313 A Código Penal: “*El que, careciendo de título profesional competente o de la autorización legalmente exigible para el ejercicio profesional, ejerciere actos propios de la respectiva profesión de médico-cirujano, dentista, químico-farmacéutico, bioquímico u otra de características análogas, relativas a la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano, aunque sea a título gratuito, será penado con presidio menor en grado medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales.*

Para estos efectos se entenderá que ejercen actos propios de dichas profesiones: 1° El que se atribuya la respectiva calidad; 2° El que ofrezca tales servicios públicamente por cualquier medio de propaganda o publicidad; 3° El que habitualmente realizare diagnósticos, prescribiere tratamientos o llevar a cabo operaciones o intervenciones curativas de aquellas cuya ejecución exige los conocimientos o las técnicas propios de tales profesiones.

Las disposiciones de este artículo no se aplicarán en ningún caso a quienes prestaren auxilio cuando no fuere posible obtener oportuna atención profesional.

En las mismas penas incurrirá el que prestare su nombre para amparar el ejercicio profesional de un tercero no autorizado para el mismo”.

Artículo 313 B Código Penal: “*El que, estando legalmente habilitado para el ejercicio de una profesión médica o auxiliar de ella ofreciere, abusando de la credulidad del público, la prevención o curación de enfermedades o defectos por fórmulas ocultas o sistemas infalibles, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales”.*

Artículo 313 C Código Penal: “*Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán sin perjuicio de las que correspondieren por la muerte, lesiones u otras consecuencias punibles que eventualmente resultaren de la comisión de tales delitos”.*

20 RUC N° 0800061012-8.

no al no cumplir con los parámetros establecidos por la autoridad sanitaria, al determinarse que contenía antibióticos en algunas partidas, como también por exceder los límites permitidos en cuanto acidez, humedad, aerobios mesófilos y coliformes, entre otros, representando de esta forma un riesgo para la salud de la población.

Materializada la importación por los imputados, éstos procedieron a reenvasar la leche importada en sacos de 25 kilos rotulados de la siguiente manera: “RYP S.A. leche 26% (ó 0%, según el caso), procedencia Nacional, resolución sanitaria SNS N° 570 de fecha 28 de agosto de 1993”, resolución sanitaria que no corresponde a la realidad como tampoco la procedencia del producto. Asimismo, el producto final fue etiquetado bajo la denominación del fabricante nacional “Lácteos Frutillar”, falsificando para tales efectos la etiqueta empleada por dicha empresa, adulterando un certificado de análisis de leche supuestamente emitido por dicho fabricante.

A continuación, la leche envasada y rotulada de esta manera, fue vendida por los imputados a diversas empresas destinadas al abastecimiento del consumo humano, obviando cualquier referencia a las restricciones en el consumo de la misma, siendo adquirida entre otras por la empresa Raciosil S. A. proveedora de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB), la Sociedad Lingue S. A. proveedora de hospitales, Gendarmería, Municipalidades, y diversas empresas destinadas a la elaboración de productos con contenido lácteo.

Iniciada la investigación penal por denuncia formulada por la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana, resulta relevante destacar que en la formalización de la misma, en particular a propósito de la solicitud de la prisión preventiva respecto de uno de los imputados, el tribunal estimó que su libertad “*constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, atendida la gravedad de la pena asignada a los ilícitos por el carácter de los mismos, teniendo en consideración que el perjuicio patrimonial carecería de relevancia frente al peligro para la salud pública al comercializar leche que sin lugar a ninguna duda no era apta para el consumo humano, que esta fue principalmente suministrada a menores que en ocasiones es la única alimentación que reciben en todo el día, cuyos efectos nocivos aun es imposible ponderar y predecir a futuro atendido el análisis efectuado por el Instituto de Salud Pública el que claramente da cuenta de la presencia de fecas y otras bacterias en esta leche, efectuando todas las maniobras tendientes a ocultar su verdadero origen y destino*”, consideraciones que durante la investigación fueron ratificadas por el análisis microbiológico de la leche realizado por la autoridad sanitaria, confirmándose la presencia de *aerobio mesófilo*, *staphylococcus aureus* y coliformes en cantidades superiores a los límites establecidos por el Reglamento Sanitario de los Alimentos, con lo cual resultaba evidente que el consumo del producto comercializado por los imputados constituía un riesgo para la salud de la población.

En definitiva los imputados fueron acusados y condenados en procedimiento abreviado²¹ a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, accesorias y al pago de una multa a beneficio fiscal de 15 unidades tributarias mensuales como autores de los delitos contra la salud pública previsto en el artículo 314, estafas en carácter de reiteradas²², y uso indebido de nombre de fabricante previsto en el artículo 190 del Código Penal²³, todos ellos cometidos en grado de desarrollo consumado y perpetrados entre el 13 de septiembre del 2006 y el 10 de enero de 2008, reconociéndoseles como circunstancias atenuantes de responsabilidad las previstas en los numerales 6, 7 y 9 del artículo 11 del Código Penal²⁴.

21 Sentencia de fecha 15 de diciembre del 2008.

22 Las empresas engañadas por los imputados fueron perjudicadas económicamente en un monto igual al valor pagado por un producto diferente al que pretendían adquirir, perjuicio avaluado en la suma total de \$1.846.243.952.

23 Artículo 190 Código Penal: “*El que hiciere poner sobre objetos fabricados el nombre de un fabricante que no sea autor de tales objetos, o la razón comercial de una fábrica que no sea la de la verdadera fabricación, sufrirá las penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales*”.

24 Habiéndoseles otorgado el beneficio de la remisión condicional de la pena, los condenados conforme lo prescrito en el artículo 5 letra d) de la Ley 18.216 quedaron obligados a entregar 54.190 unidades de leche de 200 cc a distintas entidades de beneficencia, autorizándoseles a hacerlo en dos partidas, la primera en el mes de marzo y la segunda en el mes de junio de 2009.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN
RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE Y
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA DE LA MEDIACIÓN PENAL EN LA LEY N° 20.084 DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE

Miguel Morales Dahmen¹

I. SITUACIÓN ACTUAL DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE (LRPA)

Después de 19 meses del inicio del nuevo sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, parecería prematuro realizar una evaluación crítica de este sistema. Sin embargo, aun con lo breve del plazo, se pueden analizar ciertos aspectos sobre el fondo de esta ley que aparecen desde la experiencia acumulada del sistema, y de las múltiples iniciativas de análisis que las diferentes instituciones relacionadas con la justicia juvenil han generado en este período.

Más allá de las cuestiones formales y de operatividad del sistema penal juvenil, puede ser pertinente forzar el enfoque en la finalidad de las sanciones expresadas en el artículo 20 de la LRPA, elemento central y clave que debiera guiar todas las acciones formales de la norma penal juvenil, a saber: “hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”.

Aun lo explícito de la finalidad del artículo 20, cabe una revisión que permita aclarar si la Ley quiere tender una relación de causalidad entre la responsabilidad y la plena integración social, siendo la primera requisito para la obtención de la segunda, o si ambas son cuestiones complementarias de una misma acción sancionadora y reparadora.

Para la psicología del desarrollo humano, el sujeto podrá hacerse responsable de sus actos en el momento en que evolutivamente esté capacitado para enjuiciar moralmente sus acciones, lo cual deriva de condiciones mínimas cognitivas y sociales. El adolescente podrá hacer efectiva su responsabilidad cuando posea un nivel cognitivo y social que sustenten a su juicio moral. Éste es factible de desarrollar, y debiera ser el aspecto central a reforzar en la ejecución de la sanción, si es la responsabilidad lo que se quiere fomentar en el adolescente que comete delitos.

Por otro lado, si la LRPA intenta restituir derechos (nivelación escolar, apresto laboral, desarrollo de la autoestima), de modo que el joven descubra aspectos nuevos de la vida en sociedad que lo inhiban de la comisión de delitos en el

1 Psicólogo de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Juvenil y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público, Magíster en Psicología Clínica, Legal y Forense, U. Complutense de Madrid, Magíster Universitario en Psicología Clínica y Forense reconocido por la U. de Chile, en Resolución de Rectoría N° 82 de 29/11/2005.

futuro, pudiera darse también la integración social. Sin embargo, este proceso de incorporación social suele ocurrir más bien por razones ajenas a la acción del sistema penal, a saber, adquisición de mejor nivel educativo, compromiso laboral y/o afectivo, paternidad, etc.

De este modo, parece más útil, eficiente y práctico gestionar acciones que insten para que el menor tome conciencia del delito cometido y se haga responsable por su infracción, es decir, tome conciencia de que debe responder y sea capaz de llevar a cabo una acción de respuesta frente a la parte ofendida.

Entonces, antes de seguir avanzando en los programas de ejecución de penas, es fundamental saber si éstos responden a las expectativas sobre responsabilidad que plantea una Ley, precisamente, de Responsabilidad Penal Adolescente, o si amerita abrir nuevos caminos.

II. POR QUÉ LA MEDIACIÓN PENAL PODRÍA FORTALECER LA RESPONSABILIDAD ADOLESCENTE

En la sociedad actual, que pretende resolver todos sus problemas mediante la norma jurídica, la mediación contribuye al ejercicio de responsabilidad, autonomía y soberanía de los ciudadanos en la resolución de sus conflictos. La abstracción jurídica tiende a desplazar el terreno del conflicto a la norma, de modo que puede decidir de forma justa según norma, pero sin resolver necesariamente el conflicto.

La mediación, como mecanismo restaurativo, sostiene que el proceso de justicia pertenece a la comunidad: los ofensores deben ser encontrados responsables por los daños ocasionados por sus acciones, y las víctimas necesitan recuperar el sentido del orden, la seguridad y recibir una restitución.

El mecanismo restaurativo reduce en forma significativa los costos para el sistema de justicia, ofrece mayor oportunidad que la justicia retributiva para iniciar un proceso educativo con el adolescente porque éste asume más responsabilidad por lo dañino de su acción frente a la víctima, pero tiene límites objetivos cuando la víctima no se quiere confrontar con el adolescente ofensor.

El sujeto menor de edad, cuando no toma conciencia del daño provocado a las víctimas, de la necesidad de reparar, y no comprende el desastre social que su acción provocó, es proclive a repetir el delito. A su vez, la víctima, al no conocer las circunstancias en que el menor actuó, puede quedar con rabia y dolor toda su vida. Y, en consecuencia, la comunidad termina pidiendo penas más largas y severas para los “delincuentes juveniles”. Si la víctima tiene delante de sí sólo el rol del delincuente y no conoce al adolescente imputado como persona, se fomenta el odio hacia un mal anónimo. Cuando la víctima conoce al imputado como persona se reestructura su imagen, el odio y el temor difuso desaparecen.

La solución participativa de conflictos supone transformar una relación de pasividad e inhibición -que delega la gestión y la decisión en las instituciones jurídicas- en una implicación activa y directa de los ciudadanos en su gestión y solución. Supone igualmente por parte de las instituciones confiar más en los

ciudadanos y cederles espacios de soberanía para la resolución de los conflictos que les afectan.

A través de la mediación penal con adolescentes, se pretende que la respuesta responsable frente al delito contribuya a incrementar la competencia personal y social del autor, favoreciendo su autonomía y desarrollo del juicio moral, estimulando un cambio de conducta, y facilitando canales para que pueda afrontar los conflictos de forma responsable, promoviendo la reflexión sobre las propias acciones y creando las condiciones para que prevea las consecuencias de las mismas.

En esta línea, se observa que el sistema penal juvenil ha intentado superar la aplicación de privación de libertad como única respuesta penalizadora, desarrollando un amplio catálogo de medidas que la evitan. Aunque, para llegar al desarrollo de la mediación, se requiere de una apuesta decidida de parte del mundo político y social que priorice, antes que la sanción, la respuesta responsabilizadora y reparadora.

En este sentido, cabe destacar que el Ministerio Público de Chile, de manera inédita en la región, ha asumido la iniciativa en este esfuerzo de modernizar y darle consistencia teórica a la justicia juvenil, a través del uso de la mediación penal con adolescentes imputados por delitos. Así, desde noviembre de 2007 que se han generado acciones tendientes a extraer experiencias similares desde Europa, que puedan ser acomodables a la realidad chilena, concretando en la elaboración de un proyecto piloto de mediación penal adolescente que será liderado por la Fiscalía Nacional, y al cual se invitará a los demás actores institucionales que deberán sumarse a esta gestión para el éxito de la misma.

Al respecto, se puede mencionar que la implementación de la mediación penal es uno de los compromisos citados en la Cuenta Pública 2007 por el Fiscal Nacional, quien señala textualmente: “La mediación penal supone la construcción de la solución al conflicto penal, conjuntamente, entre víctima e infractor, lo que resulta especialmente adecuado para los casos en que estos comparten un contexto que los obliga a mantenerse en contacto. En el ámbito de la responsabilidad penal juvenil, el adolescente se convierte en protagonista de la solución del conflicto, haciéndose cargo de las consecuencias de su conducta y de la necesidad de respetar en el futuro los derechos y libertades de las demás personas. En este marco, hemos diseñado un proyecto destinado a instalar programas pilotos de mediación penal en las cuatro fiscalías regionales metropolitanas, las que presentan el mayor número de casos de adolescentes infractores del país, lo que es coherente con la necesidad de responder a los principios orientadores del sistema de justicia criminal de los jóvenes, plasmando las orientaciones y compromisos internacionales sobre el particular”.

El interés del Ministerio Público en desarrollar este Proyecto Piloto se basa en el aporte que significará para el avance en las siguientes dimensiones:

- el principio responsabilizador de la ley que guarda estrecha relación con los principios de la mediación penal;

- el impacto reparatorio que la mediación implica en la denunciante y, adicionalmente, en el adolescente imputado;
- la mediación da cabida a diversas salidas jurídicas de este nuevo sistema (salidas alternativas, atenuación de responsabilidad);
- la mediación disminuye la presencia de privación de libertad, acción coherente con los principios internacionales de la Convención Internacional de los Derechos del Niño;
- la mediación impulsa un trabajo coordinado interinstitucional (Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Ministerio de Justicia, Servicio Nacional de Menores) que amplía el impacto de la misma;
- la mediación posibilita que la comunidad observe a los imputados adolescentes en su completa realidad de personas;
- la mediación parece posible no sólo en delitos menores sino, eventualmente, su impacto puede ser positivo en delitos de gravedad, y
- la mediación promueve la restauración y/o reparación, lo cual favorece avances sociales y ciudadanos, en el sentido de promover la madurez cívica y la cohesión social.

La experiencia comparada muestra que los programas de mediación atienden especialmente los conflictos relativos a delitos menos graves, si bien también es posible desarrollar la mediación-reparación en delitos de mayor entidad. Se ha demostrado que no siempre existe una relación directa entre la gravedad del delito y la voluntad de las partes en participar y solucionar el conflicto (Dapena, 2003). Aun en delitos graves, el mecanismo de la mediación puede colaborar en la reparación del conflicto generado en la víctima a partir del delito, víctima que puede llegar a incorporar el hecho doloroso y otorgarle un sentido que resulte reparador y consistente con su vida.

En este marco, la mediación penal resulta del todo conveniente de incorporar a las acciones jurídico-penales seguidas contra adolescentes que cometen delitos, pudiendo llegar a convertirse en un procedimiento que apunta con mayor precisión al logro de la meta de hacer efectiva la responsabilidad y, ulteriormente, lograr la integración social y comunitaria del joven infractor.

III. REFERENCIAS

Dapena, José (2003). *Mediación y Reparación en el ámbito de la Justicia Juvenil*. Barcelona, España.

Walter, Joachim (Enero 29 de 2009), *Conferencia sobre Centros Penitenciarios Juveniles de Alemania*. SENAME Nacional, Santiago.

SISTEMA PENAL Y *BURNOUT*. EL DESGASTE DE EQUIPOS QUE TRABAJAN EN VIOLENCIA

Roberto Rodríguez Manríquez¹

*Yo lloro con las personas que me consultan y también me río con ellas.
Me sumo a su indignación y también comparto su alegría.
Sentimos juntos tristeza y también esperanza.
Mientras acompaño a estas personas en su marcha, experimento todas las emociones
que uno experimenta al escuchar un testimonio.
(Michael White, 2002. Nombrar el abuso y liberarse de sus efectos p. 91)*

El trabajar en el área de la violencia puede describirse como una actividad de alto riesgo que implica exponerse en mayor grado al desgaste y agotamiento profesional, lo que se denomina como *burnout*. Esto supone que para intervenir en violencia es importante tomar precauciones y no exponerse innecesariamente a riesgos adicionales. Sin embargo, los operadores jurídicos que toman contacto directo con la violencia, lo hacen muchas veces sin resguardos, es decir, desprovistos de factores protectores en el trabajo de la violencia (Arón, 2001).

El término *burnout* se ocupa desde los años '60. Primero fue utilizado para referirse a los efectos de quienes usan drogas de forma crónica, pero en 1974 Herbert Freudenberg lo emplea por primera vez para referirse al agotamiento profesional entre quienes ofrecen su ayuda a problemáticas violentas. Señala que el carisma, la motivación y el compromiso social de estos trabajadores va siendo reemplazado por la fatiga, el agotamiento y los malestares psicosomáticos (Arón, 2004).

El desgaste profesional sería aún más intenso en el trabajo con violencia. Desempeñarse en este ámbito resulta de alto riesgo porque implica exponerse al trauma de víctimas y testigos, experiencias destructivas con una alta dosis de dolor psíquico y físico, que afectan la vitalidad de quienes día a día deben escuchar esos relatos marcados por experiencias de sometimiento a través de la violencia. Trabajar en esta área debe comprometer acciones de las organizaciones con equipos humanos que toman contacto con historias de vida altamente dañadas, puesto que la psiquis del operador jurídico que interactúa como funcionario del sistema penal, y a la vez, como ser humano desprovisto del estatus que la institución le otorga, hace contacto con sus propios sentimientos y relatos biográficos provocando reacciones de rechazo, acogida, repudio, simpatía, frustración, motivación, etc. (OPS, 1999).

1 Trabajador Social de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

El desgaste o agotamiento profesional de intervenir en violencia se caracteriza por cansancio mayor del esperado de acuerdo a las exigencias de las labores realizadas, fatiga, lentitud y una serie de síntomas físicos, conductuales, interaccionales, psicológicos, espirituales o de la práctica laboral (Arón, 2004; White, 1997).

Los conceptos claves para su comprensión serían:

a) Contaminación temática: se refiere al contacto de los equipos con problemas de alto impacto emocional como son el daño y la violencia en todas sus formas. Se produce un impacto paulatino y silencioso que podría equipararse al efecto que se produce en las personas que están en contacto con sustancias tóxicas. Lo mismo ocurre cuando se está en contacto permanente con la memoria corporal del dolor, es decir, la violencia y sus efectos en las mentes y cuerpos (Barudy, 1998; 1999; Quintana, 2005).

b) Traumatización vicaria: Llamado también por Figley (1995) *compassion fatigue*, es decir, estrés traumático secundario o desgaste por empatía, ocurre cuando el agente del sistema se conecta con sus propias historias de maltrato o abuso, concientes o inconcientes, actuales o pasadas, referidas a su papel de víctima o victimario. Dicho en otros términos, se refiere a síntomas de estrés postraumático sufrido por terapeutas, o cualquier otro profesional o trabajador involucrado en el manejo de situaciones altamente estresantes y/o traumatizantes. Los efectos de la traumatización vicaria podrán ser la hipersensibilidad frente al dolor de otro o la sobre reacción airada, perdiendo el control de la situación o confundiendo el rol o función de apoyo (Arón, 2001, 2004; Figley, 1995, 2002).

c) Traumatización de los equipos: La violencia opera como un sistema abusivo en el que triangula la víctima, el agresor y los terceros. Los equipos que trabajan en violencia se configuran como los terceros que harán esfuerzos por interrumpir la violencia pero que también verán frustradas sus acciones al constatar que el agresor mantiene el abuso de poder sobre la víctima o ésta retira la denuncia o se retracta (Gómez, 2002; Morales, Pérez y Menares, 2003).

Precisamente uno de los elementos que aumentaría el desgaste y frustración para los actores que intervienen desde el campo penal, se presentaría cuando la mujer se desiste de la demanda o renuncia a participar del proceso penal, viéndose los operadores del sistema exigidos a sustentar la investigación sin que se afecte la persecución penal y la protección a la víctima. Dicho de otro modo, la mujer al retractarse de su denuncia, generaría un conflicto de intereses, entre sus pretensiones de abandono de la causa y los objetivos de persecución penal pública de las instituciones del sistema penal (Morales y Rodríguez, 2008).

Los agentes del sistema de justicia penal que ejecutan acciones de protección a la víctima o de persecución penal a los imputados, en contexto de violencia intrafamiliar requieren que se diseñen y administren programas de gestión organizacional que involucren aspectos relacionados con el desgaste producido. No se trata sólo del sentimiento de frustración ante el retiro de la denuncia o retractación de la víctima, sino que al tramitar este tipo de causas traumáticas con historias de violencia íntima, se produce lo que Freudenberg (1974) denomina

una “erosión del espíritu”, lo que implica una pérdida de la fe en la empresa de ayudar a otros.

Las consecuencias del desgaste se podrán visualizar en síntomas que no sólo remiten al tipo de usuario y conflicto intrafamiliar que se espera resuelva desde la esfera penal, sino que hacen referencia también al débil soporte organizacional que pone un énfasis en el cumplimiento de metas y estándares de eficiencia en la protección y persecución penal, dejando de lado el factor humano detrás de esas acciones, es decir, pasa a un segundo plano la salud mental y física de quienes tramitan esas causas (Arón, 2004).

Cabe agregar que los delitos de violencia intrafamiliar han pasado a formar parte de la labor regular del Ministerio Público desde la promulgación de la Ley 20.066 en octubre de 2005, siendo un ámbito de acción relativamente nuevo y que ha requerido constantes ajustes de parte de las fiscalías para operar de la mejor manera posible.

La importancia de implementar una política de autocuidado no sólo podría justificarse por los retiros, enfermedades y licencias médicas que padecen quienes hacen frente a la violencia, sino que bastaría con revisar los datos sobre incidencia de la violencia intrafamiliar: el Ministerio Público ha recibido desde el 2005 al 2008, es decir, los tres primeros años de vigencia de la ley N° 20.066, la cifra de 209.371 denuncias de delitos ocurridos en contexto de violencia intrafamiliar, de los cuales, 179.114 corresponden a lesiones y amenazas, configurando los ilícitos más comúnmente denunciados en contexto de pareja (Ministerio Público, 2009).

Desde una perspectiva forense, la revisión de diagnósticos ambulatorios de urgencia (DAU) e informes del Servicio Médico Legal, evidencian que el grueso de las lesiones denunciadas corresponden a “lesión leve”, que posteriormente son recalificadas jurídicamente por el fiscal a “lesión menos grave”, de acuerdo a la Ley N° 20.066, por haber ocurrido en contexto intrafamiliar. Por lesión, se constata el diagnóstico de “erosiones” y “hematomas en diferentes partes del cuerpo”, “heridas con arma blanca de carácter superficial”, “contusiones provocadas por golpes de pies o puño” y “traumatismos provocados por objetos”, etc. A su vez, las intimidaciones que han configurado el delito de “amenaza contra las personas” o “amenaza contra la propiedad”, corresponden a avisos con carácter de control y sometimiento por parte del imputado, que condicionarían la conducta de la víctima, a través de un daño potencial a su integridad física o psicológica. La lectura de denuncias evidencian amenazas con ánimo del imputado de golpear, matar, quemar la casa, quitar los hijos, suicidarse, hacer gestos intimidatorios con objetos contundentes, armas blancas y de fuego en contexto de menosprecio e insultos (Ministerio Público, 2008; 2007).

Sobre violencia contra la mujer, las denuncias recibidas en el trienio mencionado, arrojan que 151.435 corresponden a víctimas de sexo femenino, es decir, 83,7% del total de delitos denunciados. En relación al tipo de delitos y la víctima, se repite la tendencia general: el Ministerio Público ingresó 128.061 denuncias de

lesiones de diversa índole y amenazas cuyas víctimas eran mujeres (Ministerio Público, 2008).

Otro dato relevante, es la constatación de un aumento progresivo de las denuncias de delitos desde que entra en vigencia la ley, tal como lo señalan las siguientes cifras, durante el primer año se ingresaron 50.142 delitos, el segundo año 58.764 delitos, y el tercer año 67.587 delitos (Ministerio Público, 2008).

Hoy se aprecia que diferentes instituciones del sistema penal efectúan programas y sistemas especiales de abordaje de las causas de violencia intrafamiliar, por ejemplo, el Poder Judicial ha implementado en la Región Metropolitana un “Centro de Medidas Cautelares” emanadas desde tribunales de familia; en el Primer Juzgado de Garantía de Santiago se implementa una “Sala Especial para Violencia Intrafamiliar”, sistema de seguimiento y control inédito en Chile; Carabineros capacita permanentemente a su personal e implementa un Parte Especial de Violencia Intrafamiliar, pone en marcha un número telefónico especial para recibir llamadas sobre conflictos de violencia en la pareja llamado “Fono Familia 149”, que es atendido las 24 hrs. del día; el Ministerio Público ejecuta Programas Pilotos de Violencia Intrafamiliar en diferentes regiones del país para disminuir los tiempos entre la denuncia y el primer contacto con la víctima para hacer una evaluación de riesgo; en la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente se formó un equipo especializado de funcionarios, profesionales y fiscales que sólo tramitan violencia intrafamiliar buscando eficiencia y rapidez en la respuesta; en la Fiscalía Regional Centro Norte se ejecuta un Proyecto Piloto de Tratamiento a Agresores que involucra al Tribunal de Garantía, los Centros de Salud Mental y la Fiscalía en un sistema de Tribunal de Violencia Intrafamiliar Especial.

Éstas, y otras iniciativas que no se han nombrado, involucran estrategias innovadoras con alta dosis de profesionalismo y voluntarismo de quienes las diseñan y ejecutan con el fin de reducir la complejidad del conflicto de violencia de pareja dentro del sistema penal. Ha implicado una alta capacidad de liderazgo y motivación dentro de los equipos y sus respectivas instituciones, pero se observa con alarma que ha sido relegada, en términos de importancia, la forma en que las propias instituciones cuidarán de quienes intervengan en dichos procesos de trabajo innovadores: ¿Qué ocurrirá cuando estos pioneros vean agotadas sus energías y se desgasten sucumbiendo ante la violencia cruda de los conflictos de pareja y la rigidez institucional de sus respectivos campos organizacionales?

Una definición inicial del problema de *burnout* tendría que asumir su carácter sistémico. Tomar conciencia que instituciones públicas del campo jurídico, especialmente el penal, responden a la demanda social de intervención punitiva, muchas veces de manera desarticulada, a través de programas y procesos de trabajo experimentales en los que se ocupa al capital humano que interviene en violencia intrafamiliar sin contemplar en sus diseños, estrategias de autocuidado coherentes con las necesidades de los equipos, diversificadas, flexibles y que se sostengan en el tiempo. Al respecto, se ignora el número de retiros y licencias médicas que por problemas de salud física o mental los diferentes actores del sistema penal están sufriendo en “sus filas”, sin embargo, se aprecia una clara

tendencia a un aumento progresivo de licencias médicas y deserción de funciones vinculadas a violencia intrafamiliar, desperdiándose años de experiencia y capacitaciones de un capital humano precursor que comenzó con alta motivación pero que ha caído paulatinamente en el desgaste.

Referencia Bibliográficas

Arón, A. M. (2001). *Violencia en la Familia. Programa de Intervención en red: La experiencia de San Bernardo*. Primera Edición, Editorial Galdoc Ltda., Santiago de Chile.

Arón, A. M. y Llanos, M.T. (2004). Cuidar a los que cuidan: desgaste profesional y cuidado de los equipos que trabajan con violencia. *Sistemas Familiares*, Año 20 – N° 12.

Barudy, J. (1999). *Maltrato infantil, ecología social: prevención y reparación*. Santiago, Chile: Galdoc.

Barudy, J. (1998). *El dolor invisible de la infancia: Una lectura ecosistémica al maltrato infantil*. Barcelona: Paidós.

Figley, Ch. (1995) *Compassion fatigue: Coping with secondary traumatic stress disorder in those who treat the traumatized*. New York: Brunner/Mazel Publishers. Citado en: Validación Preliminar de la Escala de Conductas de Autocuidado para Psicólogos Clínicos. Guerra, Rodríguez, Morales y Betta. *Psykhe* 2008, Vol.17, N° 2, 67-78.

Figley, Ch. R. (2002). *Treating compassion fatigue*. New York: Brunner-Routledge. Citado en: Validación Preliminar de la Escala de Conductas de Autocuidado para Psicólogos Clínicos. Guerra, Rodríguez, Morales y Betta. *Psykhe* 2008, Vol.17, N° 2, 67-78.

Freudenberg, H. (1974). Staff burnout. *Journal of Social Issues*, 30, 150-165. Citado en Arón (2004).

Gómez, C. (2002). *Salud Mental en situaciones de desastre. Efectos psicológicos en los equipos intervinientes*. Facultad de Medicina Universidad de Buenos Aires, Argentina. Desde:

<http://www.disaster-info.net/lideres/spanish/argentina/assets/presentacionlideres.doc>

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 Público (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, G.; Pérez, J. & Menares, M. (2003). Procesos emocionales de cuidado y riesgo en profesionales que trabajan con el sufrimiento humano. *Revista de Psicología Universidad de Chile*, 12(1), 9-25.

Morales, M. y Rodríguez, R. (2008). La retractación de la denuncia de violencia intrafamiliar, *Revista jurídica del Ministerio Público*, N° 34, abril.

Organización Panamericana de la Salud (OPS), 1999. *Ayúdanos para ayudar a otros: Guía para el autocuidado de quienes trabajan en el campo de la violencia intrafamiliar*. San José de Costa Rica. Desde <http://www.paho.org/Spanish/HDP/HDW/gph7.pdf>

Quintana, C. (2005). El Síndrome de Burnout en Operadores y Equipos de Trabajo en Maltrato Infantil Grave - Psykhe, 2005 - SciELO Chile.

White, M. (2002). Reescribir la vida. Ed. Gedisa, Barcelona.

White, M. (1997). Guías para una terapia familiar sistémica. Terapia conjunta para hombres violentos y las mujeres que viven con ellos. Pp. 167- 174. Ed. Gedisa, Barcelona.

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL MALTRATO HABITUAL

María José Taladriz Eguiluz¹

El artículo 14 de la Ley 20.066 tipifica el delito de maltrato habitual, en los siguientes términos:

“El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.

Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria”.

La estructura del tipo exige la presencia de los siguientes elementos:

- a. En cuanto al tipo subjetivo, se requiere la concurrencia del dolo o conocimiento de que se están llevando a cabo sistemáticamente actos de violencia física o psíquica sobre cualquiera de los sujetos del artículo 5° y la voluntad de realizarlos.
- b. En cuanto al tipo objetivo, la acción típica que lo integra está constituida por el ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre los sujetos expresamente delimitados en el artículo 5° de la Ley N° 20.066², dentro de los que se incluyen, además de los padres de un hijo en común y las personas menores de edad o discapacitadas que se encuentren bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar, a los **ascendientes** como posibles sujetos activos o pasivos de actos constitutivos de violencia intrafamiliar.

El comportamiento típico exigido por el artículo 14 de la Ley N° 20.066, se refiere a la violencia física o psíquica comprendida en el artículo 5° de la misma Ley (todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica), con carácter habitual y residual. Toda vez que al ser un delito subsidiario de otros de mayor gravedad, será el uso de violencia física en contra de una o más personas a las que se refiere el artículo 5°, que no alcance a ser constitutivo de lesiones³,

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

2 De ahí, que estemos en presencia de un delito especial, pues tanto el sujeto activo como pasivo deben estar unidos por los vínculos que detalla el artículo 5°.

3 Esto significa que para el maltrato bastan las *vías de hecho*, las cuales, según la doctrina mayoritaria de nuestro país, no constituyen lesiones, por requerir éstas un menoscabo físico perceptible por los sentidos (sobre este punto, véase el *Derecho penal chileno, Parte especial - Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, de los autores POLITOFF, S.,

así como también las agresiones verbales o no verbales aptas para causar una perturbación psíquica en la víctima.

El artículo 14 de la Ley N° 20.066 crea un tipo penal relativamente similar al del artículo 153 del Código Penal español, único antecedente de derecho comparado conocido, con la diferencia de ser subsidiario de delitos más graves, como los delitos de lesiones graves y menos graves, amenazas de los artículos 296 y 297; violación y abuso sexual, dado que todos ellos suponen ataques contra la integridad física y psíquica constitutivos de delitos castigados con penas de mayor entidad. De ahí que, para perseguir el delito de maltrato habitual, deba descartarse previamente la comisión de cualquiera de esos otros delitos.

Si bien, el verbo “ejercer” empleado en la descripción del ilícito pareciera comprender un comportamiento activo⁴, un estudio de la historia de la Ley N° 20.066, permite constatar que la intención legislativa, en ningún caso fue restringir el tipo penal exclusivamente a la forma activa. Como ya se dijo, el comportamiento típico exigido por el artículo 14 de la Ley N° 20.066, se refiere a aquél comprendido en el artículo 5° de la Ley N° 20.066 (todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica), con carácter habitual y residual. Así, la conducta descrita en el artículo 14 constituye una especie de maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.

Surge entonces la pregunta: ¿Es posible incurrir pasivamente en el delito de maltrato habitual?

Evidentemente, el verbo gramatical por el que el legislador expresa la conducta constitutiva del núcleo del tipo penal del artículo 14 “ejercer”, no admite la forma comisiva de omisión propia⁵, por lo que sólo cabe analizar si el respectivo tipo penal admite o no la omisión propia o comisión por omisión, que se caracteriza por no impedir un resultado, pese al deber de garante que obliga a actuar.

La jurisprudencia chilena y española⁶ se ha pronunciado coincidente respecto del carácter permanente del maltrato habitual, en cuanto genera un clima o atmósfera amenazante que atenta contra la integridad personal de la ofendida,

GRISOLÍA F. y BUSTOS, J. *Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Delito contra el individuo en sus condiciones físicas*, Edit. Jurídica Congreso, Santiago 2006, pp. 305 y ss.).

- 4 Para la RAE, el verbo “ejercer” (Del lat. *exercēre*) tiene las siguientes acepciones: 1. Practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión. U. t. c. intr. *Es abogado, pero no ejerce*. 2. Hacer uso de un derecho, capacidad o virtud. *Ejerce sus cualidades de orador*. 3. Realizar sobre alguien o algo una acción, influjo, etc. *Ejerció presión sobre las autoridades*. 4. Poner en práctica formas de comportamiento atribuidas a una determinada condición. *Ejerce de listo*.
- 5 Verdaderos delitos de omisión, que se caracterizan por prever expresamente una conducta, sin integrar en el tipo penal clase alguna de resultado.
- 6 Sentencia Juzgado de Garantía de Combarbalá de 17 de agosto de 2006, RUC 0600408720-6; Sentencia Juzgado de Garantía de Antofagasta de 4 de agosto de 2006, RUC 0600239359-8; Sentencia Juzgado de Letras de Lota de 21 de julio de 2006, RUC 0500640128-9; Sentencia Juzgado de Garantía de Collipulli, de 17 de abril de 2006, RUC 0600026461-8; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid N°458/2005; Sentencia de la Audiencia Provincial

de modo físico y/o psíquico, dañando de modo devastador a la(s) víctima(s) de la violencia. Sin embargo, no existe un pronunciamiento de nuestros tribunales, en cuanto a la comisión por omisión del delito de maltrato habitual. No obstante, existe constancia⁷ que en la discusión parlamentaria se sostuvo la existencia de dos formas de sancionar esta clase de delitos: “*castigando a las personas peligrosas (por ejemplo, al agresor, por ser peligroso, por haber generado un estado de terror dentro del grupo familiar), o castigando por actos concretos y específicos, acciones u omisiones*”⁸. Además, el H. Senador señor Ominami formuló la Sexta Indicación al Proyecto de Ley, consistente en intercalar, en el inciso primero del artículo 2º, entre las palabras “*maltrato*” y “*que*”, lo siguiente: “*por acción u omisión*”. Sin embargo, los integrantes de la Comisión desestimaron la indicación por innecesaria, toda vez que, por definición legal, es delito toda “acción u omisión” voluntaria penada por la ley, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º del Código Penal⁹. De lo que se concluye que el legislador admite el maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar en forma activa y omisiva.

La similitud del tipo penal del artículo 14 es tal con el antecedente español, que incluso utiliza el mismo verbo rector: “*ejercicio habitual de violencia física o psíquica*”¹⁰.

de Sevilla N°112/2005; Sentencia del Tribunal Supremo Español N°2295/2004; Sentencia del Tribunal Supremo N°1311/2004.

- 7 Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que introduce modificaciones en la Ley N° 19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar (Boletín N° 2.318-18).
- 8 Informe de la Comisión Mixta recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que introduce modificaciones en la Ley N° 19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar (Boletín N° 2.318-18).
- 9 Concurriendo unánimemente a adoptar el referido acuerdo los Honorables Senadores señores Cordero, Chadwick, Espina y Zaldívar, don Andrés.
- 10 Artículo 153 del Código Penal Español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. B.O.E. N° 281, de 24 de noviembre de 1995; corrección de errores en B.O.E. N° 54, de 2 de marzo de 1996).

“*El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*”

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

En efecto, se ha discutido doctrinalmente en España¹¹ si el delito de maltrato habitual admite o no la omisión impropia o comisión por omisión. La jurisprudencia española¹² admite abiertamente tal comisión por omisión en el delito previsto en el artículo 153 del Código Penal de 1995.

De este modo, mediante una interpretación del tipo legal, la conducta descrita en el artículo 14 de la Ley N° 20.066 puede cometerse también por omisión.

Si bien, la *“ausencia de una expresa e inequívoca referencia a la omisión en los delitos descritos en forma comisiva explica las dudas acerca de la eventual violación que pudiera significar su admisión al principio de reserva legal: nullum crimen nulla poena sine lege”*, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que refiriéndose la Constitución a conductas, lo que parece comprender tanto acciones como omisiones, y no restringiendo la ley las modalidades de comisión, es posible admitir la omisión entre ellas, sin contrariar la garantía constitucional, *“argumento que se refuerza por la expresa remisión del artículo 492, inciso 1°, Cp, que se refiere explícitamente no sólo a acciones, sino también a omisiones que constituirían un crimen o simple delito contra las personas, aunque en dichos delitos contra la personas, previstos en el título VIII del Libro II Cp, no se contienen figuras de omisión formalmente descritas. Así lo ha aceptado también nuestra jurisprudencia”*¹³.

La doctrina sostiene que esta asimilación sólo es posible si la ley no la excluye explícitamente, pudiendo suceder que sea impensable la ejecución de un delito por omisión en aquellos tipos penales que suponen un comportamiento personal o corporal como la bigamia (Art. 382) o el incesto (Art. 375), entre otros, o los que por alguna otra razón son inconcebibles por omisión¹⁴, mas no en el delito de maltrato habitual.

En relación con la comisión impropia, doctrina y jurisprudencia han establecido los siguientes requisitos:

1. Posición de garante del omitente, es decir, que tenga un deber jurídico especial de protección que lo obligue a evitar el resultado lesivo y que haya asumido efectivamente dicha posición;
2. Evitabilidad del resultado (causalidad hipotética), e imputación objetiva del mismo a la acción omitida;
3. Que la omisión equivalga a la comisión y sea por lo mismo directamente subsumible en el correspondiente tipo penal, y
4. Producción del resultado que la acción omitida pudo evitar.

11 DE LAMO, J. y OTROS. *Tratamiento penal y procesal de la violencia en el ámbito familiar*, Edit. Bosch, Barcelona, 2002, pp. 76-77.

12 SSTS (2ª), de 26 de junio de 2000, 22 de junio de 1991, 31 de octubre de 1991, 06 de octubre de 1995 y 26 de junio de 2000, entre otras.

13 POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M.C. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, pp. 198-199.

14 POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M.C., Ob. Cit., p. 199.

Posición de garante y evitabilidad del resultado. Hoy se imponen las tesis que fundamentan la posición de garante en la relación de orden material que se manifiesta entre el bien jurídico y el sujeto (teoría de las funciones), dejándose atrás aquellas tesis formalistas (que emanan de la ley, del contrato, la ingerencia) que por su rigidez no otorgan una respuesta adecuada.

Conforme a estas propuestas materiales, existen dos caminos para precisar que a la omisión de un sujeto se le puede atribuir un resultado típico: a) los que dicen relación con la función especial de protección de un bien jurídico (vínculo familiar estrecho, comunidad de peligro y asunción voluntaria) y b) aquellos que guardan relación con una función especial de control de fuentes de peligro¹⁵.

Sobre el particular, los hijos tienen el deber de garante respecto de sus padres en los términos previstos en el artículo 223 del Código Civil, que prescribe: “Aunque la emancipación confiera al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios.

Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes, en caso de inexistencia o insuficiencia de los inmediatos descendientes”.

De este modo, los hijos resultan obligados por ley al cuidado de sus padres en su ancianidad, en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios¹⁶.

Sin embargo, “no basta con afirmar la existencia formal de un *deber jurídico*, sino que tendrá que tomarse en cuenta la situación real, el hecho de que *efectivamente el garante haya asumido su posición de tal*, excluyendo la posibilidad de actuación de otros agentes salvadores¹⁷”. De este modo la evitabilidad del resultado sólo es posible si el omitente tiene la posibilidad real de evitarlo, debiendo aumentar con su omisión el riesgo creado.

El fundamento de la imputación se haya en que si bien el sujeto no ha causado un resultado, se considera que sí lo ha hecho por no haberlo evitado, pudiendo, dada la posición en que se encontraba, castigándose, en consecuencia, la infracción de un deber de evitación de un resultado. *“Aún cuando el riesgo no haya sido creado directamente por el sujeto, desde el momento que asume como barrera de contención y vulnera ese compromiso, poniendo en peligro ese bien jurídico, debe asumir -desde*

15 CARNEVALLI, R., “El delito de omisión. En particular, la comisión por omisión”, en Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, N°9, Coquimbo, 2002, p. 78.

16 Durante el proceso individual es inevitable envejecer. Se producen modificaciones morfológicas y funcionales, que, unidas a un mayor riesgo de padecer enfermedades crónicas e invalidantes, hacen que las limitaciones en su autocuidado sean tan importantes que pasen de una situación de independencia a otra de dependencia de la familia, servicios sociales y/o sanitarios. Por ello, se considera a la vejez como una etapa del desarrollo humano donde los factores de riesgo de padecer maltrato aumentan al mismo tiempo que la edad.

17 POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M.C., *Ob. Cit.*, p. 204.

*una perspectiva normativa- los riesgos que su comportamiento ha creado, como si los hubiera creado*¹⁸. Así, quien vulnera su compromiso de evitación del riesgo típico, está creando ese riesgo, similar a quien lo crea activamente, realizándose el tipo penal.

En consecuencia, no es suficiente que concurren las relaciones familiares para que la inactividad constituya comisión por omisión, pues se requiere, además, que la situación de absoluta dependencia personal que caracteriza la posición de garante se produzca en el caso concreto¹⁹.

Al respecto, la doctrina española ha exigido la existencia de una relación fáctica de sujeción y de convivencia estable²⁰, cuestión que no ha sido abordada por la doctrina y jurisprudencia nacional. Sin embargo, creemos que dicho requisito no es exigible en nuestro país, por cuanto al sustituirse el concepto de violencia intrafamiliar por el previsto en el derogado artículo 1° de la Ley 19.325, se quiso ampliar el ámbito de aplicación personal de esta ley especial, precisamente, a familiares que no viven bajo el mismo techo. Tanto es así, que la moción parlamentaria que dio origen a la Ley N° 20.066²¹ hizo presente que para solucionar los inconvenientes de la Ley N° 19.325 era necesario ampliar la definición del artículo 1° para incluir a los familiares y otros similares no contemplados y definir mejor los grados de violencia, para lo cual se requería aclarar el concepto de quienes “no viven bajo un mismo techo”²².

Así, la **Cámara de Diputados**, en el primer trámite constitucional, aprobó la norma que contiene la definición de violencia intrafamiliar, señalando a continuación de los sujetos activos y pasivos de los actos de violencia intrafamiliar, la oración “*sea que viva o no bajo la misma morada y cualquiera que sea la edad o condición del afectado*”. El **Senado**, durante el segundo trámite constitucional, hizo exigible el requisito de vivir bajo la misma morada, exclusivamente al adoptante o adoptado, modificación que la **Cámara de Diputados** rechazó en el tercer trámite²³, eliminando definitivamente dicha exigencia en el artículo 5° de la Ley. De este modo, sólo se exige una relación fáctica de sujeción y convivencia estable, tratándose de personas vinculadas sentimentalmente, no unidas por matrimonio.

18 CARNEVALLI, R., *Ob. Cit.*, p. 77.

19 SOTO PIÑERO, citado en CARNEVALLI, R., *Ob. Cit.*, nota N° 34, p. 78.

20 DE LAMO, C. y OTROS, *Ob. Cit.*, p. 49.

21 Moción de las Diputadas señoras María Antonieta Saa y Adriana Muñoz.

22 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que introduce modificaciones en la Ley N° 19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar (Boletín N° 2.318-18).

23 Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que deroga la Ley N° 19.325 y establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar (Boletín N° 2.318-18).

Que la omisión equivalga a la comisión y sea, por lo mismo, directamente subsumible en el correspondiente tipo penal. Como se ha hecho presente, el verbo rector del delito de maltrato habitual (ejercicio habitual de violencia física o psíquica) de configuración ambivalente, comprende forma de comisión activa y pasiva. En este punto nos remitimos a lo señalado en las páginas anteriores de este documento.

Producción del resultado que la acción omitida pudo evitar. Desde el punto de vista psicosocial, existen dos hechos centrales y relacionados que dan cuenta de la potencia del daño causado por el maltrato habitual: la multiplicación de actos perjudiciales contra la(s) víctima(s), y el establecimiento de una dinámica relacional de maltrato. El primer elemento, la proyección del maltrato en el tiempo y espacio personal, provoca la imposibilidad de la víctima para que se recupere, al estar expuesta sin pausas al evento amenazador y peligroso. Y el otro apunta a que, una vez instalada, la dinámica relacional de maltrato prescinde de manifestarse de modo activo (es decir, a través de agresiones), basta con manifestaciones, signos o gestos -a veces imperceptibles por observadores externos- de rechazo, menosprecio o descuido para mantener el ambiente de hostigamiento, agravio y humillación.

El maltrato habitual debe entenderse integrado en un concepto amplio de violencia intrafamiliar, el que se define como “*todas las formas de abuso que tienen lugar entre los miembros de la familia*”, entendiendo por relación de abuso “*toda conducta que, por acción u omisión, ocasiona daño físico y/o psicológico a otro miembro de la familia*”. Además, se debe considerar si la relación de abuso es crónica o periódica y se orienta a instalar y mantener una jerarquía de poder al interior del vínculo”, es decir, se requiere que la conducta de violencia sea habitual o permanente.²⁴

Concuera la literatura sobre violencia intrafamiliar en señalar²⁵, respecto al **Maltrato Pasivo**, que la víctima sufre la falta de protección, cuidados físicos y afectivos mínimos de parte de sus figuras de custodia. En el caso de ancianos, el maltrato pasivo propiciaría la aparición de angustia mental, dañándose incluso su salud. Así, el aislamiento, abandono y violencia económica²⁶, a que se ve

24 CORSI, J. *Algunas cuestiones básicas sobre Violencia Intrafamiliar*, Universidad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 1992.

25 BARUDY, J., *Dictaduras familiares, violencia e incesto: una lectura sistémica del incesto padre e hija*, Edit. Gazmuri, Hemel & Aron, Santiago de Chile, 1992; RODRÍGUEZ, M. (06/10/2005), *El maltrato hacia la persona mayor. ¿Un nuevo dilema?* Edit. RLG, Canal: POLÍTICAS - Violencia y maltrato, 2005; ARÓN, A., *Violencia en la Familia. Programa de Intervención en red: La experiencia de San Bernardo*, 1ª Edición, Edit. Galdoc Ltda., Santiago de Chile, Septiembre 2001 y CORSI, J., *Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*. Edit. Pairo, Buenos Aires, 1994.

26 Toda acción u omisión que implique un daño, pérdida, sustracción, destrucción, retención, de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de la víctima en una relación de pareja. También comprende el acto de privar los recursos económicos necesarios para

expuesta la persona anciana puede producir angustia, pena, tensión, inseguridad personal, todos aspectos que entretejen un ambiente familiar hostil, humillante y, ciertamente, maltratador, afectando su salud e incluso arriesgando su vida.

Se ha definido el abandono como aquella situación donde las necesidades físicas (alimentación, vestido, higiene, protección, vigilancia en situaciones potencialmente peligrosas, educación y/o cuidados médicos) y otras básicas no son atendidas temporal o permanentemente, pudiéndose afectar la salud²⁷. La salud ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “*Un estado de completo bienestar físico, psíquico y social y no sólo la ausencia de enfermedades y quebrantos*”. Esta definición ha sido criticada en la actualidad por ser excesivamente vasta, por lo cual se ha preferido definirla como “*la ausencia de enfermedades*”²⁸. Dentro de las enfermedades más frecuentes se encuentran las que afectan al sistema circulatorio, órganos de la respiración o de los huesos, seguidas de enfermedades glandulares, **de la alimentación** y del metabolismo²⁹.

En cuanto a las enfermedades de alimentación, la desnutrición puede dejar severas secuelas, por ejemplo, disminución del coeficiente intelectual, problemas de aprendizaje, retención y memoria, escaso desarrollo muscular e infecciones frecuentes. Esto último representa una de las principales causas de mortalidad, ya que el déficit de nutrientes altera las barreras de inmunidad que protegen contra el ataque de gérmenes³⁰.

Por su parte, el concepto de violencia económica comprende toda acción u omisión que implique un daño, pérdida, sustracción, destrucción, retención, de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de la víctima en una relación de pareja. También comprende el acto de privar los recursos económicos necesarios para satisfacer necesidades básicas de la víctima³¹.

Finalmente, se hace presente que el Servicio Nacional del Adulto Mayor de Chile, en un documento especializado, establece una categoría de maltrato hacia las personas mayores³², definiéndolo como toda ***acción u omisión que produce***

satisfacer necesidades básicas de la víctima. (En Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia, Costa Rica. *Plan Nacional para la Atención y Prevención de la Violencia Intrafamiliar*, 1997, p. 45).

27 ARRUBARRENA, M.; DE PAUL, J. *Malos tratos a los niños en la familia. Evaluación y tratamiento*, Edit. Pirámide, Barcelona, 1999, p. 27.

28 ROMO, O. *Medicina Legal. Elementos de ciencias forenses*. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 240.

29 ROMO, O. *Ob. Cit.*, p. 240.

30 www.klip7.cl/blogsalud/nutricion/2005/09/porque-la-desnutricin.html

31 Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia, Costa Rica. *Plan Nacional para la Atención y Prevención de la Violencia Intrafamiliar*, 1997, p. 45.

32 Definición y Tipificación del Maltrato al adulto mayor en Chile, SENAMA, Gobierno de Chile, 2005.

*daño a un adulto mayor y que vulnera el respeto a su dignidad y el ejercicio de sus derechos como persona*³³. De lo que se desprende el daño que necesariamente causa dicho maltrato.

Entonces, es posible cumplir con el requisito enunciado, si entendemos por resultado, la lesión o puesta en peligro de intereses jurídicos socialmente valiosos -principio de lesividad- como la salud.

33 El SENAMA (2005) señala que un adulto mayor víctima de maltrato puede ser afectado por más de una forma de maltrato de manera simultánea o sucesiva. El Maltrato Físico implica el uso de la fuerza física en contra de un adulto mayor que daña su integridad corporal, puede provocar dolor, lesión y/o discapacidad temporal o permanente, y en casos extremos, la muerte. El Maltrato Psicológico comprende acciones que producen angustia, pena, estrés, sentimientos de inseguridad, baja autoestima, y/o agreden la identidad, dignidad y respeto de la autonomía de una persona mayor y se puede manifestar a través de insultos y agresiones verbales, amenazas de aislamiento, abandono o institucionalización, intimidaciones, humillaciones, infantilización, ridiculización, silencios ofensivos, no respeto a sus creencias, rechazo a sus deseos y falta de respuesta a sus consultas en forma intencionada. Se incluye en la tipología de maltrato psicológico, cualquier otra acción que supone el confinamiento o cualquier otra interferencia en la libertad personal del adulto mayor, por ejemplo: negación en la toma de decisiones, encierro de la persona mayor, aislamiento social de amigos y familiares.

En el maltrato a las personas ancianas se reconocen los siguientes tipos: físico, psíquico, económico, y el descuido o negligencia, habiéndose incluido más recientemente el abuso sexual. (Definición y Tipificación del Maltrato al adulto mayor en Chile, SENAMA, Gobierno de Chile, 2005).

SUSTRACCIÓN DE MENORES, TIPO PENAL SUSCEPTIBLE DE SER COMETIDO POR UNO DE LOS PADRES

María Angélica San Martín Ponce¹

Comentario:

La sentencia de la Ilustre Corte de Apelaciones de Temuco guarda relación con la investigación RUC 0700978576-5 de la Fiscalía Local de Carahue, seguida por los delitos de desacato, lesiones y sustracción de menores, en contexto de violencia intrafamiliar, conocida vía recurso de apelación de la defensa.

En cuanto al delito de sustracción de menores, el debate de la Corte se desarrolla en torno a la posibilidad que el padre del niño sustraído pueda o no ser considerado sujeto activo del mismo.

El voto de mayoría que se inclina por una respuesta afirmativa, considera como antecedente relevante la historia reciente del artículo 142 del Código Penal, que consagra el tipo en comento, específicamente la modificación introducida por la Ley 19.241 en el año 1993, que a su ingreso a tramitación consideraba una disminución de pena para quien, antes de iniciado el procedimiento judicial, devolvía voluntariamente al menor sustraído libre de todo daño entre otros a sus familiares (entre los que se encontrarían los padres), lo que en definitiva no fue aprobado, no formando parte, por tanto del actual tipo penal. Norma que de haber prosperado, importaría que los padres no podrían revestir la calidad de sujetos activos de dicho delito, por tanto la norma actual sí los comprende, según interpretación del voto de mayoría.²

El tema discutido -que los padres puedan ser sujetos activos del tipo del artículo 142 del Código Penal- nos parece amerita sea relevado, dado que aunque el voto de minoría no lo señala, en no pocas oportunidades la jurisprudencia ha reconducido estos casos al tipo penal del artículo 355 del Código Penal.

1 Abogada, Subdirectora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Juvenil y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 El voto disidente por su parte, estima que la conducta típica, para que lo sea, "...debe atentar contra la libertad o seguridad del menor y a la vez debe extraérsele de la esfera de resguardo que le otorgan o le han dado quienes son los primeros que están obligados a ello, sus padres, o parientes cercanos, si es del caso", de lo que se sigue que "...tratándose del caso de una guagua de 15 días, no puede ser autor de un delito quien dice ser su padre y que con el fin de evitar el mayor sufrimiento que él estimaba estaba sufriendo en el Hospital, saca al niño de este lugar para mantenerlo bajo su cuidado. Ninguna otra finalidad que la dicha se ha acreditado que tuviera el inculpado respecto de la menor de la que dice y se dice, es su hija, menos el de privar de libertad a esa guagua (cuestión imposible), ni de afectar su seguridad, y menos aún las finalidades que señala el referido Art.142 del Código Penal".

Al respecto creemos pertinente, para ayudar a dilucidar el asunto, referirnos al bien jurídico protegido, adelantando desde ya que no compartimos la opinión de minoría en cuanto a que a los menores (en este caso lactantes) no se les pueda privar de su libertad ambulatoria, lo que califica de “imposible”. Los niños sí pueden ser sustraídos, como específicamente llama el legislador al secuestro de menores, al consagrar el tipo especial del artículo 142 del Código Penal.

El tipo del artículo 142 Código Penal que protege además de la libertad ambulatoria la seguridad individual, bienes jurídicos que pueden ser afectados por conductas de los padres y no siempre puede recurrirse al tipo del artículo 355 del Código Penal, dado que dicho tipo penal tiene un alcance limitado, al requerir que el encargado de la custodia del menor no lo presente entre otros a sus padres, cuestión que podrá presentarse cuando un padre luego de ejercer su derecho a visitas, no devuelva al padre que tiene la tuición, por ejemplo. Situación, en la que no podía encontrarse el condenado, de momento que, aun sin reconocer como tal, sustrae a su “hijo” de un centro hospitalario, saltando por la ventana, dado que no compartía la decisión médica de derivarlo a Coanil, para tratar su desnutrición, acción que además le ocasionó al menor hematomas en sus brazos.

Nuestra postura difiere entonces de la sostenida por el profesor Matus, que excluye como sujetos activos a los padres, señalando que autores pueden ser cualquiera menos “quienes se encuentren encargados de la seguridad del menor”, excluyendo a los padres, tutores y guardadores,³ señalando que las cuestiones que digan relación con derechos tutelares deben reconducirse al tipo del artículo 355 Código Penal, punto con el que sí concordamos, pero estimamos que dicho delito no es lo suficientemente amplio para comprender todas las situaciones en que pueden incurrir los padres respecto de la libertad ambulatoria de sus hijos.

En efecto, en el caso en comento, al producirse los hechos no había derechos tutelares en juego, dado que ambos padres vivían juntos; además dicha conclusión no se condice con el concepto de seguridad jurídica que el mismo autor da al tratar el delito de amenazas, al referir que dicho tipo penal (amenazas) protege principalmente la seguridad individual: entendida como la garantía que tanto el Estado como la comunidad respetarán el ejercicio de la libertad del sujeto (condiciones para el ejercicio de la libertad).⁴ Distinto, por tanto, de su bienestar físico.

Finalmente, creemos pertinente la referencia que el voto de mayoría hace a la historia de la ley, que en efecto a su ingreso como proyecto, contemplaba la atenuante especial actualmente contenida en el artículo 142 bis del Código Penal, de devolver al secuestrado o sustraído libre de todo daño a su familia, referencia que finalmente no formó parte del texto publicado y respecto de la

3 MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de derecho penal chileno, parte especial, Editorial Jurídica, p. 210.

4 POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de derecho penal chileno, parte especial, Editorial Jurídica, p. 186 y 187.

cual existen algunas menciones expresas en la historia de la ley, a saber la efectuada por el diputado Palestro que refiriéndose a la posibilidad que estos delitos pudiesen ser considerados terroristas señala que *“Cuando un padre o la madre reclaman porque su ex mujer o su ex marido ha arrancado del seno de su familia a su hijo para llevarlo a otro país, también podría considerar un acto terrorista porque el hecho provoca expectación pública”*⁵. O la mención realizada por el diputado Bosselin, a raíz a la modificación efectuada en el Senado al proyecto original (eliminando la referencia a los familiares): *“En tercer lugar, la modificación habla de “devolver libre de todo daño” sin señalar a quién”. El proyecto original se refería a devolver libre de todo caño a “la autoridad, a sus familiares o a los encargados de su persona”... Como la norma propuesta por el Senado no hace distinción, la correcta inteligencia de la misma hace pensar que la devolución podrá hacerse..... a cualquier persona, entidad o institución que reciba a la persona para reincorporarla al orden jurídico normal”*.⁶

En definitiva, concordamos con el voto de mayoría, que el tipo penal del artículo 142 Código Penal no hace excepciones en cuanto a los probables sujetos activos, según se desprende de su claro tenor literal.

Sentencia:

Temuco, veintitrés de diciembre de dos mil ocho.

Vistos y teniendo además presente:

1°.- Que es una cuestión no pacífica, tanto en doctrina como en nuestra jurisprudencia, la circunstancia de quién puede revestir el carácter de sujeto activo en la comisión del delito de sustracción de menor.

2°.- Que según la defensa del acusado, éste no podría tener la calidad de sujeto activo en el delito que se le imputó, ya que probado está que aquél es el padre del menor ofendido y por ende su actuar sería atípico, puesto que el artículo 142 del Código Penal, excluye la posibilidad que tal ascendiente pueda cometer dicho ilícito. Agrega que se

encuentra acreditado por múltiples diligencias investigativas la calidad de padre del imputado respecto de la víctima. Así, cita las declaraciones de varios testigos que depusieron en ese sentido ante el Fiscal de la causa.

3°.- Que por su parte, el órgano persecutor admite lo debatible que es en la literatura jurídica, si puede o no un padre perpetrar el delito investigado. En todo caso, agrega que no está probado en autos que el imputado revista tal calidad, al no constar tal circunstancia en ningún documento público idóneo para ello, no siendo suficiente la mera declaración de testigos para poder atribuirle jurídicamente tal lazo de parentesco.

4°.- Que el artículo 142 del Código Penal ha sufrido una serie de modificaciones en su texto original. La última de ellas, fue la ley 19.241 de 28 de agosto de 1993, que fijó su actual

5 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 19.241, p. 19.

6 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 19.241, p. 52.

texto. Cabe hacer notar, que dicha norma contemplaba una atenuante especial, consistente en que si antes de iniciarse el procedimiento judicial, el agente devolvía voluntariamente al menor sustraído libre de todo daño a sus padres o a otras persona s que señalaba, se le podía sancionar con una pena inferior a la indicada para tal ilícito.

5°.- Que tal modificación legal, resultante importante para poder dilucidar el tema en debate, en efecto, constituía un argumento de texto para sostener que en virtud de tal atenuante los padres no podían revestir la calidad de sujeto activo de dicho delito, ya que siguiendo a Etcheverry tal minorante no se restringe a aquel de los padres que tenga encomendado el cuidado de la persona del menor, sino que comprende la entrega a cualquiera de ellos. La conducta de aquel de los padres que sustraiga al menor del cuidado del otro podrá ser inculpada, concurriendo las circunstancias del caso, a título de desacato o de alguno de los atentados contra el estado civil de las personas.

6°.- Que, en consecuencia, el actual artículo 142 del Código Penal, constituye en cuanto a la persona que puede revestir la calidad de autor, un tipo abierto, que ya no está restringido a ciertas o determinadas personas.

7°.- Que a mayor abundamiento y en concordancia con el principio de la tipicidad que rige en el derecho penal, en virtud del cual los actos de las personas para que puedan ser sancionados con una pena, deben estar descritos por una ley penal; cuando el legislador ha querido restringir su comisión a determinadas sujetos o que éstos revistan ciertas calidades lo

ha dicho expresamente, por ejemplo, en el delito de abandono de personas desvalidas, artículo 347, sólo puede ser cometido por los padres legítimos o ilegítimos o por personas que tuvieren al niño bajo su cuidado; en la figura penal del artículo 355, puede perpetrarlo el que hallándose encargado de la persona de un menor; en el caso del ilícito del artículo 356, el que teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor, etc.

8°.- Que en virtud de lo concluido precedentemente, resulta inocuo para la resolución del recurso de autos, si el imputado tenía o no la calidad de padre de la víctima.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en el artículo 401 del Código Procesal Penal, se **CONFIRMA**, en lo apelado, la sentencia de diecisiete de noviembre de dos mil ocho, escrita de fs. 48 a 60 de esta carpeta.

Acordada contra el voto del Ministro don Héctor Toro Carrasco, en la parte que condena el encausado a sufrir la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio y accesorias correspondientes, como autor del delito de sustracción del menor de 15 días, de que se trata en autos, y, al contrario, estuvo por absolverlo por no haberse configurado el tipo legal, por las siguientes razones:

1.- El delito de sustracción de menor está tipificado en el Tit. III del Código Penal, que trata De Los Crímenes y Simples delitos que afectan Derechos Garantidos por la Constitución, y en su Párrafo 3° trata de los “Crímenes y Simples delitos contra la Libertad y Seguridad, cometidos por Particulares” y entre ellos regula el secuestro y la sustracción de menores (Art.142), y sanciona ésta con mayor o menor

pena si lo hace para obtener rescate, imponer exigencias, arrancar decisiones o si resultare de la sustracción un grave daño en el persona del menor; si no resultan estas consecuencias u otras mayores, se sanciona con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo;

2.- El texto del tipo legal al decir sólo “la sustracción de un menor”, no da indicio alguno de quienes pueden ser autores. Sin embargo, la conducta debe atentar contra la libertad o seguridad del menor y a la vez debe extraérsele de la esfera de resguardo que le otorgan o le han dado quienes son los primeros que están obligados a ello, sus padres, o parientes cercanos, si es del caso.-

En consecuencia y tratándose del caso de una guagua de 15 días, no puede ser autor de un delito quien dice ser su padre y que con el fin de evitar el mayor sufrimiento que él estimaba estaba sufriendo en el Hospital, saca al niño de este lugar para mantenerlo bajo su cuidado. Ninguna otra finalidad que la dicha se ha acreditado que tuviera el inculpado respecto de la menor de la que dice y se dice, es su hija, menos el de privar de libertad a esa guagua (cuestión imposible), ni de afectar su seguridad, y menos aún las finalidades que señala el referido art.142 del Código Penal.-

3.- En consecuencia, solo resta establecer si el inculpado tiene la calidad de padre dentro del ámbito de la aplicación del Derecho Penal.-

Al efecto es interesante recordar que cada rama específica del derecho, actúa dentro de una especie de círculos concéntricos en el uso del lenguaje jurídico propio de su ramo. De esta manera usará términos que son comunes a todas las ramas del derecho,

otros que son propios de una rama específica de las ciencias jurídicas y de otros en que la propia rama le da un sentido especial, particular, propio a un concepto.-

Es el caso de la calidad de padre dentro de la rama del Derecho Penal, en que sólo se considera tal a aquel que acredita esa calidad en la forma que establece el derecho civil, mediante partidas de matrimonio y nacimiento, sino que también es padre y puede acreditar su calidad por otros medios quien realmente gestó a un hijo, de modo que su sangre corre por las de aquel. Dicho de otra manera, el derecho penal valora el vínculo de sangre para atenuar o agravar la responsabilidad de un hechor y para ser o no agente activo de un delito, por sobre o más allá de lo que establezcan los aludidos arbitrios legales para otorgar o quitar tal calidad.

4.- En el presente caso, el imputado se considera tan padre como la indesmentible madre del menor, aunque tal cosa de discuta pues no es posible determinarlo científicamente aún, a solo 15 días del nacimiento. Sin embargo, el Juez de primera instancia dio por establecida esa calidad, en base a los antecedentes que señala.- Como tal padre, estima que le corresponden derechos tutelares que son los que estaba ejerciendo al retirar intempestivamente a la criatura del Hospital en que se encontraba y del tratamiento a que la sometían, al considerar que este tratamiento no era bueno y, además, muy doloroso para la criatura.

Si esta conducta constituyera un ilícito, solo se estarían vulnerando los derechos tutelares que correspondían o no al imputado, pero que él creía tener y tales infracciones no encuadran en el

tipo legal sustracción de menores, ni tienen aún sanción penal en este país, como ocurre en otros.-

5.- De esta manera este disidente estima que la sentencia recurrida debe revocarse en esta parte y absolver de la acusación de sustracción de menores al encausado Jorge Lepillan, por no estar acreditada la existencia del cuerpo del delito, ya que la conducta pesquisada como típica, no encuadra en el tipo penal del art.142 del Código Penal.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del ministro señor Fernando Carreño Ortega y del voto de minoría su autor.

Rol N° 1.192-08.

Pronunciada por la Segunda Sala Presidente Ministro Sr. Héctor Toro Carrasco, Ministro Sr. Julio César Grandón Castro y Ministro Sr. Fernando Carreño Ortega. Se deja constancia que el Ministro Sr. Grandón no firmó, no obstante haber estado presente en la vista de la causa y su respectivo acuerdo, por encontrarse con permiso.

En Temuco, veintitrés de diciembre de dos mil ocho, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.

CONTENIDOS

Artículos

Análisis de la Ley N° 20.273
Silvia Peña Wasaff

Derogación tácita o inconstitucionalidad sobreviniente
Pablo Campos Muñoz

El concepto de empleado público para efectos penales
Unidad Especializada Anticorrupción

La investigación patrimonial. Un enfoque metodológico
Marcelo Contreras Rojas

Modificaciones a la Ley sobre control de armas
Proyectos de ley en actual tramitación
Antonio Segovia Arancibia

El problema del retraso mental en imputados de delitos sexuales
Christian Anker Ullrich

Retractación de las víctimas de agresiones sexuales menores de edad
Catalina Duque González

Proyecto de persecución focalizada: una respuesta del Ministerio Público al tráfico urbano de drogas
Jorge Muñoz Bravo

Entregas vigiladas y controladas internacionales
Carolina Zavidich Diomedi

Criterios contenidos en las sentencias dictadas por infracción a la Ley N° 20.000 durante los meses de octubre a diciembre de 2008
Renzo Figueroa Aste

Análisis de la conveniencia de la mediación penal en la Ley de responsabilidad penal adolescente
Miguel Morales Dahmen

Sistema penal y Burnout. El desgaste de equipos que trabajan en violencia
Roberto Rodríguez Manríquez

La comisión por omisión en el maltrato habitual
María José Taladriz Eguiluz

Sentencias Comentadas

Requerimiento de inaplicabilidad del artículo 149 inciso 2° del Código Procesal Penal
Pablo Campos Muñoz

Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa por fraude al Estado (Codelco), seguida contra Juan Pablo Dávila y otros
Roberto Morales Peña

Condena por el delito de fraude al Fisco a empleado de Codelco
Yelica Lusic Nadal

Fallo del Tribunal Constitucional sobre requerimiento de inaplicabilidad del artículo 61 de la Ley N° 20.000
Ximena Marcazzolo Awad

Comentario a sentencia sobre principio de lesividad
Carmen Gloria Troncoso

Deberes de autoprotección de la víctima de estafa: sentencia en caso Eurolatina
Marcos Contreras Enos

Delitos contra la salud pública. Sentencia condenatoria por el delito previsto en el artículo 314 del Código Penal
Manuel Zárate Campos

Sustracción de menores, tipo penal susceptible de ser cometido por uno de los padres
María Angélica San Martín Ponce

Fallos

Rechaza requerimiento de inaplicabilidad de normas que facultan a la Justicia Militar para conocer de delitos comunes cometidos por civiles. Tribunal Constitucional