

ISSN: 0718-6479



# Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº 75 - ABRIL 2019

# REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

---

N° 75 - Abril de 2019

**Fiscal Nacional y Representante Legal:**

*Jorge Abbott Charme*

**Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:**

*Pablo Campos Muñoz*

**Comité Editorial:**

*Pablo Campos Muñoz*

*Coordinador*

*Karen Guzmán Valenzuela*

*Sandra Luco Castro*

*Antonio Segovia Arancibia*

*Angelica Torres Figueroa*

**Colaboradores:**

*Carol Donoso Schwarz*

*Andrea González Leiva*

*David Opazo Meneses*

*Soledad Poblete Moya*

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°0718-6479) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, continuadora del Boletín del Ministerio Público, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma, forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. A partir del año 2016 pasa a tener una periodicidad cuatrimestral.

Contenidos: 1.- Jurisprudencia; 2.- Comentarios de Jurisprudencia (artículos en que autores pertenecientes al Ministerio Público o externos analizan aspectos doctrinarios interesantes de fallos correspondientes al nuevo procedimiento penal) y 3.- Artículos e Informes de autores pertenecientes al Ministerio Público o externos que analizan diversos temas de derecho, principalmente derecho penal y procesal penal, o se informa sobre distintos aspectos relativos a la reforma procesal penal.

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

Dirección: Catedral 1437, Santiago, Chile.

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: 229659693

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

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

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

Diseño e impresión: Aquaprint Impresores

# INDICE

## PRÓLOGO

### I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

#### Artículos

- Evolución del concepto de dolo 9  
*Cristóbal Hasbún López*

### II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

#### Sentencias Comentadas

- Comentario a sentencia definitiva del Tribunal Oral de Los Ángeles que condena a *Extraneus* como autora de delito de fraude al Fisco 37  
*Rodrigo Durán Fuica*

### III. UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTE Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

#### Artículos

- Jurisprudencia de la Corte Suprema del trienio 2016-2018 sobre aspectos sustantivos de la Ley N° 20.000 77  
*Manuel Rodríguez Vega*

### VI. UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

#### Artículos

- La orden de detención nacional y su rol en el procedimiento de extradición activa 159  
*Daniel Soto Betancourt*

## **V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DERECHOS HUMANOS, VIOLENCIA DE GÉNERO Y DELITOS SEXUALES**

### **Artículos**

Maltrato en contra de personas en situación de vulnerabilidad:  
un análisis a dos años de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.013 183

*Maurizio Sovino Meléndez*

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

### **Artículos**

Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal 239

*Consuelo del Pilar Salinas Sánchez*

## PRÓLOGO

Presentamos a los lectores el número 75 de esta Revista, cuya publicación llega en un momento en que el país es testigo de sucesivos descubrimientos de graves figuras delictuales que han afectado el erario público, todo lo cual perturba profundamente a nuestra comunidad y merma la confianza de la sociedad en nuestras instituciones.

Frente a la ocurrencia de hechos tan graves, como órgano persecutor, hemos mantenido una permanente atención en la investigación de éstos, así como un dedicado esfuerzo por poder aclarar las responsabilidades y lograr la condena de los responsables.

Este esfuerzo se refleja en el constante estudio de nuestros profesionales respecto de la teoría, pero también del análisis de casos que luego han de servir de sustento en la continuación de nuestra misión.

Es en esta línea que en esta nueva edición de nuestra Revista, presentamos el comentario de una sentencia de un tribunal de juicio oral en lo penal que condena a un *extraneus* como autor de delito de fraude al Fisco.

Esta preocupación se verifica del mismo modo en aquellos casos que afectan el patrimonio de los particulares, y así es como ofrecemos un artículo que analiza el nuevo delito de administración desleal.

También se incluye un análisis crítico de la aplicación de la orden de detención nacional y su rol en el procedimiento de extradición activa.

Por otra parte, y en otro ámbito que ha generado gran preocupación en nuestro país, como es la situación de personas que requieren de cuidados especiales, o una mayor protección, sea por parte del Estado o por alguien en particular, la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales ofrece un estudio respecto del maltrato a personas en situación de vulnerabilidad a dos años de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.013.

En materia de tráfico de drogas publicamos un acabado y minucioso análisis sobre una gran cantidad de fallos de la Corte Suprema respecto de aspectos sustantivos de la Ley N° 20.000 en el trienio 2016-2018.

Finalmente, en este número ponemos a disposición de los lectores un artículo que nos ilustra respecto de la evolución del concepto de dolo.

**JORGE ABBOTT CHARME**  
FISCAL NACIONAL



MATERIAS  
DE INTERÉS GENERAL

---





## EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DOLO

*Cristóbal Hasbún López<sup>1</sup>*

---

### *Resumen*

*La finalidad del presente trabajo radica en la exposición de la evolución del concepto de dolo en el derecho comparado desde el s. XVII a nuestra fecha, para posteriormente revisar la comprensión que de éste se ha tenido en la dogmática y jurisprudencia nacional del pasado siglo. Posteriormente se expondrán las directrices y criterios de adscripción de la teoría del dolo (cognitivo) hoy ampliamente diseminada en Alemania y España, para finalmente enumerar un cúmulo de conclusiones (emanadas del cotejo con las teorías mentadas).*

### **Introducción**

El dolo ofrece múltiples problemas: la exhaustividad dogmática de su tripartición, el sentido de ésta (plasmado en un eventual correlato en sede determinación de la pena), la dificultosa delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente, los criterios rectores de la prueba del mismo en el proceso, los elementos para la concurrencia de error (de tipo o prohibición) atendiendo al concepto que de éste se tenga, la pregunta por su ubicación (en sede antijuridicidad o culpabilidad) o aquélla respecto a si debe ser uno normativista o psicologiscista, entre otras. El denominador común de lo anterior dice relación con el concepto de dolo: el primer eslabón en el desarrollo de una dogmática jurídico penal que ofrezca una solución a los enunciados mencionados debe responder a la naturaleza de su configuración.

La nomenclatura más arraigada en nuestra tradición jurídica comprende que éste ostenta dos elementos: conocimiento y voluntad. El primero de sus elementos se refiere al conocimiento que consta al autor de las circunstancias en su conducta y de que ésta satisface los elementos objetivos del tipo (antijuridicidad), constituyendo una *resolución delictiva*<sup>2</sup>, mientras el segundo

---

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Adolfo Ibáñez. Profesor Derecho Penal, Universidad Mayor y Adolfo Ibáñez, Investigador del Centro de Estudios Penales, Universidad Mayor. Magíster en Derecho Penal, Universidad de Chile, Doctor © en Derecho Penal, Goethe Universität Frankfurt am Main.

2 CERESO MIR, José. *Derecho Penal, Parte General*. Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2008, p. 430.

dice relación con el requisito básico de que el autor obre buscando un fin (la satisfacción de los elementos del tipo), libre de error y circunstancias exculpatorias.

Tal noción resulta rastreable de teorías decimonónicas del dolo (teorías de la voluntad y de la representación). La primera sostiene, en líneas generales, que para que éste sea atribuible necesariamente debe concurrir un *querer* y se esfuerza por encontrarlo en todos aquellos supuestos que le parecen merecedores de la pena asignada al correspondiente delito doloso. La segunda deja a un lado la perspectiva apriorística de dolo como voluntad y simplemente se plantea bajo qué presupuestos merece un hecho la sanción prevista para los delitos dolosos. Al notar que determinados comportamientos parecen lo bastante graves como para merecer la sanción aun faltando en ellos una auténtica voluntad de realizar el tipo, los partidarios de esta teoría abandonan la idea de que el querer deba ser un elemento imprescindible para todas las modalidades de dolo<sup>3</sup>.

A mediados del S. XX la dogmática alemana (posteriormente influyente en España y en la nacional) se enfrentó nuevamente al problema de la naturaleza del concepto mencionado, reformulando y fijando sus elementos (convergentes) como *cognitivos* y *volitivos*. Esta es la comprensión a la que nuestros tribunales adhieren a la fecha.

La dogmática jurídico-penal comparada desde los años 90' ha vuelto a revisar el concepto de dolo, particularmente de su elemento volitivo, sosteniendo que la inclusión de éste resulta un despropósito toda vez que (i) no resulta posible determinar *ex post* la voluntad del autor al momento de cometer el hecho punible y (ii) no es posible probar en el proceso los estados mentales (en los que se traduce la voluntad) del autor. En este sentido, el dolo será cognitivo, esto es, el actuar conociendo el peligro (elemento de representación) y que éste es el indicio clave para averiguar la aprobación o conformidad del sujeto. En este sentido, el elemento volitivo no desarrolla papel alguno, siendo dependiente de la representación del sujeto al momento de cometer el ilícito<sup>4</sup>.

El dolo como uno cognitivo no ha recibido un reconocimiento cabal en la jurisprudencia alemana y española de los últimos años, pero sí resulta observable una tendencia por parte de los tribunales a acentuar el elemento

3 RAGUÉS I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona, España, Bosch, 1999, págs. 44-53. Para este autor, ambas teorías lo construyen desde un punto de vista psicológico, un concepto existente como realidad subjetiva en la mente del autor quedando situado, dentro de la estructura del delito, en sede culpabilidad.

4 RAGUÉS I VALLES, ob. cit., p. 90.

cognitivo del dolo por sobre el volitivo (pese a no abandonar este último), probablemente, según RAGUÉS, a que buena parte de la doctrina aún se niega a descartar elementos volitivos<sup>5</sup>.

A continuación se examinará una breve historia de las concepciones dogmáticas de dolo en el derecho comparado, luego se expondrá cómo ha comprendido el dolo la dogmática jurídico penal nacional. Finalmente, se explicarán algunas consideraciones sobre el dolo cognitivo. Dicha cuestión tiene dedicado un acápite aparte por dos motivos. El primero, dado a que se trata de una construcción teórica más compleja que la del dolo entendido como la conjunción de conocimiento y voluntad. El segundo, en atención a que consideramos, por las razones en aquel acápite expuestas, que significa una evolución positiva en la comprensión —y aplicación— de dicho concepto.

## 1. Breve historia de las concepciones dogmáticas de dolo en el derecho comparado

La imputación subjetiva no es un constructo elaborado a partir de las codificaciones decimonónicas y la prolífica discusión jurídico-penal de las escuelas de aquella época, sino anterior a éstas. El protagonismo que dicho siglo ha ocupado en la historia de los conceptos del derecho penal se debe a cuán determinante fue su influencia para la construcción de lo que hoy conocemos por esta disciplina, pero ello no debe desalentar el catastro sobre fuentes más arcanas.

Es el antiguo dolo romano el que ha dado pie a dos teorías del dolo: la teoría del *dolus indirectus* y la teoría del *dolus malus*<sup>6</sup>.

*Dolus indirectus* es una nomenclatura que induce a error, toda vez que dicha teoría engloba tanto el *dolus directus* como el *indirectus*. Esta teoría fue sostenida en Alemania durante el s. XVII, esgrimiendo que abarcan el dolo las consecuencias accesorias causadas por un comportamiento del autor, es decir, los resultados provocados sin que éstos hayan sido objeto de la voluntad del mismo. La distinción entre *directus* e *indirectus* dice relación con que en la primera el autor contaba en su acción con la voluntad de realizar el resultado observado mientras en la segunda el autor, sin intención ejecuta acciones que traen aparejadas como consecuencia el resultado<sup>7</sup>.

5 RAGUÉS I VALLES, ob. cit., p. 97.

6 Defiende una conexión entre el dolo romano y el *dolus indirectus* RAGUÉS, ob.cit., en tanto una conexión entre aquél y el *dolus malus* MERKEL, Adolf. *Derecho Penal, Parte General*. Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006.

7 RAGUÉS I VALLES, ob. cit., págs. 54-55.

En este sentido, la noción de *dolus indirectus* se presenta como una intensamente vinculada a la voluntad, desplazando el elemento cognitivo. Dicho desplazamiento resulta observable de modo más agudo en su versión indirecta, es decir, cuando se atribuye como doloso al sujeto una o más acciones que fueron consecuencia de un acto por él ejecutado sin intención (luego, acciones ante las cuales éste no contaba con una correcta representación de las circunstancias).

La segunda cuestión problemática para la teoría del dolo mencionada es la influencia del elemento *azar* en ella. Éste, por supuesto, queda descartado como factor que permita atribuir dolo en cualquiera de sus dos modalidades al autor. En este sentido, al sujeto no le serán imputables sucesos que no obstante ser rastreables como lesivos en una cadena causal no le sean atribuibles como voluntarios ni primariamente (respecto a la acción voluntaria) ni secundariamente (relativos a las consecuencias desconocidas de su acción involuntaria). Lo anterior resulta relevante a la hora de distinguir dicha teoría del dolo y el *versari in re ilícita*, toda vez que la segunda sí considera atribuibles al sujeto como dolosos los resultados que se hubiesen producido incluso por *azar*<sup>8</sup>. En este contexto, la teoría del *dolus indirectus* constituye una evolución.

La teoría del *dolus indirectus* comienza a perder considerablemente su hegemonía a finales del s. XVIII por el trabajo de FEUERBACH, quien criticó a los partidarios de la teoría en cuestión por atribuir a la voluntad del sujeto (con consecuencias de atribución de acciones a título de dolo) conductas que nunca quiso. La idea de una intención indirecta le resultaba algo completamente inconsistente<sup>9</sup>. Fue este autor, en definitiva, quien asentó la idea de que la imputación dolosa decía relación con elementos de representación y voluntad en clave psicológica<sup>10</sup>.

Que el concepto de dolo haya tomado un giro psicológico no resulta algo sorprendente atendiendo a la significativa dedicación que en dicho siglo

8 RAGUÉS I VALLES, ob. cit., p. 57.

9 Para Kindhäuser la teoría del dolo indirecto es una agotada y no vale la pena siquiera revisar el capítulo de la historia en que se cerró. Sostiene que la única vigencia actual que ostenta se debe a que Puppe la interpretó equiparándola al *dolus directus*. KINDHÄUSER, Urs. “El tipo subjetivo en la construcción del delito”. En: *InDret*, Barcelona, 2008, p. 35. Por el contrario, para JAKOBS una correcta lectura (desde la teoría del conocimiento de HEGEL) del *dolus indirectus* permite la distinción conceptual entre la culpabilidad más grave (dolo) y la más leve (imprudencia). JAKOBS, Gunther. *Indiferencia como dolo indirecto*. Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2009, págs. 352-354 y p. 18.

10 KINDHÄUSER, ob. cit., p. 58. Para Jakobs, el declive de la teoría del *dolus indirectus* se debe a su vez al aporte de las teorías naturalistas del último tercio del s. XIX, Jakobs, ob. cit., p. 353.

se observó al desarrollo de disciplinas que tenían por objeto el estudio de la naturaleza y los funcionamientos de los estados mentales. En este contexto, el dolo psicológico debe entenderse como el objeto de la pregunta por la averiguación de la realidad psíquica subyacente a los elementos subjetivos<sup>11</sup>, esto es: la atribución de responsabilidad subjetiva mediante mecanismos de constatación objetivos que permitan una aproximación *ex post* suficientemente clara a los estados mentales del autor al momento de cometer el hecho punible.

La teoría del dolo psicológico se escindió en dos teorías que mantenían la búsqueda de estados mentales del autor como elemento base, con variaciones que surgen a propósito de la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente. Éstas son la teoría de la voluntad (o del consentimiento) y la de la representación (o de la probabilidad<sup>12</sup>).

La teoría de la voluntad sostiene que el dolo equivale a conocer y querer una conducta típica (entendiendo *querer* como *tener la intención* en clave psicologicista), bastando para que haya dolo eventual el que el sujeto haya estado de acuerdo con la realización del tipo, la haya ratificado, aceptado, consentido, aprobado<sup>13</sup> o se haya resignado a ella. Se entiende entonces que el autor *prefería realmente el resultado seguro*, antes que desistir de la acción<sup>14</sup>. Las

- 
- 11 DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, p. 301. Adhiere también a esta posición MUÑOZ CONDE (prólogo DIEZ-RIPOLLÉS, ob.cit., págs. 20-27). Muñoz Conde y García Arán consideran que el querer supone además un saber anterior, de tal modo que el elemento cognitivo precede al volitivo siendo éste último irrenunciable, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 269.
- 12 Existen, no obstante, múltiples teorías posteriores relativas a la naturaleza del dolo (aunque ninguna de influencia tan extendida como las mencionadas), v.g, teorías voluntaristas, sociológicas, como voluntad de evento conocido y como acción finalista. Para un desarrollo de éstas y algunas nociones de dolo en el derecho comparado, véase LUZÓN DOMINGO, Manuel. *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*. Barcelona, Editorial Hispano-Europea, 1960, págs. 125-176.
- 13 Esta teoría ha sido llamada también de la aprobación. Qué debe entenderse por aprobar en este contexto es algo sumamente debatido. Para Roxin, la aprobación es una exigencia de que al autor le agrade el resultado, que se alegre con él, en Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid, Civitas, 1997, págs. 430-1. Siguiendo a los finalistas, Mir sostiene que suele apreciarse esta idea (aceptación) bajo un juicio hipotético: si el autor hubiera podido anticiparse a los acontecimientos y hubiera sabido que su conducta había de producir el resultado típico, ¿la habría realizado igual? Si la respuesta es afirmativa, existe dolo eventual. Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, BdeF, 2012, p. 272.
- 14 SANCINETTI, Marcelo. *Teoría del delito y disvalor de la acción*. Buenos Aires, Hammurabi, 1990, p. 162, 166.

diversas variables del elemento volitivo (querer) ostentan una especial relación emocional con el resultado. Ello, sostiene RAGUÉS, resulta problemático, toda vez que a su juicio son innumerables los casos en que no existe posibilidad de determinar si efectivamente el autor quiso el resultado típico (lo cual lleva a asumir una conducta dolosa cuando puede ser imprudente) y, por otro lado, no existiría una manera de acreditar estados mentales volitivos *ex post* en el proceso<sup>15</sup>. Por su parte, SANCINETTI sostiene que la crítica principal a dicha teoría dice relación con que, en materia de dolo eventual, la respuesta se resuelve por medio de una *duda* y no de *seguridad*, es decir: no podemos saber cómo se habría comportado el autor si es que hubiese estado seguro de que el resultado se produciría, por lo tanto se homologa el dolo eventual a un dolo directo hipotético<sup>16</sup>.

Pese a las múltiples críticas que la teoría en cuestión ha sido objeto, resulta mayoritariamente dominante hasta la fecha.

La teoría de la representación, a diferencia de la de la voluntad, plantea que el merecimiento de la pena no puede plantearse en los casos en que un sujeto no ha querido propiamente (y seguramente) la realización del tipo; la cuestión radica en el grado de conciencia o representación del sujeto de que existía al momento de actuar un cierto riesgo de que se observara la realización típica<sup>17</sup>. Según esta teoría, entonces, la voluntad no es un criterio decisivo para la configuración del dolo, sino el que el sujeto haya actuado contando con el resultado, esto es, *representándose* el resultado observado como posible. La delimitación entre dolo eventual y culpa consciente radicaría en una cuestión de probabilidad: aquella respecto a si el sujeto se representó la realización de la conducta típica.

Las principales críticas a dicha teoría son las siguientes: (1) un criterio cuantitativo para determinar el dolo eventual (*el grado de probabilidad*) no parece dogmáticamente consistente ni procesalmente constatable, (2) no soluciona el caso en que un sujeto falle, mediante un juicio irracional, al catalogar la probabilidad con que su conducta pueda realizar el tipo (un sujeto que tiene la irracional esperanza de que “todo saldrá bien” y (3) no existe claridad alguna de los criterios semánticos y científicos para determinar qué es lo probable y qué no<sup>18</sup>. Esta teoría ha sido abandonada por la dogmática después de la segunda guerra mundial.

15 RAGUÉS I VALLES, ob. cit., págs. 60-63.

16 SANCINETTI, ob. cit., pág. 164.

17 RAGUÉS I VALLES, ob. cit., págs. 66-69.

18 RAGUÉS I VALLES, ob. cit., págs. 69-70.

Actualmente ha sido observable una evolución en la teoría del dolo, la cual continúa el núcleo esencial de las teorías representativas, pero delimitan la trascendencia del elemento volitivo. Esta es la teoría del dolo cognitivo o intelectivo. Sostiene que el dolo se configura con la constatación de un actuar conociendo el peligro, siendo superfluo cualquier elemento volitivo<sup>19</sup>.

La pregunta a continuación, por supuesto, es cómo es posible que exista dolo en una conducta si es que no hubo *voluntad* de realizar esa conducta. La respuesta está dada por la comprensión de la voluntad. Por supuesto que cuando un sujeto actúa con dolo existe voluntad, ésta no recae dentro de los elementos del dolo sino del actuar. La acción aquí (de modo algo contraintuitivo) se entiende como expresión de la voluntad del ser humano<sup>20</sup>. Esto es: una acción ilícita siempre supone un movimiento corporal que produzca una modificación en el mundo de las cosas (se sabe, voluntariamente), pero al momento de adscribir dolo a dicha conducta no se debe atender a la voluntad, pues ésta no resulta confiable. Lo anterior se entiende dado a que no es para nada claro que ésta se pueda reconstruir en un juicio *ex post* y menos aún que pueda ser probada conforme a criterios racionales. En este sentido, sostienen sus defensores, resultaría impensado sostener que la voluntad del ladrón es intimidar y sustraer; probablemente su voluntad sea tener la cosa (sustraída) y si pudiera tenerla por arte de magia querría ello antes que satisfacer los elementos del tipo<sup>21</sup>. Por otro lado, no es claro que quien cometa parricidio lo haga porque quiere (al momento de ejecutar el acto) que su cónyuge muera; bien puede ser porque quiere que deje de engañarlo(a) o golpearlo(a). En este sentido, sostienen los partidarios de la teoría intelectiva, intentar conocer la voluntad es tan improbable como un despropósito, por lo que bastará con constatar un actuar conociendo con seguridad que se producirá un determinado resultado.

Los defensores de la teoría mencionada sostienen que si bien la jurisprudencia española ha sido reacia a prescindir del elemento volitivo del dolo, el célebre “Caso Colza” ha operado como un ejemplo de que es dicha teoría la más aguda para definir la naturaleza del dolo. En efecto, la sentencia del 23 de abril de 1992 sostuvo: “(...) la jurisprudencia no ha dudado en admitir el dolo (por lo menos en su forma eventual) cuando el autor ha obrado conociendo el peligro concreto que se deriva de su acción y dicho peligro supera claramente el peligro permitido. En tales supuestos

19 RAGUÉS I VALLES, ob. cit., págs. 88-97.

20 DÍAZ PITA, María del Mar. “La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización”. En: *Revista Penal*, n° 17, Huelva, España, 2006, p. 5.

21 RAGUÉS I VALLES, ob. cit., págs. 31-2, 91-93.



la jurisprudencia ha puesto de relieve que el posible deseo del autor de que el resultado no se produzca no ha sido considerado como elemento que excluya el dolo (eventual)<sup>22</sup>.”

La discusión vigente en Alemania y España desde los años 90' a la fecha se ha centrado en tres grandes ejes. Por un lado, la pertinencia de elemento volitivo en el concepto de dolo. En segundo lugar, la (im)posibilidad de conocer los estados mentales del sujeto al momento de conocer el ilícito (esto es, la discusión entre corrientes psicologicistas y puramente normativistas de la naturaleza de los elementos subjetivos<sup>23</sup>) y, finalmente, la pregunta por el mecanismo idóneo para la prueba del dolo. Aun cuando existe un debate al respecto, lo cierto es que la teoría del consentimiento sigue prevaleciendo y que la del dolo intelectual ha tomado cada vez más fuerza.

## 2. El concepto de dolo en la dogmática penal chilena y su recepción jurisprudencial en los últimos quince años

### 2.1 Los tratadistas

Los tratadistas clásicos a nivel nacional han coincidido en que el concepto de dolo importa dos elementos (conocimiento y voluntad), aunque existan matices divergentes. Así, por ejemplo, LABATUT considera que la constitución del dolo mediante estos dos elementos es fruto de la complementación entre las doctrinas de la voluntad, representación y asentimiento<sup>24</sup>, mientras COUSIÑO coincide en que dichas teorías operan complementariamente pero sostiene que el dolo es representación, voluntad, querer y aquiescencia con el resultado, siendo éste “no una cosa sino todas a la vez”<sup>25</sup>. NOVOA sostiene que la disposición anímica que comprende el dolo debe ser analizada desde dos puntos de vista: a) los vínculos existentes entre la psiquis del sujeto y la

22 Ponente Bacigalupo Zapater, FJ 3° de la resolución del recurso planteado por la defensa de J.M. Bengoechea, en: RAGUÉS I VALLES, ob. cit., p. 96.

23 Un desarrollo de esta discusión así como de la perspectiva psicológico-individual se puede encontrar en DIEZ RIPOLLÉS, ob. cit. Págs.. 303-315.

24 LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica, 1976, p. 115.

25 COUSIÑO, Luis. *Derecho Penal Chileno*. Santiago, Ed. Jurídica, 1975, págs. 664-667. Cuestión expresiva de un compromiso especial con la definición de dolo, que lo sitúa absolutamente al margen de los demás tratadistas, es su comprensión psicologicista del dolo. Esto es, el dolo compuesto por elementos psicológicos que definen un estado anímico interno, p. 672. A su vez, considera que el dolo tiene una estructura inescindible pero que si hubiese que asignar un prius éste sería el elemento intelectual, ya que dentro del proceso psicológico el conocimiento es previo a la voluntad, p. 687.

conducta que éste realiza<sup>26</sup> y b) los vínculos existentes entre la psiquis del sujeto y las exigencias normativas. Considerando el primero de ellos, sostiene el autor, el dolo se expresa como un conjunto de dos procesos anímicos; el volitivo e intelectual<sup>27</sup>. Para ETCHEBERRY la teoría del dolo que mejor combina a sus predecesores es la del consentimiento, y define los elementos del dolo como conocimiento, ánimo [volición] y libertad<sup>28</sup>. Este último componente resulta el más llamativo; pareciera ser que el jurista incluyó un elemento básico de la acción punible (=no concurrencia de *vis absoluta* o *compulsiva*) en la definición de uno de los componentes de la culpabilidad.

GARRIDO MONTT sostiene que el dolo es la conciencia [conocimiento] y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito, siendo sus elementos el intelectual y volitivo<sup>29</sup> y decayendo el dolo si llegase a faltar uno de ellos<sup>30</sup>, mientras que para Cury dolo es el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria<sup>31</sup>.

La inusitada ausencia de voces discordantes en lo relativo a los elementos componedores del dolo se explica, en importante medida, porque para la segunda mitad del s. XX la discusión entre las escuelas de la teoría de la voluntad y de la representación estaba superada, existiendo un cierto acuerdo ecléctico tácito que tomaba los componentes fundamentales de ambas. En este sentido, las disquisiciones más relevantes relativas a esta materia son de otra índole.

Rindiendo honores a la historia jurídica, algunos autores discuten si el origen del dolo penal dice relación con una evolución del dolo civil romano o si

26 A este respecto, al autor también esgrime un compromiso con el dolo psicologicista, al considerar que en esta sede se comprende el examen psicológico de los estados mentales del sujeto.

27 NOVOA, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno, Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica, 2005, págs. 465-466. El autor hace una prevención: el concepto de dolo es tan complejo que adquiere una naturaleza distinta tratándose de delitos de resultado externo, de mera actividad y de omisión, p. 465.

28 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica, 1998, págs. 291-292.

29 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica, 1997, págs. 75-76.

30 La explicitación de esto es de particular relevancia, toda vez que se podría estar ante un caso hipotético donde sea comprobable el conocimiento del autor a la hora de cometer el ilícito pero no su voluntad. Ello se expone con mayor detalle en la teoría del dolo cognitivo [infra 3].

31 CURY, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Ed. PUC, 2005, p. 303. Para este autor aquello que sustenta la correcta noción de dolo es una *teoría mixta*.

es obra de un desarrollo autónomo. Mientras COUSIÑO considera que no existe relación alguna<sup>32</sup>, para ETCHEBERRY éste probablemente haya sido tomado del civil<sup>33</sup>. La consecuencia de esta (eventual) ligazón no es trivial, toda vez que siendo así el dolo ya no sería neutro sino valorativo y la sinonimia de éste y la expresión *maliciosamente* en el art. 2 del Código Penal se vuelve más plausible.

Otra cuestión discutida es el alcance del conocimiento del autor (de los elementos del tipo) para que concurra dolo. Para Cousiño es un error sostener que lo que el autor debe conocer son los elementos del tipo que se satisfacen con su acción, dado que la mente del partícipe en el hecho debe conocer lo que realmente realiza<sup>34</sup>, concordando ETCHEBERRY con el punto (aunque sin referencias a estados mentales), cuya tesis es que lo importante es que el autor conozca los hechos y no la disposición legal, pues sería una exageración requerir que ésta conozca todos los detalles y las disposiciones legales<sup>35</sup>. NOVOA señala que el conocimiento que se exige es sólo aquel relativo a los hechos que el tipo penal exige. Éste no incluye el conocimiento de los hechos en que se apoya la propia imputabilidad ni el conocimiento de las condiciones objetivas de punibilidad<sup>36</sup>. Para GARRIDO MONTT el alcance del conocimiento se define por el que el autor tenga de los elementos objetivos “positivos” del tipo (acción, resultado y vínculo causal<sup>37</sup>), mientras que para CURY éste debe extenderse a todas las características del hecho típico, sean descriptivas o normativas<sup>38</sup>.

Se discute a su vez la pertenencia de la conciencia de la antijuridicidad al dolo. COUSIÑO considera que es propio de la doctrina tradicional el considerar la conciencia de la antijuridicidad como uno de los requisitos constituyentes del dolo, esto es, el conocimiento que el autor debe tener no sólo de los elementos del tipo sino del carácter injusto de su acción<sup>39</sup>, argumentando finalmente que la antijuridicidad de la acción no pertenece al dolo, dado a que éste es un elemento autónomo en sede culpabilidad. Concuera en ello GARRIDO MONTT, quien sostiene que para que

---

32 COUSIÑO, ob. cit., p. 656.

33 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 303.

34 COUSIÑO, ob. cit., p. 673.

35 ETCHEBERRY, ob. cit., págs. 293-294.

36 NOVOA, ob. cit., págs. 474, 476.

37 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 76.

38 CURY, ob. cit., p. 308.

39 COUSIÑO, ob. cit., p. 689: En la nomenclatura española, se denomina *dolo completo* a aquel compuesto por el conocimiento del agente, su voluntad y la conciencia de la antijuridicidad (*dolus malus*). Mir, ob. cit., p. 267.

concurra dolo no se requiere que el hechor comprenda la criminalidad de su acto, es decir, la conciencia de la antijuridicidad<sup>40</sup>. Para CURY la voluntariedad exigida en el inc. 1° del art. 1 del Código Penal se refiere a la conciencia de la antijuridicidad y nada tiene que ver con el dolo, luego, coincidiendo con los autores anteriores, la antijuridicidad no forma parte de éste<sup>41</sup>. Sin lugar a dudas la nota distintiva a este respecto está dada por Etcheberry, quien considera que dolo es conocimiento y voluntad y que un sub elemento del conocimiento es el conocimiento de la antijuridicidad, por tanto para que concurra dolo el autor al actuar debe tener conciencia de estar haciéndolo de modo contrario a derecho (no cubierto por una causal de justificación<sup>42</sup>). NOVOA, apuntando en una misma dirección, sostiene que siendo el dolo una disposición anímica contraria a deber, que constituye uno de los factores del reproche que la ley formula al sujeto por su intervención en un hecho típico y antijurídico, es necesario que ello abarque el conocimiento del hecho desde el punto de vista de las normas jurídicas. En este sentido, señala, la constitución del dolo requiere conciencia de la antijuridicidad<sup>43</sup>.

Otro punto intrincado para los tratadistas nacionales dice relación con la interpretación de las locuciones maliciosamente y a sabiendas en el art. 2° del Código Penal. LABATUT defiende que *maliciosamente* o *con malicia* son expresiones propias de un *dolo* específico de cada tipo y que la primera locución es un sinónimo de dolo y de *intención*<sup>44</sup>, en tanto ETCHEBERRY sostiene que para los autores de nuestro Código Penal *malicia* equivale a dolo y ésta se contrapone a la imprudencia temeraria, propia de los delitos culposos. En este sentido, la definición del artículo 1 quedó restringida, en vez de aplicarse en general a todo aquello que la ley pena sólo se aplica ahora al delito como una clase general de infracción punible, diferente del cuasidelito<sup>45</sup>. Para CURY, el artículo 2 del Código Penal es el único que emplea la voz *dolo* representada por su sinónimo *malicia*, de lo cual se deduce que el dolo es una exigencia general para la configuración del delito, la cual sólo puede desestimarse en casos especiales, cuando

40 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 75. En este sentido, el dolo es neutro valorativamente (el juicio de valor que el autor tenga respecto al injusto no tiene relevancia).

41 CURY, ob. cit., págs. 306-307.

42 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 295.

43 NOVOA, ob. cit., pp. 465, 477-8.

44 LABATUT, ob. cit., p. 118: Una interesante revisión de ambos conceptos se encuentra en AMUNÁTEGUI, Felipe. “Maliciosamente” y “a sabiendas” en el Código Penal Chileno. Santiago, Chile, Ed. Jurídica, 1961, págs. 46-64.

45 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 303.

el contexto del ordenamiento permite prescindir de él<sup>46</sup>. Para NOVOA el artículo 2 del Código Penal toma como sinónimas las expresiones *dolo* y *malicia*, a la vez que el artículo 490 toma la palabra *malicia* para aludir a *dolo*. Sostiene a su vez que el artículo 1 utiliza la locución *voluntarias* en el sentido de *dolosas*<sup>47</sup>. Quien presenta una tesis distinta es GARRIDO MONTT, señalando que no existe sinonimia entre *dolo* y *malicia*, debido al carácter disyuntivo de la palabra *o* como al hecho de que *malicia* se utiliza en muchas disposiciones en un sentido limitativo del elemento subjetivo del *dolo* directo<sup>48</sup>.

Finalmente, existe discordancia en lo relativo al significado de la locución *querer* dentro del elemento volitivo. GARRIDO MONTT sostiene que *querer* no se equipara a *desear* o *tener intención*<sup>49</sup> mientras para CURY *querer* abarca todo el contenido de la voluntad, con independencia de valoraciones afectivas o utilitarias, al contrario, el *deseo* implica una tendencia afectiva por motivos valorativos o utilitarios. En este sentido *querer* y *desear* son elementos autónomos<sup>50</sup>. Concluyendo de modo similar, para NOVOA voluntad e inteligencia actúan coordinadamente en el ser humano. Luego, si un hombre realiza una conducta determinada, conociendo todas las circunstancias de ella, es porque quiere esas consecuencias; debe admitirse que su voluntad las quiere o al menos las acepta<sup>51</sup>.

Esta última disquisición no tendría relevancia aparente de no ser por el hecho de que las nuevas doctrinas del *dolo* han hecho especial hincapié en el hecho de que existe una imposibilidad de saber retrospectivamente qué es aquello que el sujeto quería al momento de cometer el hecho ilícito. Por otro lado, plantean la pregunta respecto a si tiene realmente relevancia preguntarse por el elemento volitivo del autor en circunstancias que no existe una mínimamente exhaustiva forma de probarlo en el proceso.

## 2.2 La jurisprudencia (2000-2015)

La jurisprudencia del s. XX en lo relativo a la materia se encuentra irrestrictamente comprometida con la comprensión bipartita de los

46 CURY, ob. cit., págs. 305-306.

47 NOVOA, ob. cit., p. 470.

48 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 83.

49 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 78.

50 CURY, ob. cit., p. 316.

51 NOVOA, ob. cit., p. 466.

componentes del dolo<sup>52</sup>. Los últimos tres lustros replican lo anterior<sup>53</sup>, sin perjuicio de que se puedan rastrear dos sentencias que, pese a representar adherencia a una evolución del concepto de dolo, lo construyen en términos cognitivos. Al respecto vale la pena revisarlas:

La primera de ellas es paradójica. En sentencia CS 6613-12 la Corte Suprema ordena la realización de un nuevo juicio por no encontrarse correctamente valorada la concurrencia de dolo (eventual) en un delito que el Tribunal Oral en lo Penal de Angol calificó como homicidio frustrado. Los hechos son los siguientes: el 2 de noviembre de 2011 en Ercilla un comunero mapuche, mientras huía, disparó a una distancia de seis metros a un grupo de carabineros con un arma de fuego (escopeta) dejando a uno de ellos con lesiones de perdigones en la mejilla y al otro en la mejilla y un ojo

52 Sostiene Van Weezel: “El concepto de dolo en sus rasgos generales y en los presupuestos teóricos de su apreciación es uno de los aspectos donde existe mayor certeza en la jurisprudencia chilena (...) Esta opción consiste en la concepción finalista (tardía) del dolo [conocimiento y voluntad]”. VAN WEEZEL, Alex. “El dolo eventual como especie de discrecionalidad”. En: *Doctrina y Jurisprudencia Penal* n° 7, Santiago, Chile, Abeledo Perrot, 2011, p. 7. De acuerdo con ello, CURY, ob. cit., p. 305.

53 Así, Corte Suprema, 9 de mayo de 2000, Rol N° 234-00, Corte Suprema, 30 de enero de 2006, Rol N° 2863-03, Corte Suprema, 26 de julio de 2006, Rol N° 1946-04, Corte Suprema, 03 de octubre de 2006, Rol N° 4912-04, Corte Suprema, 12 de diciembre de 2006, Rol N° 5302-04, Corte Suprema, 01 de septiembre de 2005, Rol N° 798-05, Corte Suprema, 17 de agosto de 2005, Rol N° 1700-05, Corte Suprema, 16 de agosto de 2006, Rol N° 358-06, Corte Suprema, 12 de agosto de 2008, Rol N° 1933-07, Corte Suprema, 28 de noviembre de 2008, Rol N° 6222-07, Corte Suprema, 01 de julio de 2007, Rol N° 6912-07, Corte Suprema, 10 de julio 2008, Rol N° 208-08, Corte de Apelaciones de San Miguel, 29 de diciembre de 2008, Rol N° 1505-08, Corte Suprema, 28 de enero 2009, Rol N° 697-08, Corte Suprema, 02 de julio de 2008, Rol N° 3970-08, Corte Suprema, 02 de abril de 2009, Rol N° 4245-08, Corte Suprema, 06 de octubre de 2009, Rol N° 5218-08, Corte Suprema, 26 de noviembre de 2008, Rol N° 5420-08, Corte Suprema, 26 de enero 2009, Rol N° 5898-0, Corte Suprema, 24 de abril de 2012, Rol N° 2280-10, Corte Suprema, 28 de junio de 2011, Rol N° 2123-11, Corte Suprema, 26 de marzo de 2012, Rol N° 9238-11, Corte Suprema, 03 de junio de 2011, Rol N° 2921-11, Corte Suprema, 29 de octubre de 2012, Rol N° 8809-12, Corte Suprema, 24 de septiembre de 2012, Rol N° 6088-12, Corte Suprema, 29 de octubre de 2012, Rol N° 8809-12, Corte Suprema, 30 de septiembre de 2013, Rol N° 3799-13, Corte Suprema, 27 de noviembre de 2013, Rol N° 8605-13, Corte Suprema, 22 de abril de 2013, Rol N° 1179-13, Corte Suprema, 12 de mayo de 2014, Rol N° 6247-14, Corte Suprema, 13 de abril de 2015, Rol N° 20288-14, Corte Suprema, 15 de diciembre de 2014, Rol N° 22266-14, Corte Suprema, 20 de enero de 2015, Rol N° 29534-14, Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de agosto de 2001, Rol N° 3231-01, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de febrero de 2013, Rol N° 90-13, Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de mayo 2013, rol N° 874-13, Corte de Apelaciones de Valdivia, 30 de julio de 2014, Rol N° 355-14, Corte de Apelaciones de Valdivia, 23 de septiembre de 2014, Rol N° 469-14, Corte de Apelaciones de Talca, 19 de junio 2015, Rol N° 320-15, Corte de Apelaciones de Antofagasta, 05 de febrero de 2015, Rol N° 10-15.

(causándoles sendas incapacidades por 5 días y 30 a 40 días. El fundamento del Tribunal Oral fue el siguiente: “(...) al señalar el Tribunal que en el actuar de los acusados a lo menos hubo dolo eventual, se está significando que al disparar con armas de fuego a un grupo de personas, ubicadas en una zona que estratégicamente les otorgaba ventaja, hace inferir que a los menos los agentes están en condiciones de representarse, individualmente, el resultado que provoca esta conducta, más aún cuando esta acción la están ejecutando coetáneamente un grupo de personas, entre ellos, el acusado (...) de esta forma configura el tribunal el elemento subjetivo” (Cons. 6°). La Corte consideró que el tribunal había calificado sin fundamentos el dolo homicida (cons. 9°), debiendo concurrir para ello los elementos conocimiento y *voluntad* (Cons. 6°), por lo que ordenó un nuevo juicio.

La particularidad de este fallo radica en que, según consta, el Tribunal Oral sostuvo la tesis de que ante las circunstancias anteriormente narradas bastaba con la representación del autor de la creación de un riesgo de muerte como para considerar que los hechos eran calificables como homicidio. Esto es: prescindiendo de un elemento volitivo (no se hace la pregunta de si el autor tenía la voluntad de dar muerte al carabinero) sino bastando uno intelectual (era razonable pensar que el autor, dadas las circunstancias, *conocía* la alta posibilidad de dar muerte a algún carabinero) era posible adscribir dolo<sup>54</sup>. La Corte Suprema consideró que el *animus necandi* era un elemento subjetivo calificado y que no podía constituirse sin un elemento volitivo evidente<sup>55</sup>.

La sentencia del Tribunal Oral no resulta representativa de una recepción favorable a la evolución de la teoría del dolo como uno intelectual, sino una expresión de sentido común de dar una respuesta jurídica a hechos (disparo a mediana distancia sobre un grupo de personas) que recurrentemente se presentan en la manualística como ejemplo complejo para la determinación entre dolo eventual y culpa consciente.

La segunda sentencia, rol 20.995-05<sup>56</sup>, se pronuncia sobre los siguientes hechos: el condenado, quien trabajaba como guardia de seguridad en una discoteque

54 Como se verá, la actual evolución doctrinaria de las teorías del dolo apuntan precisamente a un dolo exclusivamente cognitivo.

55 La discusión no debe plantearse en términos de la pregunta respecto a cómo se esclarece el *animus necandi* para la justificación del elemento subjetivo del delito de homicidio, sino respecto a si tiene sentido la exigencia de dicho ánimo en términos de la composición del dolo.

56 El responsable de su hallazgo y un interesante análisis es PIÑA, Juan Ignacio. “Comentario de la SCA de Santiago de 30 de enero de 2008”. En: *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 7, Santiago, Chile, Abeledo Perrot, 2011.

golpea a la víctima con los puños cerrados mientras ésta se encontraba con las manos en los bolsillos. Dicho golpe de puño frontal, sorpresivo e intempestivo lo hizo caer de espaldas, quedando el occiso tendido al borde de la escalera. El tribunal de primera instancia condenó por homicidio simple al autor.

La sentencia reconoce que “el resultado lesivo final pudiere aparecer que sobrepasa aparentemente la voluntad de realización del agente, sin perjuicio del dolo que domina y dirige la conducta típica y antijurídica, dándose por tanto una discordancia entre lo querido y lo sucedido”. De este modo, parece descartar la presencia de un dolo directo o de primer grado, si bien a renglón seguido su razonamiento hace notar que esta discordancia no es suficiente para fundamentar una imputación a título de imprudencia. En otros términos, reconoce la sentencia que el portero y guardia no “quería” ocasionar la muerte, pero se había representado la posibilidad de ocasionarla y la había aceptado. Lo más decisivo en lo relativo al concepto de dolo que estipula la sentencia radica en el considerando cuarto: “la situación fáctica que ha de dilucidarse mediante el título de imputación en virtud del cual la responsabilidad del hechor, será dolosa —desechándose la culpa—, en mérito de los antecedentes pretéritos del agente, como también por las condiciones en que se produjo el suceso y el rol represivo ejercido por el autor del ilícito con función de portero y guardia de seguridad de la discoteque, esto es, con un grado de experiencia en este tipo de hechos, que llevaron a que el acusado ya hubiere cometido otro delito similar que en su oportunidad fue calificado como delito culposo<sup>57</sup>”.

Resulta significativo que el razonamiento de esta sentencia haya atendido al grado de conocimiento (en este caso, calificado conforme a un rol) del autor, bastando este criterio para la adscripción de dolo. Refuerza la idea anterior (relativa a la preponderancia de los elementos cognitivos al momento de dirimir la imputación subjetiva) el hecho de que se mencione como argumento (ciertamente problemático) que el autor había sido ya condenado por delito culposo de la misma especie.

La sentencia en cuestión no busca probar el elemento volitivo, es decir, la voluntad no ha jugado papel alguno al momento de adscribir dolo. Esta sentencia se centra correctamente en la forma de atribuir conocimiento relevante para afirmar el dolo. Este fallo no se puede interpretar como una adscripción a la teoría del conocimiento pero sí es una reconstrucción del dolo desde éste<sup>58</sup>.

---

57 PIÑA, ob. cit., págs. 94-95.

58 PIÑA, ob. cit., págs. 96-97.



### 3. El dolo cognitivo

La delimitación más expresiva e intrincada en materia de imputación subjetiva radica en la distinción entre dolo eventual y culpa consciente, de tal modo que el resultado de ésta arroja *grosso modo* lo que es la definición de dolo<sup>59</sup>. A este respecto, desde los años 80' en Alemania y España (aunque revisitando ideas expuestas a fines de la década de los 50'<sup>60</sup>) ha existido un nuevo planteamiento respecto a los elementos que lo configuran. Las ideas fundantes de éste son: (i) Su definición no puede desentenderse de la *praxis*, esto es, una definición del mismo debe adecuarse a la efectiva posibilidad probatoria en juicio, (ii) Resulta un despropósito pensar que exista una posibilidad real de desentrañar la naturaleza del elemento volitivo (en términos retrospectivos) presente en el hecho ilícito (iii) Una correcta elaboración de tal concepto permitirá su adscripción de modo más prolijo y justo.

59 Resulta pertinente presentar una prevención elaborada por MOLINA FERNÁNDEZ, quien tematiza esta cuestión en términos ontológicos. Su tesis consiste en que es dogmáticamente imposible establecer una distinción valorativa satisfactoria entre dolo e imprudencia bajo los criterios no graduales que tradicionalmente se han utilizado. En este sentido, el modo de enfrentar el problema no debe ser categorialmente binario sino gradual. Lo anterior lleva necesariamente a aceptar que el lenguaje jurídico (y en general) es uno vago, con externalidades positivas (posibilidad de discrecionalidad judicial) y negativas (arbitrariedad). Siendo el derecho una disciplina de clasificación de hechos naturales, habría que asumir que conceptos como matrimonio o dolo se presentan como unos construidos normativamente, aparentemente convencionales en sentido profundo, pero independientes de su significado en cualquier realidad que no sea una construcción normativa. Luego, a juicio del autor, la problemática no se encuentra en sede binaria sino de esclarecimiento adscriptivo gradual (imprudencia-dolo) conforme a reglas que esclarezcan la vaguedad de los términos. Éstas, sostiene, serían: (1) La determinación de si estamos ante un problema de gradualidad (vaguedad) y su magnitud, (2) La determinación de si se trata de un problema de una propiedad gradual o si existen más factores, (3) Si estamos ante una sola propiedad (y es gradual) su gradualidad fija la escala valorativa de manera directa, (4) Si hay varios factores se debe examinar su conjunción con el objeto de verificar cómo inciden en la escala valorativa, (5) Una vez alcanzado este punto, en cualquiera de los dos casos (3 ó 4) debe atenderse a si las categorías utilizadas por la ley y sus consecuencias jurídicas se ajustan a la situación gradual base, (6) Si la respuesta es afirmativa, el problema de cuantificación será menor, (7) Si las categorías legales y sus consecuencias jurídicas no se ajustan a la gradualidad de los atributos que la definen, lege lata, sólo se podrá refinar el sistema conceptual mediante elementos doctrinales, (8) Si lo anterior no fuese posible, sólo cabe hacer propuestas de lege ferenda, para que se atienda a la gradualidad. En estas situaciones debe hacerse hincapié en preservar la seguridad jurídica. Al respecto; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. "La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal". En: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, España, Dialnet, 2005, págs. 697, 699, 706-8, 724, 732-3.

60 RAGUÉS I VALLES, ob. cit., p. 90.

En este sentido, la tendencia dogmática dominante de las últimas décadas ha optado por una significativa primacía de la *praxis* judicial por sobre la entelequia dogmática, de tal modo que la definición de dolo deberá estar supeditada a los componentes probatorios del proceso. De este modo, éste ha tendido a normativizarse, rechazándose definiciones que resulten disfuncionales al proceso (porque no puedan probarse o porque lleven a soluciones incompatibles con el derecho penal del hecho y el principio de proporcionalidad<sup>61</sup>).

Por otro lado, se ha abandonado la idea de que exista la posibilidad de conocer el elemento volitivo. ¿Existe una disciplina suficientemente desarrollada y exhaustiva que nos permita esclarecer en el proceso con precisión los estados mentales del sujeto al momento de cometer el ilícito? ¿El ladrón roba porque quiere sustraer y apropiarse mediante fuerza de un bien ajeno o porque quiere tener ese bien, incluso, de ser posible, sin tener que robarlo (a modo de regalo, por ejemplo<sup>62</sup>)? Al no poder obtener una respuesta satisfactoria (y de encontrarse, constituyendo éstas derecho penal de autor) se renuncia a tal elemento. Ello echa por tierra la corriente psicologicista del dolo, en tanto el fundamento de éstas radica en el descubrimiento de los estados mentales, el ánimo o la conciencia del autor al momento de ejecutar el hecho punible.

Una revisión de la teoría del dolo como representación sostiene, correctamente, que el criterio fundamental de la distinción entre dolo eventual y culpa consciente radica (exclusiva y excluyentemente) en el grado de conocimiento (de los hechos) con que cuenta el autor al momento de ejecutar la acción. La representación de las circunstancias fácticas aparece como el único criterio descifrable para efectos probatorios, de tal modo de cumplir con los criterios básicos de resguardo de garantías en el proceso penal (es decir, un dolo normativizado y no abandonado al proceso de “descubrimiento” [de estados mentales ajenos] de los jueces). En este contexto se explica la aseveración de Ragués respecto a que el conocimiento ajeno en el ámbito del proceso penal no tiene un carácter descriptivo sino siempre adscriptivo<sup>63</sup>. Por consiguiente,

61 CORCOY, Mirenxtu. “Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”. En: *Imprudencia Penal. Cuestiones Generales. Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Universidad de Los Andes, Año 2, n° 4, Ed. Abeledo Perrot, Bogotá, Colombia, 2011, pp. 1-2. La autora es enfática en señalar que la adherencia a un concepto de dolo que pretenda elucidar los estados mentales de quien comete el hecho ilícito es uno comprometido con el derecho penal de autor, en contraposición a una noción normativizada del mismo, la cual se adecúa a un derecho penal del hecho. Mantener el elemento volitivo significa justificar un juicio sobre la personalidad del autor, págs. 8-9.

62 RAGUÉS I VALLES, ob. cit., p. 32.

63 RAGUÉS I VALLES, ob. cit., p. 275.

lo semánticamente adecuado es indicar que el dolo no se imputa (como resultado de un proceso de descubrimiento psíquico) sino que se adscribe (luego de un cotejo normativo-procesal).

La pregunta que se presenta a continuación es cuáles son los criterios rectores para la determinación del conocimiento (suficiente) en la conformación de normas que permitan adscribir el dolo. La respuesta a esta pregunta podría intentarse en sede dogmática o jurisprudencial, pero ello debe ser rechazado por no resultar suficientemente representativo del carácter social y comunicativo del derecho penal. Reviste el mayor de los sentidos el aseverar que el baremo según el cual la adscripción del conocimiento sobre una determinada conducta que resulte punible a título de dolo esté dado por la apreciación del ciudadano corriente, quien es destinatario directo de las normas (punitivas) y quien compone la voluntad soberana. La respuesta debe estar dada, entonces, en un sentido social, esto es: que la consideración de una conducta como dolosa ya no dependa de determinados datos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible tanto para el juez como para los demás ciudadanos, sino que ésta, de acuerdo a sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal<sup>64</sup>.

En este sentido, existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal<sup>65</sup>.

La cuestión, entonces, radica en cómo delimitar el conocimiento para poder afirmar que se ha actuado con dolo. Al respecto, RAGUÉS propone reglas tales que permitan que la atribución de conocimiento cotidiana por parte del colectivo hacia el sujeto (v.g. qué datos brutos deben concurrir para que se entienda que el sujeto que toma un abrigo por error en el estadio lo ha hecho bajo representación de ser éste ajeno y no por error [confundiéndolo con el suyo]). Éstas se denominan *reglas sociales de imputación o atribución de conocimientos* y permiten comprender, bajo el ejemplo anterior, qué hechos del mundo deben darse para considerar que en el caso mentado un sujeto comete hurto<sup>66</sup>. Éstas tienen por objetivo que a fin de cuentas no baste para atribución

64 Ragués I Valles, ob. cit., p. 324. La relevancia del componente comunicativo del derecho penal en materia de dolo es tematizado dentro de los tratadistas nacionales por Bustos, Juan. *Derecho Penal, Parte General*. Lima, Ara Editores, 2005, págs. 819-820, pero sin asignarle relevancia al momento de circunscribir la extensión del conocimiento.

65 RAGUÉS I VALLES, ob. cit., p. 353.

66 No hay que perder de vista que existe aquí una discusión de fondo, cual es cuánta preponderancia debe asignarse al concepto de dolo en el sentido dogmático y cuánta en un sentido procesal. Como se ha visto, la tendencia del siglo anterior fue en el

de responsabilidad subjetiva la sola convicción, sin mayores justificaciones conforme a reglas.

La naturaleza de las reglas mentadas son aquellas denominadas de *indicios* (para la imputación del conocimiento ajeno). Su estructura es de base objetiva: dado el hecho A, el sujeto S conoce B. Conforme a ello lo primero es probar un hecho objetivo, y a partir de éste se imputan determinadas realidades subjetivas de acuerdo con el contenido de una regla con vigencia social<sup>67</sup>. La pregunta es entonces qué características debe revestir el hecho para poder indicar que no hay dudas de que éste permite el salto lógico relativo a que el sujeto conoce lo que se espera o no conozca. Se debe atender a tres criterios:

Se debe comenzar por exigir que el sujeto revista el carácter de normal (en términos de capacidades cognitivas), de tal modo que pueda formarse *conocimientos mínimos* del mundo que lo rodea. Luego, una persona que revista este carácter no puede acusar un *desconocimiento irracional del riesgo*<sup>68</sup> (de causar muertes), por ejemplo, si es que incendia un hospital lleno de niños. La cuestión se vuelve más intrincada, por ejemplo, en cuanto a la pregunta relativa a si un sujeto con conocimientos mínimos se representa como irracionalmente riesgoso el asestar una golpiza de pies y puños sobre otro sujeto para los efectos de causar su muerte. La pregunta entonces se resuelve del siguiente modo: dados los hechos probados (constatación de golpes de pies y puños sobre el cuerpo de la víctima), ¿se puede sostener sin lugar a dudas que cualquier sujeto promedio (esto es, con conocimientos mínimos) se representaría el riesgo de que ejecutando tal acción acabaría con la vida de la víctima? Si la respuesta es afirmativa, habrá imputación por homicidio doloso. Si es negativa, lo será imprudente.

Un segundo criterio está dado por la transmisión previa de conocimientos. Esto es, la posibilidad de acreditar que con posterioridad a la comisión del

---

primer sentido. La virtud de un enfoque dogmático de los elementos de la imputación subjetiva se expresa en la elaboración de un trabajo que trasciende a la casuística y pretende unificar (en lo posible) los criterios de justicia penal, en sede adscripción de responsabilidad. Su defecto, por supuesto, es que la entelequia no arroje resultados penológicamente adecuados. Por el contrario, la virtud de una perspectiva procesalista del dolo (hoy en amplio desarrollo) radica en la posibilidad de detenerse caso a caso a revisar la adecuación de los criterios de adscripción, pero tiene como defecto la improbable posibilidad de evacuar un concepto transversal de dolo, quedando abandonado a la casuística. Sin perjuicio de que lo deseable es una correcta complementación entre ambas, el trabajo expondrá a continuación los criterios rectores para la elaboración de un concepto (dogmático) de dolo concatenable con uno procesal.

67 RAGUÉS I VALLES, ob. cit., págs. 375-376.

68 RAGUÉS I VALLES, ob. cit., págs. 379, 390.

ilícito al sujeto se le han transmitido conocimientos significativos con los cuales aún contaba al momento de cometerlo<sup>69</sup>. En el ejemplo anterior, si se acredita fehacientemente que el golpeador tenía conocimiento de que la víctima se estaba recuperando de una delicada operación estomacal y cerebral (al menos al momento de asestar los golpes), entonces la valoración de su representación se inclina hacia una condena por homicidio doloso y no culposo (=su desconocimiento de la irracionalidad del riesgo se vuelve inverosímil).

Un tercer criterio dice relación con la exteriorización del propio conocimiento, cuestión que se constata si es que el sujeto exterioriza (en palabras o actos concluyentes) que contaba con determinado conocimiento al momento de realizar conductas típicas<sup>70</sup>. En el caso mentado éstos se observarán si es que, por ejemplo, el hechor —momentos antes de comenzar a golpear a la víctima— lo amenaza señalando que se encuentra en superioridad física sobre su rival, dado a que éste se encuentra recién en recuperación de una intervención médica.

Un cuarto criterio se refiere a las características personales del sujeto como fuentes de atribución de conocimientos. La fórmula es: si el sujeto reviste las características personales A, B y C entonces conoce X<sup>71</sup>. Así, por ejemplo, si el cocinero (que estudió agronomía) prepara un plato de hongos y uno de los comensales del restorán muere envenenado, entonces se considera que existe un conocimiento de que, dada aquella acción, acaecería dicho resultado. En el caso revisado, se sopesaría significativamente como adscriptor de conocimiento quien propina la golpiza haya tenido la profesión de médico.

Finalmente se expondrá el criterio de conocimiento situacional, esto es, un criterio bajo el cual se pueda atribuir al sujeto que realiza el hecho típico un correcto conocimiento y consciencia de la situación o contexto bajo el cual está actuando. Esto se traduce en tres requisitos: (a) que el hechor sepa que una conducta, bajo determinadas circunstancias, resulta apta para producir un resultado, (b) que el sujeto sea consciente que la acción que lleva a cabo es de aquellas aptas para producir aquel determinado resultado y (c) que el sujeto

69 Naturalmente, se debe calificar el contenido de la transmisión respecto a la incidencia de ésta en el resultado del ilícito y la posibilidad de olvido de ella por parte del hechor (cuestión a la que se atiende con el factor transcurso del tiempo), RAGUÉS I VALLES, ob. cit., págs. 403-404.

70 La confesión del acusado no se considera prueba directa, toda vez que no existe garantía absoluta de que el sujeto recuerde con exactitud los conocimientos que poseía. Esto está en directa relación con la imposibilidad de la averiguación de una verdad psíquica, RAGUÉS I VALLES, ob. cit., p. 411.

71 Este criterio debe hacerse operativo con especial cuidado con el fin de evitar caer en el derecho penal de autor RAGUÉS I VALLES, ob. cit., págs. 424-426.

integre los conocimientos (a) y (b) como de concreta actitud lesiva, es decir, vea como perfectamente probable que el resultado acaezca<sup>72</sup>. En el ejemplo ya revisado, para la concurrencia de este elemento el golpeador debe (1) saber que el asestar severos y reiterados golpes sobre el cuerpo de un ser humano puede privarlo de su condición de vivo, (2) que al momento de ejecutarlos éste sepa que está ejecutando severos y reiterados golpes sobre el cuerpo de un ser humano y (3) que dada la información anterior el sujeto vea como perfectamente probable que su víctima muera.

La concurrencia de los presupuestos mentados hace posible establecer que, bajo la fórmula señalada, dado el hecho A el sujeto S conoce B. La concurrencia de éstos no debe ser copulativa, sino que deberá ponderarse. La suficiente en la presencia de estos elementos permitirá adscribir dolo, conforme al grado de conocimientos que tenga el agente de que la perseverancia de su acción constituya una lesiva.

## Conclusiones

1. La evolución de las diversas corrientes de la teoría del dolo ha arrojado como resultado que en el s. XX éste se ha entendido, producto de una teoría mixta entre la de la representación y de la voluntad, como uno comprendido de modo bipartito, donde debe concurrir *conocimiento* (de las circunstancias fácticas del ilícito y de la satisfacción de los elementos típicos) y *voluntad* (de realizar uno o más actos que satisfagan tales elementos típicos).
2. En las últimas décadas se ha puesto severamente en duda que se pueda dilucidar en el proceso aquello que realmente *quería* lograr el sujeto que comete el hecho ilícito. Ello se traduce en la imposibilidad ontológica y probatoria de determinar el elemento volitivo del dolo, con lo cual éste decae.
3. Los tratadistas de la dogmática penal nacional han comprendido, a la usanza de la dogmática comparada del s. XX, que el dolo está compuesto por elementos volitivos e intelectivos, sin perjuicio de algunas diferencias en el alcance de éstos (*supra* 2.1).
4. Uno de los aspectos dogmáticos donde existió mayor certeza en la jurisprudencia nacional a la fecha es que los elementos constitutivos del dolo son conocimiento y voluntad. En lo que va del s. XXI esto no ha variado considerablemente (sin perjuicio de dos sentencias, *supra* 2.2).

72 RAGUÉS I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona, España, Bosch, 1999, pp. 443-4.

5. La teoría del dolo cognitivo ha emergido en Alemania y España, sosteniendo que la adscripción del elemento subjetivo debe atender exclusivamente al grado de conocimiento con que el autor contaba al momento de la comisión del ilícito respecto al riesgo de que, de persistir en su acción, se concrete una lesión comprendida como delito. La teoría del dolo cognitivo significa un progreso en una correcta comprensión y aplicación del concepto de dolo.

6. Los criterios indiciarios a atender a la hora de adscribir responsabilidad a título de dolo (o imprudencia) son:

- 6.1 Acreditación de conocimientos mínimos del sujeto.
- 6.2 La transmisión previa de conocimientos.
- 6.3 La exteriorización del propio conocimiento.
- 6.4 Las características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimiento.
- 6.5 El conocimiento situacional bajo el cual se puede atribuir conocimiento al sujeto que realiza el hecho ilícito.

7. La doctrina y jurisprudencia nacional no ha dado cuenta significativamente de la necesidad de resignificar el dolo como uno cognitivo.

## Bibliografía

AMUNÁTEGUI, Felipe. “Maliciosamente” y “a sabiendas” en el Código Penal Chileno. Primera Edición, Santiago, Chile, Ed. Jurídica, 1961, págs. 46-64.

BUSTOS, Juan. *Derecho Penal, Parte General*. Lima, Ara Editores, 2005.

CEREZO MIR, José. *Derecho Penal, Parte General*. Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2008.

COUSIÑO, Luis. *Derecho Penal Chileno*. Santiago, Ed. Jurídica, 1975.

CORCOY, Mirenxtu. “Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”. En: *Imprudencia Penal. Cuestiones Generales. Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Universidad de Los Andes, Año 2, n° 4, Ed. Abeledo Perrot, Bogotá, Colombia, 2011

CURY, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Ed. PUC, 2005.

DÍAZ PITA, María del Mar. “La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización”. En: *Revista Penal*, n° 17, Huelva, España, 2006.

- DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1990.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica, 1998.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica, 1997.
- JAKOBS, Gunther. *Indiferencia como dolo indirecto*. Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2004.
- JAKOBS, Gunther. *Dolus malus*, Barcelona, InDret 4/2009.
- KINDHÄUSER, Urs. *El tipo subjetivo en la construcción del delito*. Barcelona, InDret, 2008.
- LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica, 1976.
- LUZÓN DOMINGO, Manuel. *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*. Barcelona, Editorial Hispano-Europea, 1960.
- MERKEL, Adolf. *Derecho Penal, Parte General*. Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”, En: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, España, Dialnet, 2005.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, BdeF, 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- NOVOA, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno, Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica, 2005.
- PIÑA, Juan Ignacio (2011): *Comentario de la SCA de Santiago de 30 de enero de 2008*, Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 7, Santiago, Chile, Abeledo Perrot.
- RAGUÉS I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona, Bosch, 1999.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid, Civitas, 1997.
- SANCINETTI, Marcelo. *Teoría del delito y disvalor de la acción*. Buenos Aires, Hammurabi, 1990.
- VAN WEEZEL, Alex. “El dolo eventual como especie de discrecionalidad”. En: *Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 7*, Santiago, Chile, Abeledo Perrot, 2011.



## **Jurisprudencia**

- Corte Suprema, 05 de mayo de 2000, Rol n° 234-00.
- Corte Suprema, 28 de septiembre de 2004, Rol n° 4307-04.
- Corte Suprema, 17 de agosto de 2005, Rol n° 1700-05.
- Corte Suprema, 01 de septiembre de 2005, Rol n° 798-05.
- Corte Suprema, 30 de enero de 2006, Rol n° 2863-03.
- Corte Suprema, 26 de julio de 2006, Rol n° 1946-04.
- Corte Suprema, 16 de agosto de 2006, Rol n° 358-06.
- Corte Suprema, 03 de octubre de 2006, Rol n° 4912-04.
- Corte Suprema, 12 de diciembre de 2006, Rol n° 5302-04.
- Corte Suprema, 01 de julio de 2007, Rol n° 6912-07.
- Corte Suprema, 12 de agosto de 2008, Rol n° 1933-07.
- Corte Suprema, 02 de julio de 2008, Rol n° 3970-08.
- Corte Suprema, 10 de julio 2008, Rol n° 208-08.
- Corte Suprema, 26 de noviembre de 2008, Rol n° 5420-08.
- Corte Suprema, 28 de noviembre de 2008, Rol n° 6222-07.
- Corte Suprema, 26 de enero 2009, Rol n° 5898-08.
- Corte Suprema, 28 de enero 2009, Rol n° 697-08.
- Corte Suprema, 02 de abril de 2009, Rol n° 4245-08.
- Corte Suprema, 06 de octubre de 2009, Rol n° 5218-08.
- Corte Suprema, 03 de junio de 2011, Rol n° 2921-11.
- Corte Suprema, 28 de junio de 2011, Rol n° 2123-11.
- Corte Suprema, 26 de marzo de 2012, Rol n° 9238-11.
- Corte Suprema, 24 de abril de 2012, Rol n° 2280-10.

- Corte Suprema, 24 de septiembre de 2012, Rol n° 6088-12.
- Corte Suprema, 24 de octubre de 2012, Rol n° 6613-12.
- Corte Suprema, 29 de octubre de 2012, Rol n° 8809-12.
- Corte Suprema, 23 de noviembre de 2012, Rol n° 737-11.
- Corte Suprema, 22 de abril de 2013, Rol n° 1179-13.
- Corte Suprema, 30 de septiembre de 2013, Rol n° 3799-13.
- Corte Suprema, 27 de noviembre de 2013, Rol n° 8605-13.
- Corte Suprema, 12 de mayo de 2014, Rol n° 6247-14.
- Corte Suprema, 15 de diciembre de 2014, Rol n° 22266-14.
- Corte Suprema, 20 de enero de 2015, Rol n° 29534-14.
- Corte Suprema, 13 de abril de 2015, Rol n° 20288-14.
- Corte de Apelaciones de Arica, 26 de octubre de 2010, Rol n° 199-10.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 de abril de 2011, Rol n° 56-11.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, 05 de febrero de 2015, Rol n° 10-15.
- Corte de Apelaciones de La Serena, 09 de noviembre de 2010, Rol n° 302-10.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de febrero de 2013, Rol n° 90-13.
- Corte de Apelaciones de Talca, 19 de junio 2015, Rol n° 320-15.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 17 de junio de 2011, Rol n° 184-11.
- Corte de Apelaciones de Temuco, 08 de octubre de 2010, Rol n° 674-10.
- Corte de Apelaciones de Valdivia, 30 de julio de 2014, Rol n° 355-14.
- Corte de Apelaciones de Valdivia, 23 de septiembre de 2014, Rol n° 469-14.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, 29 de diciembre de 2008, Rol n° 1505-08.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de agosto de 2001, Rol n° 3231-01.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de mayo 2013, rol n° 874-13.



UNIDAD ESPECIALIZADA  
ANTICORRUPCIÓN

---



## COMENTARIO A SENTENCIA DEFINITIVA DEL TRIBUNAL ORAL DE LOS ÁNGELES QUE CONDENA A *EXTRANEUS* COMO AUTORA DE DELITO DE FRAUDE AL FISCO

*Rodrigo Durán Fuica*<sup>1</sup>

---

Con fecha 18 de marzo de 2019, el Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles dictó sentencia definitiva condenando a la acusada N.E.S. por su responsabilidad como autora de tres delitos de fraude al Fisco, en grado de consumados, previstos y sancionados en el artículo 239 del Código Penal, perpetrados en la comuna de Los Ángeles, los días 01 de junio de 2015, 10 de junio de 2015 y 02 de julio de 2015, en perjuicio de la Dirección Comunal de Educación Municipal de esa ciudad.

### I. ANTECEDENTES

Los hechos se habrían ejecutado dentro del contexto del procedimiento administrativo de pago a proveedores de la Dirección Comunal de Educación Municipal de Los Ángeles, pagos que se efectuaban en su mayoría mediante el giro de cheques emitidos con cargo a una de las cuentas bancarias de dicha entidad, documentos los cuales eran retirados, en su generalidad, por el proveedor en las oficinas de la referida Dirección Comunal. Pues bien, ocurría que algunos de estos cheques no eran retirados por estos proveedores dentro de los dos meses siguientes a su generación, lo que provocaba que caducaran y, si el proveedor concurría con posterioridad a ese plazo, se debía generar un nuevo cheque y un nuevo Decreto Municipal de Pago.

Es en este escenario donde el principal imputado de esta causa, el condenado B.M.Z. –a la fecha de los hechos funcionario del Área de Finanzas de la Dirección Comunal de Educación Municipal de Los Ángeles y encargado del pago a los proveedores– decide defraudar a su empleadora, fingiendo que ciertos proveedores que tenían cheques caducados habían concurrido a la Dirección Comunal a solicitar la emisión de unos nuevos, para –acto seguido– generar nuevos cheques, pero esta vez a nombre de personas de su confianza que no eran proveedores ni funcionarios públicos (dentro de los

---

1 Fiscal Adjunto Especializado en la Investigación de los Delitos de Corrupción de la Fiscalía Local de Los Ángeles, Fiscalía Regional del Biobío, Ministerio Público.

cuales se encontraba la condenada N.E.S.), quienes finalmente los cobraban, logrando así sacar el dinero de las arcas fiscales.

El Ministerio Público, una vez efectuadas las diligencias indagatorias correspondientes, formalizó y acusó a B.M.Z. y a los particulares a cuyos nombres se generaron los documentos y los cobraron, siendo finalmente condenados en procedimiento abreviado tanto B.M.Z. como cinco de los testaferros (sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Los Ángeles con fecha 01 de diciembre de 2018, en causa RIT N° 4788-2015), preparándose juicio oral sólo respecto de N.E.S., quien ejerció su derecho a que su caso fuera conocido en juicio oral, conforme al procedimiento ordinario, juicio que finalmente se celebró los días 12 y 13 de marzo de 2019, instancia en la cual, una vez rendidas las pruebas, se dictó sentencia condenatoria en su contra, como autora de delitos reiterados de fraude al Fisco, sentencia condenatoria que a la fecha se encuentra ejecutoriada.

Durante este trabajo comentaremos los aspectos jurídicos más relevantes sobre los que se pronuncia este fallo.

## II. HECHOS ACREDITADOS Y CALIFICACIÓN JURÍDICA

Los hechos que tuvo por acreditado el Tribunal fueron los siguientes:

*“Que durante el año 2016 (sic), B.M.Z. se desempeñó como funcionario de la Dirección Comunal de Educación de la Municipalidad de Los Ángeles, teniendo como funciones, entre otras, la ejecución del proceso de pago a proveedores de dicha Dirección Comunal, proceso dentro del cual se contemplaba la confección de los cheques que se emitían en pago a dichos proveedores, con cargo a la cuenta corriente fiscal N° 3-79549-7, Banco Santander, de la Municipalidad de Los Ángeles. Fondos de Educación.*

*En estas circunstancias, B.M.Z. percatándose que existían cheques emitidos con cargo a la referida cuenta corriente en favor de diversos proveedores, que no habían sido cobrados y que ya estaban caducados, procedió, entre junio y julio de 2015, a verificar los antecedentes de generación de dichos cheques contenidos en los respectivos decretos de pago, para luego acto seguido, generar en el sistema computacional unos cheques nuevos y falsos, llenados con datos y montos que no tenían respaldo real en ningún acto, operación o documento generado ni vinculado a la Dirección Comunal de la Municipalidad de Los Ángeles, generándolos esta vez B.M.Z. a nombre de N.E.S., persona que no era proveedora ni tenía ningún vínculo con la referida Dirección Comunal de Educación sino que era cercana y de confianza de B.M.Z., generando B.M.Z. en forma fraudulenta, a nombre de aquella, los cheques de la cuenta corriente fiscal N° 3-79549-7, Banco Santander, de la Municipalidad de Los Ángeles. Fondos de Educación, serie N° 0143039 442, fechado al 01 de junio de 2015, por la suma de \$615.000.-; serie*

N° 0143337 695, fechado al 10 de junio de 2015, por la suma de \$267.750.-; y serie N° 0143592 992, fechado al 02 de julio de 2015.

*Una vez generados estos cheques falsos, y obtenida por B.M.Z. la firma de los mismos por parte de sus superiores, B.M.Z., consintiendo en este fraude al patrimonio de su empleadora, y previamente concertado con N.E.S., le entregó a ella los referidos documentos a su nombre, cheques los cuales fueron cobrados el 1 de junio, 10 de junio de 2015 y el 2 de julio, todos de 2015, por caja bancaria, por la imputada N.E.S., logrando B.M.Z. y N.E.S., mediante esta dinámica, obtener de la Municipalidad de Los Ángeles el pago de estas prestaciones improcedentes, consiguiendo sacar el dinero desde las arcas municipales, según el plan delictivo trazado.*

El monto total defraudado conforme a los hechos imputados ascendió en total a la suma de \$2.592.750”.

Estimó el Tribunal que estos hechos eran constitutivos de tres delitos de fraude al Fisco, sancionados en el artículo 239 del Código Penal, y que a la acusada le cabía en estos delitos participación criminal en calidad de autora conforme al artículo 15 N° 3 del Código Penal.

### III. PRINCIPALES ASPECTOS CONTENIDOS EN LA SENTENCIA

#### a) Aplicación de la teoría de la comunicabilidad extrema

El Tribunal en su sentencia estimó que N.E.S., sin perjuicio de no tener la calidad de funcionaria pública, cometió en calidad de autora los delitos de fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal, concluyendo que los hechos probados permiten concluir que estamos en la hipótesis del artículo recién citado, por cuanto –según razona el referido fallo– a la época de los hechos B.M.Z. era empleado municipal y en el ejercicio de sus funciones, defraudó al Municipio para el cual trabajaba, emitiendo cheques falsos a nombre de terceros no proveedores de la Dirección Comunal de Educación de Los Ángeles, tres de los cuales fueron cobrados, previo concierto, por la condenada N.E.S., causando una disminución del patrimonio fiscal en un total de \$2.592.750.-

En este contexto, estima el órgano juzgador que la participación que le cupo a N.E.S. fue de coautoría conforme al artículo 15 N° 3 del Código Penal, por cuanto con su conducta (es decir, cobrando los cheques girados a su nombre) facilitó a B.M.Z. los medios con que se llevó a efecto el delito, ya que sin la intervención de la condenada no se habría consumado el ilícito.

A este respecto, el fallo en su considerando DÉCIMO cita al profesor Enrique Cury Urzúa, quien sostiene que son coautores quienes se han dividido la realización del hecho, disponiendo ambos del co-dominio del mismo, siendo



su contribución funcional a la total ejecución de la conducta ilícita, obrando con una voluntad común, de modo que si retiran su contribución, el hecho fracasa, pero además, cada contribución independientemente considerada es incapaz por sí sola para alcanzar la consumación del acto.

En lo estrictamente fáctico se concluyó que entre N.E.S. y B.M.Z. existió una comunión tácita de voluntades, que se deduce de sus conductas: ambos eran compañeros de estudios; ella sabía que B.M.Z. era empleado municipal; estudiaban juntos; el hecho que N.E.S. cobró tres de estos cheques a su nombre, los cuales le son entregados por B.M.Z., sin tener ella la calidad de acreedora de la Municipalidad, cobrándolos en la caja del Banco Santander en distintas oportunidades, previa coordinación telefónica entre ambos, pactando lugares de encuentro en la vía pública, sin testigos, quedando de manifiesto la planificación previa, avocándose cada uno a la realización de una fracción del plan, sin la ejecución de las cuales, no se habría consumado el fraude.

Sobre la comunicabilidad se exploya el CONSIDERANDO DÉCIMO PRIMERO, señalando que la mayoría de la doctrina sostiene que el delito de fraude al Fisco es un delito especial impropio pues si bien designa al autor con una calidad especial (empleado público), el ilícito puede ser cometido por cualquiera, existiendo una figura típica base aplicable (estafa) a quienes no tengan aquella calidad.

Refieren los sentenciadores –acogiendo los planteamientos sostenidos por el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado en el juicio– que consideran aplicable a este caso **la teoría de la comunicabilidad extrema** (que en Chile es sostenida, entre otros, por los profesores Novoa y Garrido) que postula que el *extraneus* (sujeto activo que no es funcionario público) siempre responderá como autor por el delito especial, conclusión que se basa en los siguientes aspectos:

*1° La indivisibilidad del título de imputación. Por ser un hecho único que no puede ser considerado jurídicamente de diferente modo para cada uno de los que intervienen en él de manera conjunta.*

*2° Colaboración psicológica, pues el extraño que participa de la conducta delictiva del funcionario público, se identifica y se incorpora con el hecho, cooperando a su producción, justificándose así el mismo trato que al intraneus.*

*3° La pena aplicable a los cómplices y encubridores, es accesoria a la aplicable al autor, por lo que dichos tipos de participación no tienen vida propia, son accesorios al hecho punible que comete el autor.*

*4° La ley penal, al regular un tipo especial como el delito de fraude al Fisco, da particular valor al bien jurídico protegido por lo que busca que no sea ejecutado ni por el sujeto calificado o intraneus ni por el extraneus o extraño no calificado.*

5° No hay norma positiva que lo resuelva y el artículo 64 del Código Penal que regula la incomunicabilidad de las circunstancias modificatorias personales de responsabilidad penal, no es aplicable a materias como ésta que se relacionan con el tipo penal. Así, no existiendo norma legal que impida la comunicabilidad –como si la hay en materia de modificatorias– la regla general debiera ser la comunicabilidad. A favor de la tesis, se podría recurrir a la interpretación de la regla 4ª del artículo 61 del Código Penal, situación en la que la ley acepta de manera expresa la comunicabilidad pues aunque las penas se impongan en razón de circunstancias particulares, sólo se aplicarán al autor en quienes concurran, por ejemplo, en el caso de suspensión sólo al funcionario público.

6° Otra tesis provoca en la práctica lagunas de punibilidad que resultan indefendibles. En el caso *sublite*, de interpretarse sobre la base de la comunicabilidad limitada o derechamente la de la incomunicabilidad extrema, podría resultar impune una conducta que a todas luces se advierte como reprochable, por no reunir las características propias del delito residual, en este caso, la estafa, si no se acredita la *mise en scene*.

*Así también lo ha comprendido nuestra jurisprudencia, según se lee en el fallo dictado por la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 2321 de fecha 19 de mayo de 2008...”.*

Concluye este CONSIDERANDO insistiendo en lo que se percibe para el juzgador como un aspecto muy relevante, y que es el hecho acreditado que “N.E.S. **tenía conocimiento** de la relación estatutaria que vinculaba a B.M.Z., con la Municipalidad de Los Ángeles, presupuesto de comunicabilidad que debe considerarse concurrente, debiendo entonces ser sancionada por el delito de fraude al Fisco” (el destacado es de la propia sentencia).

Como corolario, sólo resta agregar que nuestra parte estima y sostuvo además que en el sistema penal chileno, reconocido es por la doctrina que existe una regulación amplia del concepto de autor, que deriva principalmente de la circunstancia que en los numerales 2 y 3 del artículo 15 del Código Penal se sanciona como autores a sujetos activos que prestan labores colaborativas en la comisión del ilícito. Por ello, en el caso *sublite*, por lo tanto, no podemos estimar como cómplice, a aquel sujeto que sin ser funcionario público, se concierta con éste y le proporciona los medios necesarios para la comisión del fraude al Fisco. ¿Y por qué no?: Porque existe precisamente el artículo 15 N° 3 del Código Penal, que contempla precisa y expresamente esa solución para el caso de esta figura colaborativa. Esta es la tesis que se aplica a los *extraneus* que situacionalmente son necesarios para consumir delitos de corrupción. Al respecto, se pronuncian en esta línea los fallos de la Excma. Corte Suprema Rol 2321-2007 y Rol 5419-2003, y de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol N° 199-2010.

## b) Aplicación de la regla de la consunción

En la acusación, nuestro organismo y el querellante Consejo de Defensa del Estado sostuvieron que los hechos además configuraban, por la vía del concurso medial del *artículo 75* del Código Penal, los delitos reiterados de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso.

En esta parte nuestra teoría del caso no fue acogida por el juzgador, estimando que en cada evento de fraude cometido por la acusada N.E.S. se configuró un hecho único, integrado por varias acciones, entre ellas, las ejecutadas por ésta: el cobro de los cheques. Por lo mismo, más que un concurso medial –razona el fallo– se está en presencia de un concurso aparente de leyes penales. Establecido esto, el Tribunal escoge el principio de la consunción o absorción para resolver este concurso, estimando que N.E.S., al cobrar los cheques defraudó al municipio angelino, absorbiendo el delito de fraude al Fisco al delito de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso. Agrega el fallo analizado que sería injusta otra interpretación ya que se vulneraría el principio de *non bis in idem*, ya que se estaría castigando un hecho típico por dos delitos distintos, agravándose la sanción penal, en circunstancias que ya se le estaba condenando como coautora del delito de fraude al Fisco.

Al respecto, sólo resta señalar que nuestra parte defendió la tesis del concurso medial de delitos (en donde el delito de uso malicioso formó parte del medio comisivo del delito fraude al Fisco), figura a nuestro juicio aplicable en este caso y que tiene una clara regulación legal en el *artículo 75* del Código Penal, y que no puede estimarse como vulneratoria del principio de *non bis in idem*, ya que precisamente esta norma sanciona conductas que se estiman por el legislador como portadoras de un mayor disvalor (lo que justifica una sanción más gravosa), explicado por ser constitutivas de dos delitos, en donde uno es el medio necesario para cometer el otro.

## c) Rechazo de la tesis del delito continuado

Por último, estimamos interesante analizar el CONSIDERANDO SEXTO de la sentencia, que rechaza la tesis de delito continuado sostenida por la defensa como parte de su teoría del caso.

Al respecto, la defensa solicitó que la conducta de la acusada fuera castigada como un solo delito, ya que existía un mismo sujeto pasivo, un mismo sujeto activo y las mismas circunstancias de comisión, debiendo entenderse que se estaba en presencia de un delito continuado de fraude al Fisco.

El Tribunal, acogiendo los planteamientos de los acusadores, rechaza esta interpretación argumentando que el profesor CURY sostiene que el delito continuado está compuesto por una pluralidad de acciones, las que individualmente consideradas satisfacen la exigencia del tipo, pero que deben

ser valoradas conjuntamente porque constituyen una violación (necesariamente) fraccionada de una misma norma de deber. Así, la violación de la norma será única cuando conforme a la representación del autor, no era posible consumarla sino en forma fraccionada.

En cambio, estima, en el caso juzgado no se trata de un delito continuado porque cada uno de los delitos, independientemente analizados, satisfacen el tipo penal de fraude al Fisco de manera completa, sin que pueda sostenerse que hubo un fraccionamiento de la conducta para lograr su objetivo final.

Agregamos a lo anterior el argumento que el delito continuado (en Chile, creación doctrinaria y no legal) nace para solucionar casos en que existe un cierto grado de indeterminación (de circunstancias de día, hora y/o lugar) en torno a cada una de las conductas que lo componen, en que no es posible establecer cuando o donde ocurrieron unas y otras, pero sí es posible afirmar que entre ciertos contextos espacio temporal sí ocurrieron. En este orden de ideas, la tesis del delito continuado no se aplica a casos en donde están perfectamente definidas las circunstancias de comisión de cada una de las conductas, y ellas satisfacen una a una el tipo penal respectivo, siendo más bien una reiteración de delitos, que un solo delito continuado.

A continuación se transcriben los principales considerandos de la sentencia analizada.

Los Ángeles, dieciocho de marzo de dos mil diecinueve.-

**VISTO Y CONSIDERANDO:**

(...)

**SEGUNDO:** Que, la acusación fiscal contenida en el auto de apertura proveniente del Juzgado de Garantía de Los Ángeles, es del siguiente tenor: “Que a los menos desde el mes de marzo y hasta el mes de julio de 2015, ambos inclusive, el imputado Boris Martínez Zúñiga se desempeñó como funcionario de la Dirección Comunal de Educación de la Municipalidad de Los Ángeles, teniendo como funciones, entre otras, la ejecución del proceso de pago a proveedores de

dicha Dirección Comunal, proceso dentro del cual se contemplaba la confección computacional de los cheques que se emitían en pago a dichos proveedores, con cargo a la cuenta corriente fiscal N° 48-419868, Banco CORPBANCA, de la Municipalidad de Los Ángeles. Fondos Educación, y a la cuenta corriente fiscal N° 3-79549-7, Banco Santander, de la Municipalidad de Los Ángeles. Fondos de Educación.

En estas circunstancias, el imputado Boris Martínez Zúñiga, percatándose que existían diversos cheques emitidos con cargo a las referidas cuentas corrientes en favor de diversos proveedores, que no habían sido cobrados y que ya

estaban vencidos de cobranza o caducados, procedió –durante el período de tiempo comprendido entre marzo de 2015 y julio de 2015, ambos meses inclusive– a verificar los antecedentes de generación de dichos cheques contenidos en los respectivos decretos de pago, para luego acto seguido, generar en el sistema computacional unos cheques nuevos y falsos, llenados con datos y montos que no tenían respaldo real en ningún acto, operación o documento generado ni vinculado a la Dirección Comunal de la Municipalidad de Los Ángeles, generándolos esta vez el imputado Martínez Zúñiga a nombre de personas que no eran proveedores ni tenían ningún vínculo con la referida Dirección Comunal de Educación sino que eran cercanas y de confianza del imputado Martínez Zúñiga, específicamente su pareja de entonces la imputada Jocelyn Nicole Llancaján Huenchucán, y los imputados Mario Antonio Zurita Gacitúa, Javier Ignacio Villagrán García, Nicole Espinoza Sánchez, Giselle Ríos Cotal y Juan Bernardo Gacitúa Salamanca, generando el imputado Martínez Zúñiga en forma fraudulenta, a nombre de dichas personas, los siguientes cheques, todos con cargo a las indicadas cuenta corriente N° 48-419868, Banco CORPBANCA, de la Municipalidad de Los Ángeles. Fondos Educación y a la cuenta corriente fiscal N° 3-79549-7, Banco Santander, de la Municipalidad de Los Ángeles. Fondos de Educación. Los cheques emitidos mediante esta vía fraudulenta fueron los siguientes:

I.- Cheques generados y pagados con cargo a la cuenta corriente N° 48-419868, Banco CORPBANCA, de la Municipalidad de Los Ángeles. Fondos Educación:

1.- Cheque serie N° 0000859, fechado al 14 de julio de 2015, a nombre del imputado Mario Zurita Gacitúa, por la suma de \$ 499.800, cobrado por caja en sucursal CORPBANCA Los Ángeles, por el imputado Zurita Gacitúa el día 15 de julio de 2015.

2.- Cheque serie N° 0001054, fechado al 21 de julio de 2015, a nombre del imputado Mario Zurita Gacitúa, por la suma de \$ 37.660, depositado en sucursal Banco Estado Los Ángeles el día 22 de julio de 2015, en la cuenta bancaria que el imputado Zurita Gacitúa mantenía en dicho banco.

3.- Cheque serie N° 0001053, fechado al día 21 de julio de 2015, a nombre del imputado Juan Gacitúa Salamanca, por la suma de \$ 213.270, depositado en sucursal Banco Estado Los Ángeles el día 22 de julio de 2015, en la cuenta bancaria que el imputado Gacitúa Salamanca mantenía en dicho banco.

4.- Cheque serie N° 0001057, fechado al 22 de julio de 2015, a nombre del imputado Javier Villagrán García, por la suma de \$65.000, cobrado por caja en sucursal CORPBANCA Los Ángeles, por el imputado Villagrán García el día 22 de julio de 2015.

5.- Cheque serie N° 0001058, fechado al día 22 de julio de 2015, a

nombre del imputado Juan Gacitúa Salamanca, por la suma de \$110.075, depositado en sucursal Banco Estado Los Ángeles, el día 22 de julio de 2015, en la cuenta bancaria que el imputado Gacitúa Salamanca mantenía en dicho banco.

6.- Cheque serie N° 0001084, fechado al día 27 de julio de 2015, a nombre del imputado Javier Villagrán García, por la suma de \$52.530, cobrado por caja en sucursal CORPBANCA Los Ángeles, por el imputado Villagrán García el día 27 de julio de 2015.

7.- Cheque serie N° 0001083, fechado al día 27 de julio de 2015, a nombre del imputado Juan Gacitúa Salamanca, por la suma de \$110.000, depositado en sucursal Banco Estado Los Ángeles, el día 28 de julio de 2015, en la cuenta bancaria que el imputado Gacitúa Salamanca mantenía en dicho banco.

8.- Cheque serie N° 0001082, fechado al día 27 de julio de 2015, a nombre del imputado Javier Villagrán García, por la suma de \$189.210, cobrado por caja en sucursal CORPBANCA Los Ángeles, por el imputado Villagrán García el día 27 de julio de 2015.

9.- Cheque serie N° 0001081, fechado al 27 de julio de 2015, a nombre del imputado Mario Zurita Gacitúa, por la suma de \$110.515, depositado en sucursal Banco Estado Los Ángeles el día 28 de julio de 2015, en la cuenta bancaria que el imputado Zurita Gacitúa mantenía en dicho banco.

10.- Cheque serie N° 000765, fechado al 10 de julio de 2015, a nombre de la imputada Jocelyn Llancajón Huenchucán, por la suma de \$213.270, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Llancajón Huenchucán el día 10 de julio de 2015.

II.- Cheques generados y pagados con cargo a la cuenta corriente fiscal N° 3-79549-7, Banco Santander, de la Municipalidad de Los Ángeles. Fondos de Educación:

1.- Cheque serie N° 0140253 774, fechado al 06 de marzo de 2015, a nombre del imputado Mario Zurita Gacitúa, por la suma de \$580.000, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por el imputado Zurita Gacitúa el día 06 de marzo de 2015.

2.- Cheque serie N° 0140457 784, fechado al 17 de marzo de 2015, a nombre de la imputada Jocelyn Llancajón Huenchucán, por la suma de \$ 385.170, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Llancajón Huenchucán el día 18 de marzo de 2015.

3.- Cheque serie N° 0140561 787, fechado al 27 de marzo de 2015, a nombre del imputado Juan Gacitúa Salamanca, por la suma de \$477.904, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por el imputado Gacitúa Salamanca el día 27 de marzo de 2015.

4.- Cheque serie N° 0140963 754, fechado al 30 de marzo de 2015, a nombre de la imputada Giselle Ríos Cotal, por la suma de \$376.992, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Ríos Cotal el día 30 de marzo de 2015.

5.- Cheque serie N° 0141203 831, fechado al 10 de abril de 2015, a nombre de la imputada Jocelyn Llancaapán Huenchucán, por la suma de \$168.200, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Llancaapán Huenchucán el día 10 de abril de 2015.

6.- Cheque serie N° 0141229 249, fechado al 14 de abril de 2015, a nombre del imputado Javier Villagrán García, por la suma de \$124.200, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por el imputado Villagrán García el día 14 de abril de 2015.

7.- Cheque serie N° 0141289 256, fechado al 17 de abril de 2015, a nombre de la imputada Jocelyn Llancaapán Huenchucán, por la suma de \$112.265, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Llancaapán Huenchucán el día 17 de abril de 2015.

8.- Cheque serie N° 0141342 178, fechado al 21 de abril de 2015, a nombre del imputado Javier Villagrán García, por la suma de \$107.472, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por el imputado Villagrán García el día 21 de abril de 2015.

9.- Cheque serie N° 0141442 251, fechado al 22 de abril de 2015, a nombre de la imputada Jocelyn Llancaapán Huenchucán, por la suma de \$114.996, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Llancaapán Huenchucán el día 23 de abril de 2015.

10.- Cheque serie N° 0141449 609, fechado al 24 de abril de 2015, a nombre del imputado Javier Villagrán García, por la suma de \$97.700, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por el imputado Villagrán García el día 24 de abril de 2015.

11.- Cheque serie N° 0142052 960, fechado al 07 de mayo de 2015, a nombre de la imputada Jocelyn Llancaapán Huenchucán, por la suma de \$148.750, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Llancaapán Huenchucán el día 07 de mayo de 2015.

12.- Cheque serie N° 0142008 037, fechado al 06 de mayo de 2015, a nombre del imputado Juan Gacitúa Salamanca, por la suma de \$ 108.258, depositado en sucursal Banco Estado Los Ángeles, el día 07 de mayo de 2015, en la cuenta bancaria que el imputado Gacitúa Salamanca mantenía en dicho banco.

13.- Cheque serie N° 0142211 801, fechado al 11 de mayo de 2015, a nombre de la imputada Jocelyn Llancaapán Huenchucán, por la suma de \$176.120, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Llancaapán

Huenchucán el día 11 de mayo de 2015.

14.- Cheque serie N° 0142437 338, fechado al 19 de mayo de 2015, a nombre de la imputada Jocelyn Llancajapán Huenchucán, por la suma de \$ 473.204, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Llancajapán Huenchucán el día 19 de mayo de 2015.

15.- Cheque serie N° 0142522 448, fechado al 22 de mayo de 2015, a nombre del imputado Javier Villagrán García, por la suma de \$108.650, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por el imputado Villagrán García el día 22 de mayo de 2015.

16.- Cheque serie N° 0142632 000, fechado al 27 de mayo de 2015, a nombre del imputado Javier Villagrán García, por la suma de \$107.100, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por el imputado Villagrán García el día 27 de mayo de 2015.

17.- Cheque serie N° 0143039 442, fechado al 01 de junio de 2015, a nombre de la imputada Nicole Espinoza Sánchez, por la suma de \$615.000, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Espinoza Sánchez el día 01 de junio de 2015.

18.- Cheque serie N° 0143042 737, fechado al 01 de junio de 2015, a nombre del imputado Juan Gacitúa Salamanca, por la suma de \$1.130.500, depositado en sucursal Banco Estado Los Ángeles, el día

02 de junio de 2015, en la cuenta bancaria que el imputado Gacitúa Salamanca mantenía en dicho banco.

19.- Cheque serie N° 0143134 453, fechado al 03 de junio de 2015, a nombre de la imputada Jocelyn Llancajapán Huenchucán, por la suma de \$432.000, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Llancajapán Huenchucán el día 03 de junio de 2015.

20.- Cheque serie N° 0143242 965, fechado al 08 de junio de 2015, a nombre del imputado Javier Villagrán García, por la suma de \$518.140, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por el imputado Villagrán García el día 08 de junio de 2015.

21.- Cheque serie N° 0143337 695, fechado al 10 de junio de 2015, a nombre de la imputada Nicole Espinoza Sánchez, por la suma de \$267.750, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Espinoza Sánchez el día 10 de junio de 2015.

22.- Cheque serie N° 0143304 440, fechado al 09 de junio de 2015, a nombre del imputado Juan Gacitúa Salamanca, por la suma de \$307.228, depositado en sucursal Banco Estado Los Ángeles, el día 10 de junio de 2015, en la cuenta bancaria que el imputado Gacitúa Salamanca mantenía en dicho banco.

23.- Cheque serie N° 0143302 045, fechado al 09 de junio de 2015, a nombre del imputado Juan Gacitúa Salamanca, por la suma de \$98.000,



depositado en sucursal Banco Estado Los Ángeles, el día 10 de junio de 2015, en la cuenta bancaria que el imputado Gacitúa Salamanca mantenía en dicho banco.

24.- Cheque serie N° 0143303 491, fechado al 09 de junio de 2015, a nombre del imputado Juan Gacitúa Salamanca, por la suma de \$84.000, depositado en sucursal Banco Estado Los Ángeles, el día 10 de junio de 2015, en la cuenta bancaria que el imputado Gacitúa Salamanca mantenía en dicho banco.

25.- Cheque serie N° 0143415 687, fechado al 12 de junio de 2015, a nombre de la imputada Jocelyn Llancajapán Huenchucán, por la suma de \$81.625, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Llancajapán Huenchucán el día 12 de junio de 2015.

26.- Cheque serie N° 0143457 255, fechado al 18 de junio de 2015, a nombre del imputado Javier Villagrán García, por la suma de \$726.140, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por el imputado Villagrán García el día 18 de junio de 2015.

27.- Cheque serie N° 0143484 753, fechado al 22 de junio de 2015, a nombre de la imputada Jocelyn Llancajapán Huenchucán, por la suma de \$345.100, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Llancajapán Huenchucán el día 22 de junio de 2015.

28.- Cheque serie N° 0143556 147, fechado al 01 de julio de 2015, a

nombre de la imputada Jocelyn Llancajapán Huenchucán, por la suma de \$557.460, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Llancajapán Huenchucán el día 01 de julio de 2015.

29.- Cheque serie N° 0143592 992, fechado al 02 de julio de 2015, a nombre de la imputada Nicole Espinoza Sánchez, por la suma de \$1.710.000, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Espinoza Sánchez el día 02 de julio de 2015.

30.- Cheque serie N° 0143626 906, fechado al 06 de julio de 2015, a nombre del imputado Javier Villagrán García, por la suma de \$760.000, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por el imputado Villagrán García el día 06 de julio de 2015.

31.- Cheque serie N° 141970 070, fechado al 04 de mayo de 2015, a nombre de la imputada Jocelyn Llancajapán Huenchucán, por la suma de \$588.000, cobrado por caja en sucursal Banco Santander Los Ángeles, por la imputada Llancajapán Huenchucán el día 04 de mayo de 2015.

Una vez generados estos cheques falsos, y obtenida por el imputado Martínez Zúñiga la firma de los mismos por parte de sus superiores, el imputado Boris Martínez Zúñiga, consintiendo en este fraude al patrimonio de su empleadora, y previamente concertado con los coimputados Jocelyn Llancajapán Huenchucan, Mario Zurita Gacitúa, Javier Villagrán García, Nicole

Espinoza Sánchez, Giselle Ríos Cotal y Juan Gacitúa Salamanca, entregó sucesiva y respectivamente a éstos varios de dichos cheques generados fraudulentamente a nombre de ellos, cheques los cuales fueron cobrados –durante el período de tiempo comprendido entre los señalados meses de marzo de 2015 a julio de 2015, ambos inclusive– por caja bancaria por los imputados Jocelyn Llancajón Huenchucan, Mario Zurita Gacitúa, Javier Villagrán García, Nicole Espinoza Sánchez, Giselle Ríos Cotal y Juan Gacitúa Salamanca; y otros tantos cheques se obtuvo fueran depositados –en las mismas épocas recién aludidas– en cuentas bancarias vinculadas a estos imputados; cobros y depósitos que se efectuaron con cargo a las cuentas corrientes públicas aludidas, logrando Martínez Zúñiga y sus coautores imputados Llancajón Huenchucan, Zurita Gacitúa, Villagrán García, Espinoza Sánchez, Ríos Cotal y Gacitúa Salamanca, mediante esta dinámica, obtener de la Municipalidad de Los Ángeles el pago de estas prestaciones improcedentes, consiguiendo sacar el dinero desde las arcas municipales, lucrándose ilícitamente con estos fondos públicos, según el plan delictivo trazado.

El monto total defraudado conforme a los hechos imputados ascendió en total a la suma de \$13.489.254, correspondiente a 307 UTM aproximadamente.

A juicio de la fiscalía, respecto de Nicole Espinoza Sánchez, los hechos constituyen el delito de fraude al

Fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, consumado en carácter de autores conforme al artículo 15 N° 3 del Código Penal; en concurso medial con el delito reiterado de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso, previsto y sancionado en el artículo 198, en relación con el artículo 193 N° 1, 2 y 4, ambas normas del Código Penal, consumados en carácter de autores conforme al artículo 15 N° 1 del Código Penal.

El ministerio público reconoce la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal y teniendo en cuenta la dinámica comisiva de los delitos, el número de los mismos, el grado de reiterado, la figura de concurso medial imputada, la pena asignada por la ley a los delitos por los cuales se formula acusación, el grado de ejecución de los mismos, la extensión del mal causado, la concurrencia de circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, y lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal y artículo 75 del Código Penal, se solicita la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, multa de 15 % del perjuicio causado, 5 años y un día de inhabilitación absoluta para ejercer cargos u oficio públicos en su grado medio, accesorias legales, y costas”. (Sic)

Por su parte, la **acusación particular** de la querellante se funda en los siguientes hechos:

(...)

**SÉPTIMO: HECHOS NO CONTROVERTIDOS.** Que, en el juicio oral, no ha resultado controvertido que la encartada, **NICOLE ELIZABETH ESPINOZA SÁNCHEZ**, cobró, de la cuenta corriente banco Santander N° 3795477 de la I. Municipalidad de Los Ángeles Fondos de Educación, tres cheques, el primero N° 143029 de fecha 1 de junio de 2015 por la suma de \$615.000.-, el segundo N° 143337 de fecha 10 de junio de 2015, por \$267.750.- y el tercero N° 143592 de fecha 2 de julio de 2015, por la suma de \$1.710.000.-, todos girados a su nombre, estampando en cada uno de ellos su firma y número de cédula de identidad, documentos que le fueron entregados para su cobro, por el entonces empleado municipal, Boris Martínez Zúñiga.

La conclusión asentada en el párrafo anterior, se alcanza considerando no sólo las afirmaciones de los acusadores y de la defensa en sus alegatos de inicio y clausura, sino que también, los dichos de la acusada y la prueba de cargo y testimonial de la defensa.

Al inicio del juicio, la **acusada, NICOLE ELIZABETH ESPINOZA SÁNCHEZ**, renunciando a su derecho a guardar silencio, declaró y sostuvo que, el año 2015, se trasladó desde el campo a la ciudad de Los Ángeles a estudiar, inscribiéndose en el instituto profesional AIEP, donde conoció a Boris Martínez Zúñiga, siendo compañeros de estudios y de trabajos grupales y es así como, en tres ocasiones distintas, cobró en el banco Santander,

por caja, tres cheques, uno en cada oportunidad.

En ese mismo tenor, en estrados declaró como **testigo** de cargo, la policía **Arlette Parra González**, quien participó en la investigación, refiriendo que dentro de las diligencias encomendadas por el fiscal, pudo determinar la relación entre Boris Martínez y Nicole Espinoza, estableciendo, así, su vínculo al ser compañeros del instituto AIEP en el año 2015, según se exhibió en el cuadro ilustrativo sobre los vínculos entre los investigados, elaborado por ella e incorporado como prueba documental, cuestión que fue también corroborada por otra de las investigadas, Giselle Ríos, a quien también la inspectora de la BICRIM Parra González tomó declaración y quien le refirió que había sido compañera de Boris en el AIEP el año 2015, información que se refrenda, a su vez, con el oficio del Instituto AIEP Los Ángeles, de 27 de marzo de 2018, en el que se informa que la acusada Nicole Espinoza, Giselle Ríos y Boris Martínez, cursaron la carrera de técnico en trabajo social el año 2015, incorporado como prueba documental de cargo, pudiendo concluirse sobre la veracidad de ser la enjuiciada compañera de estudios de Martínez el año 2015, época de ocurrencia de los hechos.

De su lado, la misma policía Parra expuso sobre el relato entregado por Boris Martínez al participar en la toma de declaración ante el fiscal, exponiendo que él declaró

haber contactado a su compañera de instituto, Nicole Espinoza, pidiéndole el cobro de cheques.

Dichos testimonios también fueron ponderados en lo pertinente y contrastados con prueba **documental y evidencia, testimonial y pericial** rendida por los acusadores.

Respecto de la evidencia, se incorporaron los tres cheques de la Municipalidad de Los Ángeles, cobrados por la acusada, girados a su nombre: **uno**) cheque N° 143039, de fecha 1 de junio de 2015, por la suma de \$615.000.-, con una firma que resultó, tras la pericia caligráfica, ser la suya y el número de RUT de la acusada en el reverso del documento; **dos**) cheque N° 143337, de fecha 10 de junio de 2015, por la suma de \$267.750.- con una firma que resultó, tras la pericia caligráfica, ser la suya y el número de RUT de la acusada en el reverso del documento; y **tres**) cheque N° 143592, de fecha 2 de julio de 2015, por la suma de \$1.710.000.-, con una firma y huella dactilar en el reverso del documento que resultaron, tras las pericias caligráficas, ser las suyas.

Sobre el punto, el **perito caligráfico, Poul Yáñez Zambrano**, expuso en juicio su informe caligráfico N° 184 y concluyó que cada una de las tres firmas de cancelación en los tres cheques periciados son auténticas de Nicole Espinoza Sánchez, pericia que pareció concluyente al tribunal al explicar el profesional el método grafoscópico empleado para analizar los trazados y las características de las mismas, presentes en cada una

de las rúbricas, dando cuenta del manejo y experticia en su arte que permiten alcanzar la convicción transcrita a los juzgadores por la precisión y claridad de su exposición.

De su lado, la **perito caligráfico, Ximena Hermosilla Díaz**, depuso sobre su informe dactiloscópico y/o huellográfico, refiriendo que tras la inspección ocular del cheque del banco Santander N° 0143592 992, de fecha 2 de julio de 2015, a nombre de Nicole Espinoza Sánchez, por la suma de \$1.710.000.-, en cuyo reverso se aprecia una huella digital estampada con tinta negra, pudo concluir, tras el cotejo dactiloscópico de las impresiones de la acusada obtenidas del sistema biométrico del Registro Civil e Identificación, que la impresión digital estampada en el cheque referido, corresponde al dactilograma del dedo pulgar derecho de la encartada Espinoza Sánchez. Esta pericia también pareció concluyente al tribunal al explicar la profesional que se perició con elemento óptico especial, constatando que la huella sometida a examen reunía los puntos característicos mínimos necesarios para establecer una identidad dactiloscópica y también fue identificada sobre la clave chilena de 14 valores, como una presilla externa normal, dando cuenta así del manejo y experticia en su arte.

En lo pertinente, la **perito contable Sandra Cristina Noche Soto**, depuso sobre su informe pericial contable N° 08/2018, de 12 de marzo de 2018 y refirió que sometió a su examen, copia de 41 cheques de

la Municipalidad de Los Ángeles, correspondientes de dos cuentas corrientes, una del Corpbanca y otra del Santander, con la finalidad de determinar cuánto sumaban los documentos y a quiénes estaban girados, refiriendo que los cheques de las cuentas de la municipalidad de Los Ángeles, Fondo de Educación estaban girados, entre otros, tres de ellos a nombre de Nicole Espinoza Sánchez, nominativos y cobrados en el año 2015, el primero de fecha 1 de junio de 2015 por la suma de \$615.000.-, el segundo de fecha 10 de junio de 2015, por \$267.750.- y el tercero, de fecha 2 de julio de 2015, por la suma de \$1.710.000.-

Así, las tres pericias rendidas permitieron alcanzar la convicción a estos juzgadores que Nicole Espinoza Sánchez cobró los cheques referidos, estampando incluso en uno de ellos su huella digital en el reverso del documento, sin que haya duda alguna entonces que ella desplegó la conducta de cobro que se le imputa en la acusación fiscal.

También el **testigo** de la defensa, **Francisco Llanos Espinoza**, declaró sobre su participación en la toma de declaración de la imputada Espinoza Sánchez, durante la etapa de investigación, quien expuso en el mismo tenor de lo declarado en la audiencia de juicio, esto es, que la acusada le dijo que entre junio y julio de 2015, cobró los cheques a nombre de ella y que luego le entregaba el dinero a Boris Martínez.

Para concluir, el **testigo Fredy Soto**, en lo pertinente, dio cuenta de los

documentos girados a nombre de la acusada y cobrados por ella, N° **143039**, de 1 de junio de 2015, por \$615.000.-, N° **143337** de 10 de junio de 2015, por \$267.750.- y N° **143592** de 2 de julio de 2015 por \$1.710.000.-, dando razón de sus dichos, refiriendo que tras el descubrimiento del primer cheque adulterado respaldado en el decreto de pago N° 3555 y que fue cobrado por Juan Gacitúa y tras la revisión de los otros cheques y su documentación respaldante – en los decretos de pago N° 2861 y 3077 que ordenaban el pago de los mentados cheques– contrastados con la información del banco revisada desde el municipio, sobre la identidad de las personas que cobraron los mismos en el banco Santander, se pudo advertir el engaño sublite.

El **testigo Jaime González**, sobre el mismo punto, declaró de manera concordante con Fredy Soto, del hallazgo de éste, quien le informa que detectaron un cheque que no se correspondía con el nombre, y que se trataba de cheques caducados a proveedores, verificando el problema en la oficina de Soto. Indica que ambos revisaron un listado de cheques caducados, comparándolos con la cartola del banco y encontraron una cantidad de cheques que no coincidían los nombres de quienes figuraban registrados en la contabilidad del DAEM. Su relato cobra relevancia y veracidad pues dijo que él firmó los documentos y pudo reconocer su firma en ellos, acudiendo a la PDI para verificar si

la firma era de él, reconociéndola en particular en el cheque N° 143337 cobrado por Espinoza Sánchez.

Así, todos los antecedentes referidos en el presente considerando, permiten arribar a la conclusión anotada en cuanto a los hechos no controvertidos del presente juicio pues las afirmaciones de los acusadores y de la acusada encuentran su correlato en la prueba rendida en juicio.

**OCTAVO: HECHOS CONTROVERTIDOS.** Que, dándose por no discutido que la acusada **Nicole Elizabeth Espinoza Sánchez**, en los meses de junio y julio de 2015, cobró tres cheques de la I. Municipalidad de Los Ángeles, girados a su nombre, estampando en cada uno de ellos su rúbrica y número de cédula de identidad, documentos que le fueron entregados para su cobro por el entonces empleado municipal, Boris Martínez Zúñiga, resultando tales instrumentos mercantiles ser falsos ideológicamente, al haber sido extendidos a nombre de la acusada y no de los proveedores acreedores de la Municipalidad de Los Ángeles, tal como lo adelantaran los intervinientes en sus alegatos de apertura, el debate sobre la cuestión de fondo se centró, en resumen, en los siguientes puntos:

**1°.- La tesis del favor.** La defensa sostuvo que la acusada no cometió ilícito alguno pues cobró los cheques sub iudice, para hacerle un favor a su compañero de estudios, Boris Martínez Zúñiga, ignorando el fraude fraguado por él.

**2°.- Falta de la concurrencia de los elementos normativos del tipo penal de fraude al Fisco,** considerando que la encartada no posee la calidad de funcionario público, sujeto activo a quien va dirigido el reproche de la conducta. Coautoría del artículo 15 N° 3 del Código Penal.

**3°.- Concurso medial del delito de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso.**

**NOVENO: TESIS DEL FAVOR.** Que, como se dijo, la defensa centró sus alegaciones, en primer término, en que Nicole Espinoza Sánchez no defraudó al Fisco ni cometió delito alguno pues la conducta que ella desplegó, se limitó a cobrar tres cheques para hacerle un favor a su compañero de estudios, Boris Martínez Zúñiga, desconociendo cualquier maquinación o engaño planeado por él.

Así, para probar su teoría de defensa, se valió del testimonio de **Francisco Llanos**, policía que fue testigo de la toma de declaración de la acusada en la etapa de investigación, quien refirió que la encartada, en lo pertinente, señaló que el 2015, entró a estudiar en AIEP donde conoció a Boris Martínez Zúñiga como compañero y él le contó que trabajaba en DAEM de la ciudad; que Boris le había pedido a ella que le fuera a cobrar unos cheques porque no tenía tiempo, cobrando, en junio y julio del mismo año, los cheques a nombre de ella y que luego le entregaba el dinero a Boris Martínez; que nunca recibió dinero

por ello y que fue sólo un favor; que Boris le pedía que ella fuera a retirar el dinero y que él la esperaba afuera del banco donde se lo entregaba porque era un hombre ocupado, que no tenía tiempo para hacerlo. El testigo refirió que le llamó la atención que Nicole Espinoza no tuviera conocimiento de cómo usar los cheques según lo que misma ella le indicó.

De este modo, estos juzgadores entienden que para sustentar la tesis del favor, se cuenta únicamente con la versión de la encartada, en la etapa de investigación y en la audiencia de juicio, ya que el testigo que se presentó no hace sino que repetir en estrados los dichos de aquélla en sede fiscal.

El resto de la prueba de la defensa se limitó a cuatro documentos que reflejan el movimiento de las cuentas bancarias abiertas a nombre de Nicole Espinoza, que a la época de los hechos, no tuvieron mayores movimientos: el oficio de 5 de octubre de 2016, del Banco Estado del que se desprende que Nicole Espinoza Sánchez abrió cuenta RUT vigente el 5 de julio de 2010; el estado de movimiento bancario de la cuenta RUT Banco Estado de la acusada, de 2015 el oficio de 16 de marzo de 2018, del Banco Falabella en el que se refiere que no puede entregar información porque la cuenta perteneciente a la acusada no registra movimientos entre mayo a agosto de 2015; y la cartola histórica de cuenta vista Banco Falabella de la acusada, que entre marzo y agosto de 2015, no registra movimientos.

Estos antecedentes probatorios permiten afirmar solamente que la acusada no tuvo otros abonos de dinero que los que se reflejan en la cartola de su cuenta en el banco Estado, esto es, uno en marzo de 2015 por \$45.000.- y otro en abril del mismo año, por \$30.900.-

Sin embargo, pretender fundar la tesis del favor con estos documentos y el testimonio de Llanos, a juicio de estos sentenciadores, resulta totalmente insuficiente, pues como se dijo, la declaración del policía Llanos da cuenta de la declaración de la misma enjuiciada y los documentos aludidos no conducen a conclusiones unívocas y concluyentes sobre lo que se quiere probar, pues solo demuestran la ausencia de depósitos de dinero en sus cuentas bancarias, por lo que la teoría de defensa deberá ser desechada por falta de prueba.

En relación a lo mismo, la defensa insistió en la falta de ánimo de lucro por parte de su defendida, ya que según sus dichos y lo señalado por Boris Martínez a la policía, él se quedaba con todo el dinero. Que más allá de considerar que aquella autoinculpación pudiera estar premeditada, lo cierto es que –como dijo la parte querellante– el ánimo de lucro no formaría parte del tipo penal de fraude al Fisco, por lo que dicha alegación carece de la trascendencia pretendida por la defensa. El tribunal por tanto deberá abocarse al análisis de la conducta de la encartada para determinar en definitiva si ella se ajusta al tipo penal por el cual es perseguida y si ésta debe ser sancionada por ella.

**DÉCIMO: SOBRE EL DELITO DE FRAUDE AL FISCO.** Que, habiéndose descartado la tesis del favor, planteada por la defensa, cabe hacer un análisis de la imputación de los acusadores del delito de fraude al Fisco dirigida en contra de Nicole Espinoza Sánchez.

Se sostuvo por el fiscal y el querellante que los tres cheques banco Santander de la municipalidad de Los Ángeles cobrados por la acusada entre junio y julio de 2015, en esta ciudad – **hechos no discutidos**–, tienen su origen y correlato, en la emisión fraudulenta de los mismos, dirigida y concretada por Boris Martínez Zúñiga, funcionario del referido municipio, por lo que se dividirá el análisis de los hechos en dos capítulos: el primero, protagonizado por Boris Martínez Zúñiga y el segundo, en el que participa la acusada, Nicole Espinoza Sánchez.

### **I. Intervención de Boris Martínez Zúñiga.**

Para probar la génesis, desarrollo y consumación de la defraudación fiscal y determinar su autor principal, los acusadores rindieron prueba testimonial, documental, pericial y evidencia material.

Los **testigos Fredy Soto y Jaime González**, funcionarios públicos de la unidad de Contabilidad del Departamento de Educación Municipal (DAEM) de la I. Municipalidad de Los Ángeles, explicaron en estrados, de manera clara y conteste, que:

1°.- Boris Martínez Zúñiga se desempeñaba como administrativo en el DAEM a la época de los hechos, siendo subalterno de ambos.

2°.- Entre las labores funcionarias de Martínez Zúñiga, se encontraba la confección de los decretos de pago fundantes de los cheques que se emitían para pagar a los proveedores del departamento de educación comunal.

3°.- El pago a los proveedores era mediante cheque y para su emisión, entre otra documentación fundante, era necesaria la confección de un decreto de pago del DAEM.

En las glosas de todo decreto de pago se plasmaban: la identidad del proveedor con su nombre y RUT, la suma a pagar, la naturaleza de los bienes o servicios que se estaban pagando, la orden de contabilizarse a una cuenta determinada por la denominación correspondiente, visado con firmas y timbres del personal autorizado.

En el pie del decreto de pago, se consignaban, entre otros, el número de la cuenta corriente del banco de la municipalidad, el número de cheque y su fecha.

La confección de los decretos de pago estaba a cargo de Boris Martínez Zúñiga y aquéllos requerían, para cumplir su fin, de una cadena de firmas; Boris Martínez entregaba el decreto de pago a su jefe directo –jefe de Contabilidad, Fredy Soto– quien lo dirigía al jefe de Finanzas, Jaime González, quien, a su vez, tras la revisión de



la documentación respaldante del decreto de pago, lo presentaba a la jefe de Administración y Finanzas, Magdalena Vidal, luego, pasaba a la firma del director comunal, Carlos Lang, para luego pasar por el visto bueno del secretario municipal, Carlos Mellado y finalmente, por el de la directora de Control de la municipalidad, Sandra Pacheco.

Con las rúbricas de los mencionados funcionarios, el decreto de pago volvía a manos de Boris Martínez para la emisión del cheque, quien recogía ahora las firmas de los empleados del DAEM autorizados para el giro de cheques, Jaime González y Ramiro Acuña.

Los cheques se mantenían para su entrega por sesenta días - tiempo de vigencia de los mismos- y, en caso de no ser retirados por los acreedores, se procedía a caducar el documento, reingresándolo contablemente a las arcas municipales, para en su oportunidad y a petición del proveedor respectivo, emitir un nuevo decreto de pago y un nuevo cheque, a fin de cancelar la deuda.

Así lo explicaron de manera conteste, los testigos Soto y González, entendiéndose que, con sus testimonios revestidos de credibilidad por ser precisos y concordantes tanto en sus generalidades como en sus particularidades, el tribunal adquirió la convicción que el proceso administrativo de confección de cheques se explica de la manera anotada más arriba.

Ello también por cuanto se tuvieron a la vista como evidencia material,

los decretos de pago números 3555, 2861 y 3077, los cheques números 143039, 143337 y 143592 y el oficio N° 3337 de fecha 25 de octubre de 2016 remitido por el director comunal del DAEM de Los Ángeles a la fiscalía local de esta comuna, por el que se envían los estados de movimientos bancarios de las cuentas corrientes de los bancos Santander y Corpbanca de la I. Municipalidad de Los Ángeles Fondos de Educación, decretos de pago y sus antecedentes utilizados en las operaciones fraudulentas indagadas, nombres de las personas que firmaron cada uno de los decretos de pagos y sus cargos y los decretos de pagos originalmente generados.

También, se escuchó al **perito caligráfico Poul Yáñez Zambrano**, quien explicó el examen realizado a las rúbricas de Jaime González y Ramiro Acuña y la forma en que con su arte, pudo concluir científicamente que las anotadas en los cheques peritados, lo fueron por los funcionarios nombrados.

De este modo, de la prueba de cargo analizada en los párrafos que anteceden, se obtiene corroboración de la información proporcionada por los testigos de cargo Soto y González, dando fuerza entonces a sus testimonios por no haber contradicciones o imprecisiones entre éstos y aquéllos.

5°.- Manteniéndose en los archivos de la oficina de Contabilidad del DAEM, los cheques caducados por haber transcurrido el plazo

de sesenta días para su cobro, Boris Martínez emitió cheques de reemplazo de aquéllos pero a nombre de terceros no acreedores del municipio, entre ellos, la acusada, sacando la firma autorizada del jefe de Finanzas, Jaime González, quien, omitiendo una revisión exhaustiva de la documentación respaldante de esta nueva operación, en especial, de los decretos de pago presentados por Martínez, estampó su firma en los cheques aludidos al igual que la segunda firma autorizada para giro de cheques de Ramiro Acuña.

Esta conducta también se logra comprobar con la declaración testifical de Fredy Soto, Jaime González y Arlette Parra.

La policía **Arlette Parra** expuso en estrados haber sido testigo de la declaración de Boris Martínez y refirió que “su fraude consistía en que él sabía de la existencia de cheques caducados para pago a proveedores, porque ellos no los retiraban a tiempo, caducaban y cuando los iban a pedir, podía revalidarlos poniendo el nombre de otra persona. Después de generar los decretos, los emitía a nombre de personas que él conocía y los contactaba para cobrarlos”. La misma testigo refirió que en las diligencias investigativas realizadas por ella, revisó el computador (CPU) de Boris Martínez que se encontraba en las oficinas municipales, obteniéndose información que aquél mantenía archivada, entre ella, una planilla con número de cheques, montos y valores y figurando, entre otros, el nombre de Nicole Espinoza, el número y el monto del cheque N°

143139 por \$615.000.-, documento incorporado en el juicio mediante su exhibición.

En similar sentido, declaró Jaime González quien expuso en la audiencia de juicio, la forma en que fue engañado, artimaña que se pudo concretar por no haber él revisado la documentación que Martínez le presentaba para obtener su firma, alegando apuro por el supuesto cobro de los proveedores originales, emitiendo así los referidos cheques con las firmas verdaderas de los funcionarios autorizados valiéndose de decretos de pago adulterados y generados por Martínez, con apariencia de veracidad pero sin firma, lo que le permitió, en suma, llevar a cabo la conducta engañosa analizada.

En el mismo tenor, declaró Fredy Soto, jefe directo de Martínez, quien descubrió su ardid, escuchando casualmente una conversación entre éste y otro funcionario –Mauricio Herrera–, quien le pedía a aquél un cheque de un proveedor, llamando su atención la respuesta entregada por Martínez, quien dijo “que se le había perdido” y, a su vez, las palabras cruzadas entre Fabricio –funcionario a cargo de la cuenta corriente del banco Corpbanca de los fondos CEP– y Boris Martínez, quien lo encaraba al decirle que “cómo podía haber perdido el cheque si lo había girado esa mañana”.

Según explicó Soto, estos parlamentos lo motivaron a revisar en el sistema, el cheque faltante y gracias a la imagen del documento

obtenida del sistema –entendiendo por tal la página web del banco pudo apreciar el cheque falso cobrado por un sujeto no proveedor del DAEM, quedando en evidencia el timo de Martínez.

En exacto sentido, también declaró González quien explicó cómo fue alertado por Soto de su hallazgo y cómo es que juntos, revisan el sistema computacional y confirman el engaño.

Los testimonios señalados en los párrafos anteriores, relacionados con la documental, evidencia y pericial también ya referida más arriba, permiten alcanzar la convicción sobre la intervención y participación directa de Boris Martínez Zúñiga en la defraudación fiscal cometida por éste.

Sobre la relación contractual de Boris Martínez Zúñiga con el DAEM de Los Ángeles (y su calidad funcionario público), sin perjuicio de no ser un hecho discutido por los intervinientes, se rindió, además de **prueba testimonial** consistente en la declaración de Jaime González y Fredy Soto quienes refirieron de manera conteste ser los superiores de Martínez en el departamento de Contabilidad comunal, **documental:** contrato de trabajo de Boris Martínez y sus anexos, de los que se desprende que a la época investigada, esto es, entre junio y julio de 2015, desempeñaba la función de administrativo en la Dirección Comunal de Educación, contrato de carácter indefinido, tocándole efectuar todas aquellas labores y demás actividades que emanen de

la naturaleza de tales servicios y que estén directa o indirectamente relacionadas con él...”; liquidaciones de sueldo entre los meses de julio de 2014 y julio de 2015; y la copia de carta de renuncia voluntaria de Martínez Zúñiga de fecha 29 de julio de 2015 dirigida al DAEM de Los Ángeles. Todos estos documentos dan cuenta de la relación laboral de Boris Martínez como empleado público de la dirección comunal de educación de la I. Municipalidad de Los Ángeles.

Corresponde ahora abocarse al análisis del capítulo referido a la conducta de la acusada.

## II. Intervención de Nicole Elizabeth Espinoza Sánchez.

Sobre el punto, cabe recordar que el tribunal estableció como hechos no controvertidos que la encartada cobró de la cuenta corriente banco Santander N° 3795477 de la I. Municipalidad de Los Ángeles Fondos de Educación, tres cheques, el primero N° 143029 de fecha 1 de junio de 2015 por la suma de \$615.000.-, el segundo N° 143337 de fecha 10 de junio de 2015, por \$267.750.- y el tercero N° 143592 de fecha 2 de julio de 2015, por la suma de \$1.710.000.-, todos girados a su nombre, estampando en cada uno de ellos su firma y número de cédula de identidad, documentos que le fueron entregados para su cobro, por el entonces empleado municipal, Boris Martínez Zúñiga.

Así, habiendo dado contexto a la conducta de Nicole Espinoza, con el

actuar acreditado de Boris Martínez, ahora corresponde pronunciarse sobre el reproche penal de la conducta desplegada por aquélla, ya que, como se dijo, la tesis del favor no fue atendida por el tribunal por falta de prueba de la defensa.

Alegó la defensa que Nicole Martínez se limitó a cobrar los cheques que le entregó Martínez desconociendo el fraude planificado por él, sosteniendo su alegación en que no pudo tener conocimiento de su plan, por cuanto ella, proveniente del campo, con privación cultural, recién llegada a la ciudad de Los Ángeles, jamás había visto un cheque por lo que desconocía incluso como cobrarlos, siendo Martínez quien la instruye a dirigirse al banco, estampar su firma y presentarlo en caja para cobro.

Con esta argumentación, pretende la defensa justificar la falta de intención en su representada en los delitos que se le imputan en la acusación.

Sin embargo, no se acreditó mediante prueba alguna, dicha argumentación. De ahí que el tribunal debe ponderar sus dichos con la prueba rendida en juicio.

Y es aquí cuando el tribunal, tras el análisis fáctico de la conducta, concluye que el desconocimiento sustentado por la acusada, no resulta plausible.

Al no haber probado la defensa la supuesta privación cultural o incapacidad de la encartada para representarse el injusto de su actuar, no cabe sino concluir, pues tampoco hay más elementos para suponer lo con-

trario, que Nicole Espinoza Sánchez, tiene el conocimiento del hombre medio, considerando especialmente, que a la época de los hechos, cursaba estudios técnicos superiores en el instituto profesional AIEP. Así, la circunstancia de provenir de una zona rural –cuestión que no fue acreditada de modo alguno– ello, no la coloca en una situación de incapacidad para conocer el injusto de su obrar, punto relacionado con la culpabilidad requerida para ser sancionada penalmente.

Como lo sostiene Mezger, para la configuración de la culpabilidad, se necesita tener conciencia que el hecho es injusto conforme a una “valoración paralela en la esfera de lo profano”, o sea, el sujeto debe apreciar que su actuar es contrario al ordenamiento jurídico aunque no esté en situación de encuadrarlo en una norma legal particular.

Ese conocimiento por parte de Nicole Espinoza Sánchez, en el caso sublite, se deduce de manera lógica y sin contravenir las máximas de la experiencia, de un conjunto de elementos fácticos:

1°.- Los cheques de la Municipalidad de Los Ángeles cobrados por Espinoza, estaban girados a su nombre, teniendo conocimiento cierto que ella no era acreedora del referido municipio. En la parte superior central de los cheques cobrados, se leía en mayúsculas **“MUNICIPALIDAD DE LOS ÁNGELES FONDOS DE EDUCACIÓN”**, es decir, pudo conocer de manera cierta que los documentos eran de

esa institución pública; sabía que la referida municipalidad no le debía suma de dinero alguna, por ende, no cabía sino preguntarse por qué los documentos venían a su nombre, en circunstancias que Boris Martínez le dijo que necesitaba que le cobrara unos cheques propios porque él no tenía tiempo de hacerlo.

2°.- Nicole Espinoza tuvo tiempo para revisar los cheques, pues, según ella misma dijo, en el trámite de cobro en el banco, se tardó, en cada oportunidad, una hora aproximadamente, teniendo entonces la ocasión para hacer no una sino varias lecturas de los cheques que tenía en sus manos.

3°.- Fueron tres las ocasiones en que la encartada actuó de la misma manera, cuestión relevante ya que podría haberse eventualmente presumido su ignorancia si hubiera sido sólo una, sin embargo, tal como ella declaró, en las tres ocasiones, su proceder fue el mismo.

4°.- Las supuestas excusas entregadas por Boris Martínez para pedirle el cobro de los cheques, que estaba muy ocupado, que no tenía tiempo ni para almorzar, se contradicen con los dichos de la enjuiciada quien refirió que en una de las oportunidades, mientras ella cobraba el cheque, Martínez había ido a “pagar unas cuentas de Entel”, lo que pugna con la supuesta falta de tiempo para cobrar el mismo los documentos.

5°.- Los montos de los cheques y las fechas de cobro de los mismos: el 1 de junio de 2015 cobró un cheque por \$615.000.-, nueve días

después, el 10 de junio del mismo año, cobra un cheque por \$267.750.- y a los veinte días, el 2 de julio de 2015, cobra un tercer cheque por \$1.710.000.-, lo que a cualquier persona común le habría parecido al menos sospechoso, lo que también pudo ser advertido por la acusada quien declaró que le habría dicho a Martínez, con el tercer cheque “que estás ganando buena plata” y que él le habría replicado que “le debían algo, que había quedado pendiente un monto por pagar y ahora se lo estaban pagando, se lo debían de su trabajo”, excusas que tienen escaso sustento, por los montos cobrados y por el corto tiempo que medió entre cada una de las fechas de cobro.

6°.- Las circunstancias ambientales que circundaron el cobro de los cheques: Espinoza y Martínez se reunían en la calle, no en las dependencias del municipio, tanto al momento de entregarle Martínez el documento para cobrar como una vez que ya lo había cobrado Espinoza. Dicha circunstancia se contrapone también a la supuesta falta de tiempo que tenía Martínez para él mismo hacer el trámite, pues él salía de su lugar de trabajo, durante su jornada laboral –como dijo la enjuiciada ella se dirigió a eso de las 13:00 horas al banco– para luego volver a ausentarse para ir a recibir el dinero, lo que resulta del todo contradictorio con esa supuesta falta de tiempo en la que fundó la intervención de Espinoza.

Por tanto, no es posible sustentar ignorancia de Nicole Espinoza en su actuar ni un error de prohibición,

entendiéndose por tal, sintéticamente, en que actuó con la convicción de que su conducta era lícita.

De este modo, habiendo dado por acreditadas las conductas tanto de Boris Martínez como de Nicole Espinoza, estos sentenciadores entienden que dichas acciones se hallan estrechamente vinculadas entre sí, pues sin las artimañas realizadas por Martínez no se habrían obtenido los cheques y sin los cheques y sin el cobro realizado por Espinoza, no se habría ocasionado perjuicio a las arcas municipales, de manera tal que este actuar mancomunado, se enmarca en la figura típica de fraude al Fisco, sancionada en el artículo 239 del Código Penal que dispone que “El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio a máximo”.

De la simple lectura de la norma en comento y con el análisis de los hechos que se tuvieron por no controvertidos y aquéllos que lo fueron pero se dieron por acreditados con la prueba de cargo y la propia declaración de la acusada, es posible concluir que estamos en la hipótesis planteada por el artículo 239 transcrito, por cuanto, en los hechos, Boris Martínez Zúñiga al tiempo de ocurrencia de los hechos, era empleado municipal y que justa-

mente en el ejercicio de su función, en concreto, la confección de decretos de pago municipales y la emisión de cheques para pago de proveedores del DAEM angelino, defraudó al municipio donde trabajaba, emitiendo cheques a nombre de terceros no proveedores del departamento comunal, traducándose en una disminución del patrimonio fiscal, de un total de \$13.489.254.- y en particular, de \$2.592.750.- cobrados por la acusada, como lo afirmó el **perito contable Sandra Noche Soto** al exponer su pericia, la que por su simplicidad, pudo ser comprendida fácilmente por estos sentenciadores, al tratarse de la lectura e interpretación de los instrumentos mercantiles de cotidiano uso y de simples operaciones aritméticas básicas, sumando todos los montos de los cheques sometidos a examen y que fueron, como lo dijo, efectivamente cobrados, lo que también se acreditó con los testimonios de Fredy Soto y Jaime González y la documental y evidencia material ya analizada, esto es, los cheques cobrados por la enjuiciada, los decretos de pago respectivos, entre otros.

De su lado, por todo lo razonado precedentemente, estos juzgadores alcanzaron la convicción que la participación que le cupo a Nicole Espinoza Sánchez fue de coautoría reglada en el artículo 15 N° 3 del código punitivo, por cuanto, con su conducta, es decir, cobrando los cheques girados a su nombre, facilitó a Martínez Zúñiga los medios con que se llevó a efecto el ilícito, que es justamente la participación regulada en la norma citada.

Lo anterior, por cuanto según se viene razonando, es del todo lógico concluir que sin la intervención de Nicole Espinoza, no se habría consumado el delito, en atención a que, para su consumación, es necesario que se origine una pérdida patrimonial a la municipalidad, cuestión que en los hechos, como se dijo, se generó.

Sobre el punto, **Enrique Cury Urzúa** sostiene que son coautores “quienes se han dividido la realización del hecho, en términos tales que disponen del condominio del hecho, sobre cuya consumación deciden en conjunto porque su contribución es funcional a la ejecución total”.

Afirma Cury que habrá coautoría cuando, por una parte, los intervinientes **obran con una voluntad común**, siendo indispensable por otra, que ellos realicen una **contribución que haga funcionar el plan común** de modo que si la retiran, éste fracasa pero, además, cada una de las contribuciones analizadas independientemente, es incapaz por si sola alcanzar la consumación del acto.

En el caso subjudice, puede advertirse que entre Boris Martínez y Nicole Espinoza existió una voluntad común que se ve plasmada no en un acuerdo expreso o escrito, sino que uno tácito, que se deduce de la naturaleza de la conducta de ambos y que se introdujo en el juicio por medio de la prueba rendida: Boris Martínez y Nicole Espinoza, a la época de comisión del ilícito, no sólo se conocían, sino que eran compañeros de estudios en el instituto AIEP de Los Ángeles; Nicole sabía

que Boris era empleado municipal. La acusada dijo que hacían trabajos y estudiaban juntos, de lo que puede deducirse lógicamente su conocimiento recíproco. La acusada cobró en tres oportunidades distintas, tres cheques y para hacerlo, se comunicaba con Boris por teléfono, vía WhatsApp, coordinándose previamente para que el primero le entregara los cheques a la segunda para su cobro, es decir, se concertaron para realizar la conducta, pactando el lugar de encuentro y la forma de actuar, en la vía pública, sin testigos conocidos que pudieran delatarlos, quedando de manifiesto la planificación previa entre ellos y, por ende, su voluntad común.

Cada uno se avocó a la realización de una fracción del plan, Boris Martínez, todo aquello que se materializaba al interior de las dependencias de su lugar de trabajo y Nicole Espinoza, afuera, en el banco Santander. Sin la ejecución de cada parte del plan, analizada por separado, no se habría consumado el fraude, por lo que cabe concluir que estamos frente a la figura de la coautoría del artículo 15 N° 3 del Código Penal.

#### **DÉCIMO PRIMERO: COMUNICABILIDAD DE LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO.**

Que, estrechamente vinculado con la participación que le cupo a la acusada en los hechos y atendida la naturaleza del delito de fraude al Fisco, al ser un delito especial, corresponde hacer el análisis que formó el núcleo central del debate en este juicio, esto es, la posibilidad

de comunicar la calidad del sujeto activo “funcionario público” de Boris Martínez (intraneus) a Nicole Espinoza Sánchez, que no tiene ni nunca tuvo dicha calidad (extraneus).

El delito de fraude al Fisco está regulado para proteger la correcta función pública y el patrimonio fiscal en el que se exige una calidad especial del sujeto activo y como tal, mayoritariamente por la doctrina, se califica como delito especial impropio pues si bien el tipo designa al autor con una calidad especial, puede ser cometido por cualquiera, agravando la penalidad si se comete por ese sujeto activo particular, existiendo una figura típica base aplicable a quienes no posean aquella calidad.

Sobre el punto, no hay consenso en la doctrina y existen diversas tesis y, a la luz de los argumentos vertidos en unas y otras, estos sentenciadores consideran aplicable la **teoría de la comunicabilidad extrema**, sostenida, entre otros, por los profesores Novoa y Garrido y que postula que el extraneus –el sujeto activo que no tiene la calidad de funcionario público– siempre responderá por el delito especial aplicable tomando en consideración principalmente:

1°.- La indivisibilidad del título de imputación. Por ser un hecho único que no puede ser considerado jurídicamente de diferente modo para cada uno de los que intervienen en él de manera conjunta.

2°.- Colaboración psicológica, pues el extraño que participa de la conducta delictiva del funcionario público,

se identifica y se incorpora con el hecho, cooperando a su producción, justificándose así el mismo trato que al intraneus.

3°.- La pena aplicable a los cómplices y encubridores, es accesoria a la aplicable al autor, por lo que dichos tipos de participación no tienen vida propia, son accesorios al hecho punible que comete el autor.

4°.- La ley penal, al regular un tipo especial como el delito de fraude al Fisco, da particular valor al bien jurídico protegido por lo que busca que no sea ejecutado ni por el sujeto calificado o intraneus ni por el extraneus o extraño no calificado.

5°.- No hay norma positiva que lo resuelva y el artículo 64 del Código Penal que regula la incomunicabilidad de las circunstancias modificatorias personales de responsabilidad penal, no es aplicable a materias como ésta que se relacionan con el tipo penal. Así, no existiendo norma legal que impida la comunicabilidad –como si la hay en materia de modificatorias– la regla general debiera ser la comunicabilidad. A favor de la tesis, se podría recurrir a la interpretación de la regla 4ª del artículo 61 del Código Penal, situación en la que la ley acepta de manera expresa la comunicabilidad pues aunque las penas se impongan en razón de circunstancias particulares, sólo se aplicarán al autor en quienes concurren, por ejemplo, en el caso de suspensión sólo al funcionario público.

6°.- Otra tesis provoca en la práctica lagunas de punibilidad que resultan



indefendibles. En el caso sublite, de interpretarse sobre la base de la teoría de la comunicabilidad limitada o derechamente la de la incomunicabilidad extrema, podría resultar impune una conducta que a todas luces se advierte reprochable, por no reunir las características propias del delito residual, en este caso, la estafa, si no se acredita la mise en scene.

Así también lo ha comprendido nuestra jurisprudencia, según se lee en el fallo dictado por la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 2321-2007 de fecha 19 de mayo de 2008, en la que se plasma el razonamiento anotado en los párrafos anteriores, de la siguiente manera: “Decimocuarto: Que a criterio de esta Corte Suprema, la calidad de funcionario público, en los delitos cualificados impropios, como lo es el fraude al Fisco, castigado en el artículo 239 del Código Punitivo, se comunican a los autores en que concurren, tanto si integran el tipo penal, como si no lo integran, quedando todos los partícipes regidos por la única figura penal aplicable.

Clave en esta reflexión resulta ser la determinación de si el tipo delictivo conserva o no su carácter de tal en el supuesto de eliminarse hipotéticamente la circunstancia personal de ser empleado público uno de los copartícipes, evento en el cual deberá concluirse que aquella integra el correspondiente tipo y, por tanto, se comunica a quienes estaban en conocimiento de ella”.

Es posible replicar el análisis del fallo transcrito al caso subjudice, por cuanto existe evidencia suficiente en el proceso, que Nicole Espinoza **tenía conocimiento** de la relación estatutaria que vinculaba a Boris Martínez Zúñiga, con la Municipalidad de Los Ángeles, presupuesto de comunicabilidad que debe considerarse concurrente, debiendo entonces ser sancionada por el delito de fraude al Fisco.

#### **DÉCIMO SEGUNDO: DEL DELITO REITERADO DE USO MALICIOSO DE INSTRUMENTO PRIVADO MERCANTIL FALSO EN CONCURSO MEDIAL CON EL DELITO DE FRAUDE AL FISCO.**

Que, los acusadores imputan a Espinoza Sánchez la comisión como autora, del delito reiterado de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso del artículo 198 en relación con el artículo 193 N° 1, 2 y 4, todos del Código Penal, en concurso medial con el delito de fraude al Fisco. Sobre este acápite de las acusaciones, cabe hacer mención al concepto que la doctrina ha dado a la institución del concurso de delitos cuando un sujeto ha ejecutado una pluralidad de hechos que analizados separadamente, configuran, por sí solos, delitos distintos o independientes, debiendo entonces, estarse a la independencia fáctica para determinar si estamos frente a un concurso real o ideal de delitos o ante un concurso aparente de leyes penales.

En el caso que nos convoca, los persecutores plantean la hipótesis del concurso medial de los delitos imputados, entendiendo que Boris Martínez y Espinoza Sánchez, para defraudar al Fisco, utilizaron como medio, los cheques falsos, configurándose así el concurso medial del artículo 198 del código del ramo.

**Que, en el caso sublite, en cada evento delictual de fraude cometido por la acusada y por Boris Martínez, se configuró un único hecho que estuvo integrado de diversas acciones, entre ellas, la ejecutada por Espinoza Sánchez y que consistió en el cobro de los cheques.**

Del análisis del contenido fáctico de la acusación y de lo que resultó acreditado, estos juzgadores estiman que se está en una situación de concurso aparente de leyes penales, esto es, como sostiene Cury, “cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas”.

En ese orden de ideas, continua Cury afirmando que lo que en realidad se plantea es un conflicto entre varias normas, cada una de las cuales parece adecuada en principio para normar el hecho, no obstante lo cual, es necesario determinar cuál es la que se adecúa de modo más preciso a todas las particularidades fácticas.

Para ello, la doctrina distingue cuatro principios que permiten resolver

este concurso aparente de leyes penales, el de la especialidad, de la consunción, de la subsidiariedad y el de la accesoriadad.

En el caso de autos, el tribunal ha estimado que resulta aplicable el principio de la consunción o absorción, pues éste postula que cuando el hecho parece ser captado por dos o más tipos, el disvalor delictivo que implica la ejecución de uno de ellos, contiene al que supone la realización del otro, y, por tanto, aquél absorbe a éste, desplazándolo.

Así es justamente como se entienden las conductas imputadas a Espinoza Sánchez, pues ella al cobrar los cheques –uso malicioso de instrumento mercantil privado falso– defraudó al municipio angelino – fraude al Fisco– y, por tanto, este último ilícito absorbe al primero, debiendo castigarse sólo por él. En este caso, no puede solucionarse el problema de concurso aparente de leyes penales con el principio de la especialidad, pues el delito del artículo 198 del código punitivo no es una especie del género fraude al Fisco, debiendo entonces preferirse el principio de absorción explicado.

De lo anterior, se concluye que el uso malicioso que le dio la acusada a los cheques, se subsumen en el hecho base, el fraude al Fisco, de lo contrario, otra interpretación resultaría injusta ya que se estaría castigando un hecho típico por dos delitos distintos, agravándose la sanción penal, en circunstancias tales que ya se le ha dado a la acusada la calidad de coautora del

delito de fraude al Fisco, figura penal más grave que la estafa u otras defraudaciones.

Por tanto, de acogerse la interpretación propuesta por el ministerio público y el querellante, se transgrediría el principio jurídico penal del **non bis in idem**, esto es, la prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho (en un juicio anterior o simultáneamente en el mismo juicio), el que si bien no está reconocido expresamente en nuestra carta fundamental ni en el código punitivo, (salvo por lo mencionado en el artículo 63) resulta vinculante por aplicación de los tratados internacionales que lo regulan y que han sido ratificados por Chile, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, ponderando con libertad los elementos de prueba producidos en el juicio oral, unidos a la declaración de la inculpada, este tribunal ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, que se encuentran acreditados los siguientes hechos:

**Que, durante el año 2016, Boris Martínez Zúñiga se desempeñó como funcionario de la Dirección Comunal de Educación de la Municipalidad de Los Ángeles, teniendo como funciones, entre otras, la ejecución del proceso de pago a proveedores de dicha Dirección Comunal, proceso dentro del cual se contemplaba la confección**

**de los cheques que se emitían en pago a dichos proveedores, con cargo a la cuenta corriente fiscal N° 3-79549-7, Banco Santander, de la Municipalidad de Los Ángeles Fondos de Educación.**

**En estas circunstancias, Boris Martínez Zúñiga, percatándose que existían cheques emitidos con cargo a la referida cuenta corriente en favor de diversos proveedores, que no habían sido cobrados y que ya estaban caducados, procedió, entre junio y julio de 2015, a verificar los antecedentes de generación de dichos cheques contenidos en los respectivos decretos de pago, para luego acto seguido, generar en el sistema computacional unos cheques nuevos y falsos, llenados con datos y montos que no tenían respaldo real en ningún acto, operación o documento generado ni vinculado a la Dirección Comunal de la Municipalidad de Los Ángeles, generándolos esta vez Martínez Zúñiga a nombre de Nicole Espinoza Sánchez, quien no era proveedora ni tenía ningún vínculo con la referida Dirección Comunal de Educación, sino que era cercana y de confianza del Martínez Zúñiga, generando Martínez Zúñiga en forma fraudulenta, a nombre de aquélla, los cheques de la cuenta corriente fiscal N° 3-79549-7, Banco Santander, de la Municipalidad de Los Ángeles Fondos de Educación, serie N° 0143039 442, fechado al 1 de junio de 2015, por la suma de \$615.000.-; serie N° 0143337 695, fechado al 10 de junio de 2015, por la suma de**

\$267.750.-; y serie N° 0143592 992, fechado al 2 de julio de 2015.

Una vez generados estos cheques falsos y obtenida por Martínez Zúñiga la firma de los mismos por parte de sus superiores, Boris Martínez Zúñiga, consintiendo en este fraude al patrimonio de su empleadora y previamente concertado con Nicole Espinoza Sánchez, le entregó a ella los referidos documentos a su nombre, cheques los cuales fueron cobrados el 1 de junio, 10 de junio de 2015 y el 2 de julio, todos de 2015, por caja bancaria, por la imputada Nicole Espinoza Sánchez, logrando Martínez Zúñiga y Espinoza Sánchez, mediante esta dinámica, obtener de la Municipalidad de Los Ángeles el pago de estas prestaciones improcedentes, consiguiendo sacar el dinero desde las arcas municipales, según el plan delictivo trazado.

El monto total defraudado conforme a los hechos imputados ascendió en total a la suma de \$2.592.750.-.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, las conclusiones fácticas reseñadas en la motivación anterior, encuentran firme sustento, a juicio de estos sentenciadores, en la prueba de cargo aportada y que fue más arriba latamente analizada y constituyen tres delitos consumados de Fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal, correspondiéndole participación a la encausada, en cada uno de ellos, en calidad de coautora del artículo 15 N° 3 del cuerpo legal citado.

(...)

**DÉCIMO SÉPTIMO: MEDIA PRESCRIPCIÓN.** Que, para determinar la base de cálculo de la pena a imponer a la encausada, corresponde decidir sobre el reconocimiento de la media prescripción.

De conformidad al artículo 95 del Código Penal, el término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito y conforme al artículo 94 del Código Penal, la acción penal prescribe, respecto de los simples delitos en cinco años, cuyo es el caso de delito sublite, por sancionar el artículo 239 del Código Penal, el delito de fraude al Fisco, con presidio menor en sus grados medio a máximo, conllevando una pena de simple delito que prescribe entonces en cinco años.

La discusión se plantea en relación con la determinación del momento que se produce la suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal.

La fiscalía alude con lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal que indica que se suspende desde que el procedimiento se dirige en su contra y conforme al artículo 7° del Código Procesal Penal, se tiene la calidad de imputado desde que se realiza la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, entendiéndose como tal cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, estimando el persecutor

que aquello se habría materializado el 26 de agosto de 2015, con la interposición de la querrela en contra de Martínez y de aquellos que resulten responsables, o en su defecto, el 23 de octubre del mismo año, al disponer diligencias de investigación, en contra de la encartada Espinoza Sánchez, al requerir que esta fuera ubicada, lo que reiteró el 4 de octubre de 2016.

Si bien existen pronunciamientos jurisprudenciales en orden a acoger la tesis planteada a que no solo la formalización produce el efecto de suspender el término de prescripción sino que también la querrela, la Corte Suprema se ha pronunciado en dicho sentido, cuando la querrela ha sido dirigida en contra determinada persona, desde que de conformidad al artículo 172 del Código Procesal Penal, es uno de los medios idóneos para iniciar la investigación de un hecho que revistiere los caracteres de delito pues en dicho libelo se indica una relación circunstanciada de los hechos constitutivos de delito, la individualización del querrellado y la expresión de las diligencias cuya práctica se solicita, lo que no diferiría sustancialmente de la formalización, dando así comienzo al procedimiento que se dirige en su contra.

Sin embargo, en la presente causa, no se incorporó prueba alguna tendiente, por una parte, acreditar la fecha de interposición de la querrela y su contenido y aun cuando se tuviera por probada como cierta la fecha alegada por la fiscalía, esto es el 28 de julio de 2015, lo cierto

es que según afirman los propios acusadores, esta querrela se habría interpuesto en contra de persona diversa a Nicole Espinoza Sánchez, en concreto, en contra de Boris Martínez y de aquéllos que resulten responsables, sin contar con los requisitos de precisión de la acción entablada, exigida por la Excma. Corte Suprema en sus fallos.

Cabe hacer hincapié que, al sostener el artículo 233 letra a) del Código Procesal Penal, que con la formalización se suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal de conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal, lo que hizo el legislador fue precisar, bajo tal institución, el momento exacto en que ha de entenderse que el procedimiento se dirige en contra del acusado, vale decir, desde la formalización de la investigación, momento a partir del cual se suspende el plazo de prescripción por expresa disposición de la ley.

De lo contrario el citado artículo 233 no se habría remitido al artículo 96 del Código Penal y de haber ampliado a otras formas de producir el efecto de la suspensión lo habría señalado expresamente.

Por otro lado, la formalización de la investigación es el acto procesal de garantía que otorga certeza jurídica sobre la persecución penal de un hecho, no sólo para el imputado sino para el ordenamiento jurídico y las instituciones del mismo que pueden operar a propósito de la referida persecución penal.

Por lo que de lo relacionado se entiende que ha operado la media prescripción alegada por la defensa, al haberse cometido el primer ilícito el 1 de junio de 2015, el segundo el 10 de junio del 2015, el tercero y último, el 2 de julio del mismo año, habiéndose formalizado investigación en contra de la acusada Espinoza Sánchez, con fecha 5 de marzo de 2018 (hecho no controvertido por los acusadores).

Así, por aplicación del artículo 103 del Código Penal, el tribunal entiende que operó a favor de la encartada la media prescripción en los tres delitos, al haber transcurrido desde el 1 de junio de 2015, 10 de junio y 2 de julio del mismo año, respectivamente, a la fecha de la formalización de 5 de marzo de 2018, más de la mitad del plazo de cinco años de prescripción, debiendo considerar el hecho como revestido de dos o más atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, aplicando las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.

**DÉCIMO SEXTO: DELITO CONTINUADO. REITERACIÓN DE DELITOS.** Que, tal como se desarrolló en el presente fallo y se comunicó en el veredicto, el tribunal llegó a la convicción que fueron tres los delitos de fraude al Fisco cometidos por la encartada Espinoza Sánchez, dándose por replicadas en este punto de la sentencia la argumentación pertinente.

Por ende, no cabe sino rechazar la petición de la defensa en orden a que

se considere un único delito continuado de fraude al Fisco, entendiéndose que la oportunidad procesal para debatir sobre ello no era la audiencia de determinación de pena, porque ya se adoptó la decisión de condena por tres delitos de fraude al Fisco.

Pero aun cuando fuera ésta la oportunidad para alegar la concurrencia de un delito continuado, entiende el tribunal que estamos frente a un instituto que no encuentra solución normativa en nuestra legislación y no existen tesis unívocas al respecto.

Cury plantea y estos sentenciadores concuerdan en ello, que el delito continuado está compuesto por una pluralidad de acciones, cada una de las cuales, independientemente consideradas, satisface las exigencias del tipo pero deben ser valoradas conjuntamente porque constituyen la violación, necesariamente fraccionada de una misma norma de deber.

En síntesis, la violación de la norma será única cuando conforme a la representación del autor, no era posible consumarla sino en forma fraccionada.

Así, de este análisis, puede concluirse que en el caso sublite, no se trata de un delito continuado, pues cada uno de los delitos, entiendo por tales, el cometido el 1 de junio, 10 de junio y 2 de julio, todos del 2015, independientemente analizados, satisfacen el tipo penal de fraude al Fisco de modo completo, sin que se pueda sostener que hubo un fraccionamiento de la conducta de la acusada para lograr su objetivo final de defraudación.

Por lo que esta alegación, como se dijo, no será oída.

Toca, entonces, pronunciarse sobre la aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal.

La referida norma regula la reiteración de delitos, ordenando que se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados. El inciso tercero de la citada norma, manda a aplicar el artículo 74 del Código Penal, si, de aplicar la del artículo 351 citado, correspondiere al condenado una pena menor.

Para definir entonces la pena más conveniente para la encausada, el tribunal parte de la base que para determinar la pena a imponerse, deberá en primer lugar establecerse en cada uno de los tres delitos de fraude al Fisco, la cuantía de lo defraudado y así entonces decidir aplicar el inciso primero o segundo del artículo 239 del código del ramo.

De acuerdo a lo razonado en el presente fallo, en el primer delito, cometido el 1 de junio de 2015, se defraudó la suma \$615.000.- equivalente a 14,05 unidades tributarias mensuales (UTM), esto es, menos de 40 UTM (la unidad referida, a esa fecha, tenía un valor de \$43.760.-).

En el segundo delito, cometido el 10 de junio de 2015, se defraudó la suma \$267.750.- equivalente a 6,11 UTM (la unidad referida, a esa fecha, tenía un valor de \$43.760.-).

En el tercer delito, cometido el 2 de julio de 2015, se defraudó la suma

\$1.710.000.- equivalente a 38,97 UTM (la unidad referida, a esa fecha, tenía un valor de \$43.848.-)

La información relativa al valor de la UTM en cada uno de los casos, fue obtenida de la página web [www.sii.cl](http://www.sii.cl).

Es decir, en cada uno delitos, el monto de lo defraudado fue inferior a 40 UTM, por ende, la pena a aplicar en cada caso, es la del inciso primero del artículo 239, vale decir, presidio menor en sus grados medio a máximo.

Según se razonó en el considerando anterior, debe aplicarse la media prescripción a cada delito y conforme a lo que dispone el artículo 103 de Código Penal, el tribunal rebajará la pena asignada al ilícito en un grado, quedando en una base de presidio menor en su grado mínimo (61 días) ya que la pena establecida por ley al ilícito, comienza en presidio menor en su grado medio.

Esta interpretación resulta más beneficiosa que la aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal, pues rebajando en un grado la pena por reconocimiento de la media prescripción, la base de la pena a imponer sería la de presidio menor en su grado mínimo (61 días) y por aplicación del artículo 351 habría que aumentar un grado, esto es, presidio menor en su grado medio (541 días). Base más gravosa que aquella considerada de la manera explicada en los párrafos precedentes, pues se partiría de la base de 61 días, cada uno, esto es un total de 183 días de pena privativa de libertad.

(...)

**DÉCIMO OCTAVO: PENA PECUNIARIA.** Que, el artículo 239 del Código Penal, prevé para el delito de fraude al Fisco, la pena copulativa pecuniaria de multa del 10 al 50% del perjuicio causado.

Los acusadores pidieron el 15% y la defensa, por aplicación del artículo 70 del código punitivo, pidió el 3%.

Este tribunal considerando la media prescripción y las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal reconocidas, impondrá la pena de multa en el quantum solicitado por la defensa, entendiendo que resulta de justicia rebajarla en cada uno de los ilícitos, del mínimo establecido por la ley, bajo el mismo razonamiento aplicado respecto de la pena principal privativa de libertad.

**DÉCIMO NOVENO: PENA ACCESORIA.** Que, inciso final del artículo 239 del Código Penal, dispone para el delito de fraude al Fisco, la pena accesoria de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos y oficios públicos, en sus grados medio a máximo, pena que fue requerida por los persecutores.

La defensa solicitó no se imponga por cuanto la acusada no tiene la calidad de funcionario público.

Mas, este tribunal razona que, bajo el entendido que fue condenada por delitos de fraude al Fisco, comunicándose la calidad del intraneus al extraneus, corresponde también dar una interpretación similar en materia de aplicación de la pena accesoria, por lo que se impondrá como se dirá en lo resolutivo de la sentencia.

**VIGÉSIMO: FORMA DE CUMPLIMIENTO.** Que, la defensa solicitó la sustitución de la pena principal privativa de libertad por la de remisión condicional, aportando según se dijo en el considerando décimo quinto, los documentos fundantes del cumplimiento del requisito subjetivo del artículo 4 de la Ley N° 18.216, los que no fueron controvertidos por los acusadores.

En el caso sublite, los sentenciadores estiman que se cumplen los requisitos para sustituir la pena privativa de libertad por la de remisión condicional, entendiendo que la acusada cuenta con una serie de antecedentes personales que permiten entender que parece eficaz en este caso específico, para su efectiva reinserción social, especialmente, por haberse acreditado por la defensa que Espinoza Sánchez ha trabajado en un empleo estable, desde al menos, el 2017 a la fecha, según da cuenta el certificado de cotizaciones previsionales y afiliación a FONASA de la enjuiciada, junto con las copias de liquidaciones de remuneraciones, entre otros, de modo tal que, en la especie, concurren los requisitos previstos en el artículo 4 la Ley N° 18.216, accediendo entonces al cumplimiento de la sanción temporal mediante la pena sustitutiva de remisión condicional, pues todos los antecedentes tenidos a la vista por el tribunal, le permiten presumir que la condenada no volverá a delinquir.

A su vez, se hará lugar a la petición de la defensa en orden a aplicar el artículo 38 de la Ley N° 18.216, debiendo omitirse en los certificados de antecedentes de la condenada NICOLE



ELIZABETH ESPINOZA SÁNCHEZ, las anotaciones a que diere origen la presente sentencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley N° 18.216, por cuanto no cuenta con condenas anteriores de ninguna naturaleza, conforme al extracto de filiación y antecedentes incorporado por la fiscalía, exento de mácula, siendo mérito suficiente para acoger la petición aludida.

(...)

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1°, 14 N°1, 15 N°3, 18, 21, 24, 25, 26, 28, 47, 50, 62, 68, 239 del Código Penal; 1°, 2°, 3°, 6°, 14, 15, 16, 18, 23 y 24 de la Ley 20.084; 1°, 4°, 36, 45, 46, 47, 49, 59, 60, 98, 108, 109, 281, 295, 296, 297, 309, 315, 319, 323, 325, 326, 328, 329, 333, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal; artículos 2314 y siguientes del Código Civil; e Instrucciones de Pleno de la Excm. Corte Suprema sobre la forma y contenido de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Reforma Procesal Penal, se declara:

**I.- Que se CONDENA a NICOLE ELIZABETH ESPINOZA SÁNCHEZ, RUN 19.370.839-0, como autora de tres delitos consumados de Fraude al Fisco cometidos en esta comuna, con fecha 1 de junio de 2015, 10 de junio de 2015 y 2 de julio de 2015, todos en perjuicio de la I. Municipalidad de Los Ángeles a tres penas de 60 días de prisión en su grado máximo, cada una, tres penas de multa de \$8.032.-, \$18.450.- y \$51.200.-, respectivamente y tres penas accesorias de inhabilitación**

absoluta temporal para cargos, oficios o empleos públicos, por el tiempo de cada una de las penas privativas de libertad impuestas.

Si la condenada no tuviere bienes para satisfacer las multas impuestas, se determinará su forma de cumplimiento por el tribunal de ejecución.

**II.- Que se ABSUELVE a NICOLE ELIZABETH ESPINOZA SÁNCHEZ, ya individualizada, de la acusación formulada en su contra, en la parte que la suponía autora ejecutora del delito reiterado de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso en concurso medial con el delito de fraude al Fisco.**

**III.- Que, reuniéndose en este caso los requisitos del artículo 4 de la Ley N° 18.216, se sustituye a la sentenciada NICOLE ELIZABETH ESPINOZA SÁNCHEZ el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta por la pena de REMISIÓN CONDICIONAL, debiendo quedar sujeta al control administrativo y a la asistencia del Centro de Reinserción Social de Gendarmería de Chile que corresponda, por el lapso de UN AÑO y debiendo, además, cumplir durante el período de control con las condiciones legales del artículo 5° de la citada ley.**

La sentenciada deberá presentarse al Centro de Reinserción Social de Gendarmería de Chile, dentro del plazo de cinco días, constados desde que estuviere firme y ejecutoriada esta sentencia, bajo apercibimiento de despacharse orden de detención en su contra.

Si la pena sustitutiva impuesta fuese revocada o quebrantada, la condenada cumplirá íntegra y efectivamente la pena privativa de libertad impuesta o, en su caso, se la remplazará por una pena sustitutiva de mayor intensidad o se dispondrá la intensificación de las condiciones decretadas.

En estos casos, se someterá a la condenada al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva.

**IV.-** Que no se condena en costas a la sentenciada por haber ejercido su derecho a juicio oral y haber sido representada por la defensoría penal pública.

**V.-** Que se ordena la omisión en los certificados de antecedentes de la condenada **NICOLE ELIZABETH ESPINOZA SÁNCHEZ** ya individualizada, a las anotaciones a que diere origen la presente sentencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley N° 18.216. Oficiese, en su oportunidad, al Servicio de Registro Civil e identificación para los fines pertinentes.

**VI.-** Que **HA LUGAR**, a la demanda civil interpuesta por la I. Municipalidad de Los Ángeles en contra de la demandada, **NICOLE ELIZABETH ESPINOZA SÁNCHEZ**, ya individualizada, condenándola en consecuencia a:

1°.- Al pago de \$2.592.750.-, suma que deberá pagar reajustada, conforme a la variación del IPC entre la fecha de la comisión de los

ilícitos referidos y la fecha del pago efectivo y total.

2°.- Que tal suma, así reajustada, deberá pagarse con intereses corrientes, calculados entre la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada y la fecha de pago efectivo.

**VII.-** Que **no se condena en costas** a la demandada civil, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Hágase devolución a los intervinientes de la prueba acompañada en juicio.

Ejecutoriada que sea esta sentencia, comuníquese al Juzgado de Garantía de Los Ángeles para todos los efectos legales pertinentes.

Regístrese y archívese, en su oportunidad.

Redactada por la jueza Anamaría Soledad Sauterel Jouannet.

No firma la magistrada Sauterel Jouannet, por encontrarse haciendo uso de licencia médica.

**RUC 1810007356-7**

**RIT 8-2019**

**DICTADA POR LOS JUECES TITULARES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LOS ÁNGELES, CHRISTIAN OSSES BAEZA, QUIEN PRESIDÓ, MARISOL PANES VIVEROS, EN CALIDAD DE INTEGRANTE Y ANAMARIA SOLEDAD SAUTEREL JOUANNET, COMO REDACTORA.**



UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN TRÁFICO ILÍCITO DE  
ESTUPEFACIENTES Y  
SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

---



## JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DEL TRIENIO 2016-2018 SOBRE ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA LEY N° 20.000

*Manuel Rodríguez Vega<sup>1</sup>*

---

### *Resumen*

*En el presente trabajo se expone y analiza, a la luz de la doctrina nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena desarrollada entre los años 2016 y 2018 en relación a aspectos sustantivos de la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancia psicotrópicas, debatidos en la doctrina y en el foro local, a saber, la estructura típica y la antijuridicidad de los delitos de tráfico de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas de los artículos 3° y 4°, del delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis y de la falta de porte de droga para autoconsumo; las relaciones concursales entre esas figuras; y la circunstancia calificante de la letra g) del artículo 19 de dicha ley, cuestiones todas ellas que han conformado los pronunciamientos principales del Máximo Tribunal en ese período en relación al cuerpo legal en examen.*

### **I. INTRODUCCIÓN**

Si bien las resoluciones de la Corte Suprema son objeto de permanente estudio por parte de la cátedra nacional, éste ha recaído principalmente en el examen de algunos fallos aislados que se han estimado relevantes por la materia abordada o por el tenor y mérito de la decisión misma, sin embargo, tal modalidad de estudio debe ir de la mano de la revisión de esos pronunciamientos a lo largo de un período más o menos prolongado, con el objeto de discernir si los mismos corresponden o no a una tendencia o posición asentada del Máximo Tribunal. Tal empresa resulta aún más necesaria cuando lo tratado recae en figuras penales que tienen por objeto

---

1 Profesor Asistente Adjunto, Departamento Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Magíster en Derecho Penal, Universidad de Talca. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: merodrig@uc.cl

material a drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, ámbito en el que están en permanente evolución las técnicas y medios para producirlas, distribuirlas y hacerlas llegar al consumidor final, la organización de quienes desempeñan tales actividades, pero también la tolerancia social a la producción y consumo de ciertas drogas consideradas blandas bajo limitadas circunstancias, requiriéndose, como contrapartida a estos fenómenos y cambios, no sólo una constante revisión de los procedimientos utilizados para su investigación y persecución por los organismos competentes, sino también un persistente y renovado estudio de la aptitud de la descripción típica de las figuras delictivas existentes para subsumir estas nuevas modalidades de operación de los hechos, pero también para excluir de la persecución a aquellas que no afectan de manera relevante los intereses o valores que se busca cautelar, resultando así indispensable indagar cómo la Corte Suprema ha asimilado tales cambios en la fundamentación y resolución de los casos que son sometidos a su conocimiento.

En tal empeño, en este trabajo se pasa revista a las materias principales en las que se ha pronunciado la Corte Suprema en relación a las conductas sancionadas por la Ley N° 20.000 en los últimos tres años -2016 a 2018-, al resolver los recursos de nulidad interpuestos en procedimientos criminales regidos por el Código Procesal Penal y, por consiguiente, donde la ley sustantiva aplicada corresponde a la Ley N° 20.000, dejando fuera entonces de esta investigación los fallos dictados bajo el régimen del Código de Procedimiento Penal de 1906 y de la Ley N° 19.366, en lo adjetivo y sustantivo, respectivamente, sin perjuicio de incluir el examen de algunos de estos últimos para constatar la persistencia o modificación de alguna doctrina de la Corte Suprema en temas puntuales.

De ese examen, como se evidenciará a lo largo de este texto, se advertirá, principalmente, una aproximación o una revisión crítica de la Corte Suprema a la respuesta prohibicionista y punitiva con la que tradicionalmente se encaran ciertas conductas que dicho tribunal parece no considerar hoy como lesivas o peligrosas para los bienes jurídicos protegidos por la Ley N° 20.000, aproximación o revisión cuya fundamentación, sin embargo, y también como se irá exponiendo oportunamente, padece de inconsistencias con el texto legal que rige la materia, con la dogmática atingente y con las propias decisiones de la Corte Suprema pretéritas y contemporáneas. Todo lo anterior, dado el rol uniformador que la ley procesal atribuye a la Corte Suprema mediante el mecanismo del artículo 376, inciso 3°, del Código Procesal Penal para conocer de esos asuntos sustantivos mediante la causal de nulidad de la letra b) del artículo 373 del mismo texto, y el uso recurrente de esa herramienta por los operadores para forzar esa competencia, desde luego debe ser tomado en cuenta por los órganos encargados de la persecución, por los tribunales de instancia, así como en una eventual revisión de la tipificación y sanción de algunas estas conductas.

No está de más prevenir que aquí se pretende exponer el estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema en los temas mencionados y no su evolución histórica desde períodos anteriores, lo cual excedería con holgura los márgenes de esta investigación, sin perjuicio de las referencias necesarias para efectuar los contrapuntos indispensables. Asimismo, lo medular de esta investigación se centra en la sistematización, presentación y revisión de la jurisprudencia del lapso definido y en las materias indicadas, sin que se intente llevar a cabo un estudio exhaustivo del tratamiento que la doctrina da a cada uno esos asuntos, aun cuando, para constatar las inconsistencias antes referidas, se presente la opinión de los autores cuando sea pertinente.

Finalmente, con el objeto de evitar reiteraciones innecesarias, no obstante que se enunciarán todos los fallos que se pronuncian en un mismo o similar sentido en cada materia, los temas se estudiarán en base a la primera de esas sentencias dictadas durante el período comprendido por esta investigación, teniendo en vista que los fundamentos principales tienden a reiterarse, más allá de la mayor o menor extensión de unos respecto de otros y de las diferencias de estilo de sus correspondientes redactores, lo que no será óbice para resaltar las fluctuaciones o contradicciones de las líneas argumentativas de la Corte Suprema cuando ello se observe. Con el mismo propósito, se examinarán sólo los razonamientos de las sentencias que sustentan las decisiones adoptadas, no así los de las prevenciones o disidencias que se hayan manifestado en aquéllas, sin perjuicio de repasarlas cuando en otros pronunciamientos sean compartidos por la mayoría.

## **2. Determinación de la pureza de la sustancia para establecer la tipicidad o antijuridicidad del delito**

En la mayoría de los fallos dictados durante el período cubierto por esta investigación, y siguiendo la tendencia sentada en años anteriores<sup>2</sup>, la Corte

---

2 Corte Suprema, 25 de julio de 2012, Rol N° 4.215-12. Corte Suprema, 1 de septiembre de 2014, Rol N° 21.599-14. Corte Suprema, 20 de noviembre de 2014, Rol N° 25.488-14. Corte Suprema, 14 de abril de 2015, Rol N° 3.421-15. Corte Suprema, 28 de abril de 2015, Rol N° 3.707-15. Analizando decisiones aisladas en esta materia de años previos a los comprendidos por este estudio, RODRÍGUEZ, Manuel. “Tráfico ilícito de pequeñas cantidades de cannabis sativa. Determinación de la pureza de la sustancia es innecesaria para establecer la antijuridicidad material de la conducta”. Observatorio, Centro de Estudios de Derecho Penal, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2016, 3 págs. Disponible en: <http://www.dpenal.cl/html/observatorio.html> [fecha de consulta: 16 de noviembre de 2018]; HRZIC, Boris. “Comentario de la Sentencia de la Corte Suprema de 25 de julio de 2012”. En: VARGAS, Tatiana (directora). *Ley de Drogas, Tráfico y Microtráfico. Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013, págs. 107-118; PEÑA, Rodrigo. “Comentario de la Sentencia de la Corte



Suprema ha insistido en la trascendencia de demostrar únicamente a través de un particular medio probatorio -la pericia correspondiente al protocolo que trata el artículo 43 de la Ley N° 20.000- el grado de pureza de la droga cuyo porte, posesión, guarda o transporte se atribuye al acusado, como única vía para establecer la tipicidad y/o antijuridicidad del delito de tráfico de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas del artículo 4° de la misma ley, que en adelante denominaremos “microtráfico” -nada más para evitar su confusión con el delito del artículo 3°-, precisando la Corte Suprema en diversas sentencias que las razones para así decidirlo no se extienden a la misma figura cuando ésta recae sobre fármacos, ni a los delitos de los artículos 3° y 8° de la Ley N° 20.000, como se describe a continuación.

### 2.1. Delitos respecto de los cuales se demanda determinar la pureza de la droga o sustancia estupefaciente o psicotrópica: Tráfico de pequeñas cantidades de droga o sustancia estupefaciente o psicotrópica del artículo 4° de la Ley N° 20.000 tratándose de clorhidrato de cocaína, cocaína base y cannabis sativa

Durante la época revisada, en la mayor parte de sus fallos la Corte Suprema ha mantenido su doctrina en virtud de la cual postula que para afirmar la antijuridicidad material de las conductas correspondientes al delito de microtráfico del artículo 4° de la Ley N° 20.000<sup>3</sup> es requisito *sine qua non*

---

Suprema de 25 de julio de 2012”. En: VARGAS, Tatiana (directora). *Ley de Drogas, Tráfico y Microtráfico. Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013; CASTRO, Juan. “Comenta recurso de nulidad interpuesto por la defensa en relación a la determinación precisa de la pureza de la droga como elemento de los tipos penales establecidos en la Ley N° 20.000”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 53, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2012, págs. 131-146. Y, respecto de algunos fallos dictados entre 2015 y 2017, OXMAN, Nicolás. “Bien jurídico y estructura de imputación del delito de microtráfico de drogas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017, págs. 67-85.

3 Artículo 4 Ley N° 20.000: “El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. // En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro. // Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las

acreditar el grado de pureza de la droga o sustancia cuyo porte, posesión, guarda o transporte se imputa, lo cual, además, únicamente puede efectuarse a través del informe reglado en el artículo 43 del mismo cuerpo legal<sup>4</sup>.

Este razonamiento se ha sostenido de manera general, sea que la sustancia objeto del delito corresponda a clorhidrato de cocaína y cocaína base<sup>5</sup>, a cannabis sativa<sup>6</sup>, o a ambas<sup>7</sup>.

---

*circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”.*

*Los incisos 1° y 2° del artículo 1° de la Ley N° 20.000, al que se remite el citado artículo 4°, establecen: “Los que elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sin la debida autorización, serán castigados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. // Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá rebajarse la pena hasta en un grado”.*

- 4 Artículo 43, inciso 1°, de la Ley N° 20.000: *“El Servicio de Salud deberá remitir al Ministerio Público, en el más breve plazo, un protocolo del análisis químico de la sustancia suministrada, en el que se identificará el producto y se señalará su peso o cantidad, su naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como, asimismo, un informe acerca de los componentes tóxicos y sicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública”.* Cabe destacar que el artículo 26 de la Ley N° 19.366, que regulaba esta materia con anterioridad a la Ley N° 20.000, no impone la determinación del “grado de pureza” de la sustancia analizada, estableciendo su inciso 5° que: *“El Servicio aludido deberá emitir, en el más breve plazo, un protocolo de análisis en el que se identificará el producto y sus características, se señalará su peso o cantidad aproximados y se indicará, además, la peligrosidad que revista para la salud pública”.*
- 5 Corte Suprema, 26 de enero de 2016, Rol N° 32.110-15, “Ministerio Público contra Flavio Aránguiz Fuentes”; 27 de enero de 2016, Rol N° 37.633-15, “Ministerio Público contra José Samuel Cisternas Quezada”; 28 de enero de 2016, Rol N° 36.788-15, “Ministerio Público contra Francesca Silva Leiva”; 28 de enero de 2016, Rol N° 36.837-15, “Ministerio Público contra Mónica Costa Melacio”; 22 de marzo de 2016, 7.482-16, “Ministerio Público contra Carolina Rivas Seguel”; 6 de abril de 2016, Rol N° 14.865-16, “Ministerio Público contra Gustavo Peña Contreras”; 21 de abril de 2016, Rol N° 17.095-16, “Ministerio Público contra Vasco Bugueño Canessa”; 27 de abril de 2016, Rol N° 17.715-16, “Ministerio Público contra Felipe Fuentes Valencia”; 10 de mayo de 2016, Rol N° 19.369-16, “Ministerio Público contra Carlos Mora Iturriaga”; 16 de junio de 2016, Rol N° 27.016-16, “Ministerio Público contra Romina Martínez Córdova”; 21 de junio de 2016, Rol N° 27.073-16, “Ministerio Público contra Georgina Gallardo Elgueta”; 22 de junio de 2016, Rol N° 28.383-16, “Ministerio Público contra Cristian Guajardo Rojas”; 18 de julio de 2016, Rol N° 32.867-2016, “Ministerio Público contra Leopoldo Fuentes Hernández”; 27 de julio de 2016, Rol N° 35.148-16, “Ministerio Público contra Ana Sandoval Gómez”; 28 de julio de 2016, Rol N° 35.549-16, “Ministerio Público contra Osvaldo Loyola Martínez”; 9 de agosto de 2016, Rol N° 40.574-16, “Ministerio Público contra Guillermo Urrejola Romero”; 9 de agosto de 2016, Rol N° 35.573-16, “Ministerio Público contra Mitchel Blamey Carvajal”; 10 de agosto de 2016, Rol N° 38.154-16, “Ministerio Público contra Edwin Mondaca Varas”;

11 de agosto de 2016, Rol N° 39.466-16, “Ministerio Público contra Yesenia Acevedo Sepúlveda y otros”; 20 de septiembre de 2016, Rol N° 49.908-16, “Ministerio Público contra Nicolás Céspedes Saavedra”; 17 de octubre de 2016, Rol N° 59.026-16, “Ministerio Público contra Manuel Cabrera Poblete”; 26 de octubre de 2016, Rol N° 65.323-16, “Ministerio Público contra Darwin Rodríguez Henríquez”; 27 de octubre de 2016, Rol N° 62.205-16, “Ministerio Público contra Angelina Valdés Núñez”; 14 de noviembre de 2016, Rol N° 68.805-16, “Ministerio Público contra Rosmery Parra Palma”; 14 de noviembre de 2016, Rol N° 68.804-16, “Ministerio Público contra Gloria Basaul Carrasco”; 28 de noviembre de 2016, Rol N° 76.424-16, “Ministerio Público contra Claudia Soto Vargas”; 1 de diciembre de 2016, Rol N° 79.002-16, “Ministerio Público contra Víctor Cortez Guastavino”; 1 de diciembre de 2016, Rol N° 78.952-16, “Ministerio Público contra Daniela Vega Cerda”; 5 de diciembre de 2016, Rol N° 82.301-16, “Ministerio Público contra Christopher Morales Vives”; 3 de enero de 2017, Rol N° 92.886-16, “Ministerio Público contra Francisco Núñez Castillo”; 25 de enero de 2017, Rol N° 99.809-16, “Ministerio Público contra David González Godoy”; 25 de enero de 2017, Rol N° 99.808-16, “Ministerio Público contra David González Godoy”; 26 de enero de 2017, Rol N° 97.773-16, “Ministerio Público contra Alejandra Molina González”; 27 de febrero de 2017, Rol N° 146-17, “Ministerio Público contra Carlos Conejeros Hueichaqueo”; 28 de febrero de 2017. Rol N° 175-17. “Ministerio Público contra Eugenio Toledo Cofré”; 8 de marzo de 2017. Rol N° 386-17. “Ministerio Público contra Jhon Cuero Arollo”; 8 de marzo de 2017. Rol N° 343-17. “Ministerio Público contra Carlos Solís Perlaza”; 15 de marzo de 2017. Rol N° 4.017-17. “Ministerio Público contra Eduardo Pérez Burgos”; 23 de marzo de 2017. Rol N° 4.984-17. “Ministerio Público contra Olga Mercado Cortez”; 29 de marzo de 2017. Rol N° 4.775-17. “Ministerio Público contra Esneyther Serna Riascos”; 18 de abril de 2017. Rol N° 7.960-17. “Ministerio Público contra María Zelaya Astudillo”; 8 de mayo de 2017. Rol N° 10.249-17. “Ministerio Público contra Alejandro López Canales”; 11 de julio de 2017. Rol N° 21.765-17. “Ministerio Público contra Patricio Vallejos Silva”; 11 de julio de 2017. Rol N° 21.745-17. “Ministerio Público contra Evelyn Vera Limache”; 24 de julio de 2017. Rol N° 25.082-17. “Ministerio Público contra Piero González González”; 29 de agosto de 2017. Rol N° 35.217-17. “Ministerio Público contra Gumercindo Morales Gatica”; 31 de agosto de 2017. Rol N° 35.763-17. “Ministerio Público contra Blas Zepeda Mandiola”; 13 de septiembre de 2017. Rol N° 36.237-17. “Ministerio Público contra Olga Villarreal Villarreal”; 13 de septiembre de 2017. Rol N° 36.242-17. “Ministerio Público contra Jhon Castillo Estupiñán”; 14 de septiembre de 2017. Rol N° 36.785-17. “Ministerio Público contra María Cabrera Soto”; 21 de septiembre de 2017. Rol N° 37.177-17. “Ministerio Público contra Carlos Contreras Contreras”; 28 de septiembre de 2017. Rol N° 37.373-17. “Ministerio Público contra Daniel Navarro Saldías y otros”; 28 de septiembre de 2017. Rol N° 37.400-17. “Ministerio Público contra Brayan Orobio Castro”; 13 de noviembre de 2017. Rol N° 39.677-17. “Ministerio Público contra Nelson Correa Verdugo”; 15 de noviembre de 2017. Rol N° 40.103-17. “Ministerio Público contra Nelson Bahamondes Morales”; 30 de noviembre de 2017; Rol N° 41.555-17. “Ministerio Público contra Jesús Riasco Laudo”; 14 de diciembre de 2017. Rol N° 41.926-17. “Ministerio Público contra Juan Menares Gutiérrez”; 3 de enero de 2018. Rol N° 42.020-17. “Ministerio Público contra Natalia Retamal Altamirano”; 22 de enero de 2018. Rol N° 44.550-17. “Ministerio Público contra Andrés Payan Mina”; 24 de enero de 2018. Rol N° 44.451-17. “Ministerio Público contra Fabiola Cofré Lueiza”; 25 de enero de 2018. Rol N° 45.306-17. “Ministerio Público contra Johan Tovar Rodríguez”; 26 de abril de 2018. Rol N° 4.563-18. “Ministerio Público contra Gustavo Cifuentes Cañas”; 11 de julio de 2018. Rol N° 8.279-18. “Ministerio Público contra Cristián Herrera Antinao”; 26 de septiembre de 2018. Rol N° 19.154-18. “Ministerio Público contra Jorge González Tangol”; 30 de octubre de 2018. Rol N° 22.867-18. “Ministerio Público contra Hans Mazuela Mazuela”; 12 de noviembre de 2018. Rol N° 23.302-18. “Ministerio Público contra Denisse Ponce Pardo y otros”; y, 22 de noviembre de 2018. Rol N° 21.796-18. “Ministerio Público contra Juan Becerra Puma”.

- 6 Corte Suprema. 18 de enero de 2016. Rol N° 35.557-15. “Ministerio Público contra Marlene Contreras Sepúlveda”; 12 de julio de 2016. Rol N° 31.169-16. “Ministerio Público contra Roberto Muñoz Muñoz”; 16 de noviembre de 2016. Rol N° 68.840-16. “Ministerio Público contra Bernarda Torres Ancalaf”; 16 de noviembre de 2016. Rol N° 68.832-16. “Ministerio Público contra Jorge Llanquileo Salazar”; 14 de noviembre de 2016. Rol N° 68.800-16. “Ministerio Público contra Rubén del Río Yáñez”; 22 de noviembre de 2016. Rol N° 68.831-16. “Ministerio Público contra Alexis Casanova Sandoval”; 27 de diciembre de 2016. Rol N° 88.865-16. “Ministerio Público contra Jocelyn Mena Aravena”; 3 de enero de 2017. Rol N° 92.899-16. “Ministerio Público contra Hugo Garay Macaya”; 3 de enero de 2017. Rol N° 87.740-16. “Ministerio Público contra Jorge Téllez Martínez y otros”; 18 de enero de 2017. Rol N° 7.915-17. “Ministerio Público contra José Navarrete Gálvez”; 24 de enero de 2017. Rol N° 95.178-16. “Ministerio Público contra Silvia Mónica Díaz Obreque”; 24 de enero de 2017. Rol N° 97.785-16. “Ministerio Público contra Leonardo Gormaz Gallardo”; 25 de enero de 2017. Rol N° 94.899-16. “Ministerio Público contra Aarón Muñoz Astorga”; 15 de febrero de 2017. Rol N° 99.774-16. “Ministerio Público contra Yenifer Castro Jiménez”; 22 de febrero de 2017. Rol N° 97.789-16. “Ministerio Público contra Jessica Lara Marín y otros”; 2 de marzo de 2017. Rol N° 101.755-16. “Ministerio Público contra Ana Luisa Canio Tripailao”; 28 de febrero de 2017. Rol N° 80-17. “Ministerio Público contra Carlos Pizarro Astudillo”; 7 de marzo de 2017. Rol N° 268-17. “Ministerio Público contra Camilo Saldías Figueroa”; 9 de marzo de 2017. Rol N° 349-17. “Ministerio Público contra Carlos Pino Pino”; 15 de marzo de 2017. Rol N° 3.681-17. “Ministerio Público contra José Torres Montaña”; 29 de marzo de 2017. Rol N° 4.722-17. “Ministerio Público contra Nicolás Cayupe Cisterna”; 6 de abril de 2017. Rol N° 6.017-17. “Ministerio Público contra Yaneth Pérez Moreno”; 6 de abril de 2017. Rol N° 6.079-17. “Ministerio Público contra Luis Bustos Bustos”; 10 de abril de 2017. Rol N° 6.100-17. “Ministerio Público contra Erick Aillón Castillo”; 17 de abril de 2017. Rol N° 7.893-17. “Ministerio Público contra David Leiva Vilo”; 18 de abril de 2017. Rol N° 8.018-17. “Ministerio Público contra Nicolás Llangato Salamanca”; 26 de abril de 2017; Rol N° 8.377-17. “Ministerio Público contra Roberto Milner Pizarro”; 27 de abril de 2017. Rol N° 9.170-17. “Ministerio Público contra Dayana Iturra Trujillo”; 27 de abril de 2017. Rol N° 9.292-17. “Ministerio Público contra Boris Escobar Araneda”; 11 de mayo de 2017. Rol N° 11.477-17. “Ministerio Público contra Kevin Gallego Acosta”; 15 de mayo de 2017. Rol N° 11.617-17. “Ministerio Público contra Patricio Acuña Escudero”; 29 de mayo de 2017. Rol N° 15.379-17. “Ministerio Público contra Eva Díaz Araya”; 6 de junio de 2017. Rol N° 15.475-17. “Ministerio Público contra Ítalo Pizarro Carvajal”; 13 de junio de 2017. Rol N° 15.607-17. “Ministerio Público contra Pablo Piña Valenzuela y otros”; 15 de junio de 2017. Rol N° 15.385-17. “Ministerio Público contra Carlos Rojas Rodríguez”; 20 de junio de 2017. Rol N° 15.611-17. “Ministerio Público contra Julián Montero Valderas”; 22 de junio de 2017. Rol N° 18.340-17. “Ministerio Público contra Víctor Mardones Mardones”; 11 de julio de 2017. Rol N° 21.810-17. “Ministerio Público contra Juan Rojas Muñoz”; 20 de julio de 2017. Rol N° 18.339-17. “Ministerio Público contra Camilo Moreno Valera”; 20 de julio de 2017. Rol N° 19.260-17. “Ministerio Público contra Marcela Pizarro Arqueros”; 25 de julio de 2017. Rol N° 31.666-17. “Ministerio Público contra Alejandro Muñoz Muñoz”; 25 de julio de 2017. Rol N° 30.394-17. “Ministerio Público contra Moira Segovia Olivares y otros”; 26 de julio de 2017. Rol N° 31.667-17. “Ministerio Público contra

Sandra Robles Mora”; 14 de agosto de 2017. Rol N° 31.669-17. “Ministerio Público contra Yohan Gómez Suárez”; 14 de agosto de 2017. Rol N° 33.773-17. “Ministerio Público contra Bernardo Marín Quiroga”; 16 de agosto de 2017. Rol N° 34.317-17. “Ministerio Público contra Víctor Vargas Arroyo”; 24 de agosto de 2017. Rol N° 34.153-17. “Ministerio Público contra Andrés González Bravo”; 24 de agosto de 2017. Rol N° 34.154-17. “Ministerio Público contra Alexis Sáenz Yáñez”; 30 de agosto de 2017. Rol N° 35.613-17. “Ministerio Público contra Nibaldo Bahamondes Rivas”; 31 de agosto de 2017. Rol N° 35.761-17. “Ministerio Público contra Cristhian Araya Bravo”; 6 de septiembre de 2017. Rol N° 35.716-17. “Ministerio Público contra Carlos Correa Adasme”; 13 de septiembre de 2017. Rol N° 36.607-17. “Ministerio Público contra Felipe Cortés Cabezas y otros”; 14 de septiembre de 2017. Rol N° 36.323-17. “Ministerio Público contra Brigaldis Rivas Rivas”; 14 de septiembre de 2017. Rol N° 36.324-17. “Ministerio Público contra Carolina González Rojas”; 21 de septiembre de 2017. Rol N° 37.198-17. “Ministerio Público contra Brayan Vargas Ayala”; 25 de septiembre de 2017. Rol N° 37.202-17. “Ministerio Público contra Rodrigo Pilquiñir Yáñez”; 25 de septiembre de 2017. Rol N° 37.211-17. “Ministerio Público contra Luis Ceballos Ceballos”; 27 de septiembre de 2017. Rol N° 37.281-17. “Ministerio Público contra Ana Órdenes Gutiérrez”; 2 de octubre de 2017. Rol N° 37.895-17. “Ministerio Público contra Kevin Gallego Acosta”; 2 de octubre de 2017. Rol N° 37.862-17. “Ministerio Público contra Jorge Reyes Figueras”; 2 de octubre de 2017. Rol N° 37.842-17. “Ministerio Público contra Luis Campillay Sepúlveda”; 3 de octubre de 2017. Rol N° 37.236-17. “Ministerio Público contra Rodrigo Cruz Alarcón”; 4 de octubre de 2017. Rol N° 37.283-17. “Ministerio Público contra Patricio Contreras Marchant”; 12 de octubre de 2017. Rol N° 37.973-17. “Ministerio Público contra Abel Yáñez Castillo”; 16 de octubre de 2017. Rol N° 38.688-17. “Ministerio Público contra José Góngora Arboleda”; 16 de octubre de 2017. Rol N° 38.686-17. “Ministerio Público contra Cristián Orellana Zuleta”; 30 de octubre de 2017. Rol N° 38.725-17. “Ministerio Público contra Claudio Pareja Valdebenito”; 30 de octubre de 2017. Rol N° 38.693-17. “Ministerio Público contra Juan Rojas Romero”; 9 de noviembre de 2017. Rol N° 39.637-17. “Ministerio Público contra José Biabar Martínez”; 14 de noviembre de 2017. Rol N° 39.774-17. “Ministerio Público contra Marta Vera Venegas”; 14 de noviembre de 2017. Rol N° 38.833-17. “Ministerio Público contra Karina Olivo Feliú”; 14 de noviembre de 2017. Rol N° 38.834-17. “Ministerio Público contra Cristian Soriano Kortmann”; 14 de noviembre de 2017. Rol N° 39.749-17. “Ministerio Público contra Marcelo Lucero Mansilla”; 14 de noviembre de 2017. Rol N° 39.753-17. “Ministerio Público contra Rodrigo Toledo Morales”; 15 de noviembre de 2017. Rol N° 40.104-17. “Ministerio Público contra Luis Inostroza Toro”; 20 de noviembre de 2017. Rol N° 40.696-17. “Ministerio Público contra Wilberto de la Cruz Medina”; 22 de noviembre de 2017. Rol N° 40.750-17. “Ministerio Público contra Camilo Véliz Morales”; 27 de noviembre de 2017. Rol N° 40.871-17. “Ministerio Público contra Juana Campos Verdugo”; 29 de noviembre de 2017. Rol N° 41.415-17. “Ministerio Público contra Andrés Pastén Contreras”; 30 de noviembre de 2017. Rol N° 40.287-17. “Ministerio Público contra Sergio Torres Ardiles”; 30 de noviembre de 2017. Rol N° 40.772-17. “Ministerio Público contra Álvaro Rivas Rivas”; 5 de diciembre de 2017. Rol N° 40.867-17. “Ministerio Público contra Francisco Letelier Osorio”; 5 de diciembre de 2017. Rol N° 41.354-17. “Ministerio Público contra Carlos Calderón Muñoz”; 14 de diciembre de 2017.

Rol N° 41.854-17. “Ministerio Público contra Bayron Santander Leiva”; 21 de diciembre de 2017. Rol N° 42392-17. “Ministerio Público contra Carlos Godoy Torres”; 28 de diciembre de 2017. Rol N° 42.399-17. “Ministerio Público contra Ignacio López Guzmán”; 28 de diciembre de 2017. Rol N° 42.386-17. “Ministerio Público contra Rodrigo Villalobos Mellado”; 2 de enero de 2018. Rol N° 43.080-17. “Ministerio Público contra Marilyn Toro Moreira”; 2 de enero de 2018. Rol N° 43.083-17. “Ministerio Público contra Jessica Morales Campillay”; 2 de enero de 2018. Rol N° 43.163-17. “Ministerio Público contra José Gutiérrez Montecino”; 22 de enero de 2018. Rol N° 43.544-17. “Ministerio Público contra Karina Saavedra Troncoso”; 24 de enero de 2018. Rol N° 44.368-17. “Ministerio Público contra Jorge Cerón García”; 25 de enero de 2018. Rol N° 45.134-17. “Ministerio Público contra César Obirne Martínez”; 30 de enero de 2018. Rol N° 43.780-17. “Ministerio Público contra José Cisterna Zúñiga”; 31 de enero de 2018; Rol N° 45.364-17. “Ministerio Público contra María Tornia Palma”; 31 de enero de 2018. Rol N° 45.414-17. “Ministerio Público contra Decio Torres Rentería”; 6 de febrero de 2018. Rol N° 45.519-17. “Ministerio Público contra Jorge Castro Farías”; 19 de febrero de 2018. Rol N° 792-18. “Ministerio Público contra Cristian Rodríguez Bravo”; 19 de febrero de 2018. Rol N° 362-18. “Ministerio Público contra Fresia Vergara Costa”; 19 de febrero de 2018. Rol N° 361-18. “Ministerio Público contra Claudia Isla Zamora”; 26 de marzo de 2018. Rol N° 2.927-18. “Ministerio Público contra Fabián Valdés Moreno”; 26 de marzo de 2018. Rol N° 2.740-18. “Ministerio Público contra Omar Perlaza Núñez”; 26 de marzo de 2018. Rol N° 2.716-18. “Ministerio Público contra Juana Campos Verdugo”; 27 de marzo de 2018. Rol N° 2.707-18. “Ministerio Público contra Sandro Rosales Torres”; 28 de marzo de 2018. Rol N° 2.798-18. “Ministerio Público contra Joice Verdugo Reyes y otros”; 28 de marzo de 2018. Rol N° 2.860-18. “Ministerio Público contra Alexis Riascos Alomia”; 2 de abril de 2018. Rol N° 2.984-18. “Ministerio Público contra Fernanda Acuña Muñoz”; 2 de abril de 2018. Rol N° 2.449-18. “Ministerio Público contra Elías Álvarez Olmos”; 26 de abril de 2018. Rol N° 4.563-18. “Ministerio Público contra Gustavo Cifuentes Cañas”; 30 de abril de 2018. Rol N° 5.117-18. “Ministerio Público contra Sebastián Catalán Rojas”; 30 de abril de 2018. Rol N° 4.575-18. “Ministerio Público contra Carla Cali Julio”; 30 de abril de 2018. Rol N° 4.588-18. “Ministerio Público contra Valentina Concha Cifuentes”; 2 de mayo de 2018. Rol N° 5.122-18. “Ministerio Público contra Álvaro Jara Lorca”; 3 de mayo de 2018. Rol N° 5.259-18. “Ministerio Público contra Robinson Granados Mosquera”; 17 de mayo de 2018. Rol N° 6.075-18. “Ministerio Público contra Alfredo Isla Aguilera”; 6 de junio de 2018. Rol N° 6.286-18. “Ministerio Público contra Hamintong Hinestroza Castro”; 11 de junio de 2018. Rol N° 7.574-18. “Ministerio Público contra Carlos Mejía Echeverry”; 11 de junio de 2018. Rol N° 7.474-18. “Ministerio Público contra Elizabeth Ríos Sepúlveda”; 19 de junio de 2018. Rol N° 7.995-18. “Ministerio Público contra Cynthia Barrera Reyes”; 28 de junio de 2018. Rol N° 8.501-18. “Ministerio Público contra Jovannah Pastén Olivares”; 3 de julio de 2018. Rol N° 8.658-18. “Ministerio Público contra Michael Leyton Ardiles”; 14 de agosto de 2018. Rol N° 13.139-18. “Ministerio Público contra Alexander Arrazola Arredondo y otros”; 14 de agosto de 2018. Rol N° 14.926-2018. “Ministerio Público contra Sebastián Salinas Díaz”; 23 de agosto de 2018. Rol N° 12.840-18. “Ministerio Público contra Bastián Retamal Morales”; 26 de septiembre de 2018. Rol N° 19.155-2018. “Ministerio Público contra Darwin Cortés Rojas”; 26 de septiembre de 2018. Rol N° 18.635-2018. “Ministerio Público contra Fabián Bousellet Quinteros”; 2 de octubre de 2018. Rol

N° 20.427-18. “Ministerio Público contra Juan Baeza Anacona”; 2 de octubre de 2018. Rol N° 20.441-18. “Ministerio Público contra Marcelo Manríquez Román”; 2 de octubre de 2018. Rol N° 16.670-18. “Ministerio Público contra Alejandro Retamal Gavilán”; 10 de octubre de 2018. Rol N° 20.627-18. “Ministerio Público contra Kathya Ojeda Rodríguez”; 30 de octubre de 2018. Rol N° 22.891-18. “Ministerio Público contra Brenda Núñez Oyarzo”; 31 de octubre de 2018. Rol N° 22.932-18. “Ministerio Público contra Yasna Bernal Orellana”; 7 de noviembre de 2018. Rol N° 24.597-18. “Ministerio Público contra Luis Huerta Zepeda”; 7 de noviembre de 2018. Rol N° 23.063-18. “Ministerio Público contra Carlos Escobar Escobar y otros”; 8 de noviembre de 2018. Rol N° 16.921-18. “Ministerio Público contra Aníbal Muñoz Ramos”; 15 de noviembre de 2017. Rol N° 39.757-17. “Ministerio Público contra Romanet Castro Valdés y otros”; 22 de noviembre de 2018. Rol N° 19.051-18. “Ministerio Público contra Juan Peralta González”; 6 de diciembre de 2018. Rol N° 26.278-18. “Ministerio Público contra Kevin Bruna Maldonado”; 6 de diciembre de 2018. Rol N° 26.415-18. “Ministerio Público contra Brayan Rubilar Hernández y otros”; 6 de diciembre de 2018. Rol N° 26.491-18. “Ministerio Público contra Mauricio Zumelzu Zumelzu”; 17 de diciembre de 2018. Rol N° 24.896-18. “Ministerio Público contra Gerald Escobar Cantarero”; 26 de diciembre de 2018. Rol N° 26.863-18. “Ministerio Público contra Juan Cuello Alucena”; y, 26 de diciembre de 2018. Rol N° 28.307-18. “Ministerio Público contra Miguel Casanueva Bravo”.

- 7 Corte Suprema. 10 de agosto de 2016. Rol N° 40.675-16. “Ministerio Público contra Joselyn Castillo Espinoza”; 20 de septiembre de 2016. Rol N° 47.877-16. “Ministerio Público contra Luis Guerrero Alaniz y otros”; 22 de noviembre de 2016. Rol N° 68.807-2016. “Ministerio Público contra Felipe Cáceres Salvatierra”; 25 de enero de 2017. Rol N° 101.762-16. “Ministerio Público contra María Guerra Riveros”; 23 de febrero de 2017. Rol N° 101.746-16. “Ministerio Público contra Carlos Rentería Riasco”; 14 de marzo de 2017. Rol N° 2.945-17. “Ministerio Público contra Sergio Ñanculeo Bastías”; 27 de abril de 2017. Rol N° 9.224-17. “Ministerio Público contra Matías Novoa Aniñir”; 8 de mayo de 2017. Rol N° 10.455-17. “Ministerio Público contra Tania Carrizo Cortés”; 17 de mayo de 2017. Rol N° 9.367-17. “Ministerio Público contra Juan Pizarro Valenzuela”; 22 de mayo de 2017. Rol N° 11.791-17. “Ministerio Público contra Cintya Mena Gutiérrez y otros”; 14 de agosto de 2017. Rol N° 34.315-17. “Ministerio Público contra Carolina Flores Torres”; 24 de agosto de 2017. Rol N° 34.158-17. “Ministerio Público contra Carlina Uribe Urrutia”; 28 de agosto de 2017. Rol N° 35.214-17. “Ministerio Público contra Ana Sandoval Gómez”; 31 de agosto de 2017. Rol N° 35.690-17. “Ministerio Público contra Víctor Martínez Arancibia”; 3 de octubre de 2017. Rol N° 37.282-17. “Ministerio Público contra Julia Cuevas Espinoza y otros”; 17 de octubre de 2017. Rol N° 38.669-17. “Ministerio Público contra José Godoy Ramos y otros”; 27 de noviembre de 2017. Rol N° 40.873-17. “Ministerio Público contra Julio Henríquez Coronilla y otros”; 12 de diciembre de 2017. Rol N° 16.685-17. “Ministerio Público contra Leonardo Castillo Sola”; 28 de diciembre de 2017. Rol N° 42.683-17. “Ministerio Público contra Carlos Parra Faúndez y otros”; 28 de diciembre de 2017. Rol N° 42.396-17. “Ministerio Público contra Carlos Rentería Riasco”; 3 de enero de 2018. Rol N° 41.995-17. “Ministerio Público contra Gilbert Valdés Ávila”; 3 de enero de 2018. Rol N° 43.281-17. “Ministerio Público contra Leonardo Coyul Plaza”; 22 de enero de 2018. Rol N° 43.545-17. “Ministerio Público contra Yobani Araya Claro”; 11 de julio de 2018. Rol N° 8.047-18. “Ministerio Público contra Breyner Angulo Mosquera”; y, 14 de agosto de 2018. Rol N° 13.140-18. “Ministerio Público contra Dairo Valencia Gómez”.

Al respecto, la Corte Suprema ha amparado tal parecer refiriendo que “*tratándose de la infracción penal en examen [artículo 4° de la Ley N° 20.000], su lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública*”<sup>8</sup> –objeto material de la acción– derivado de su

- 8 Parte importante de la doctrina nacional entiende que el bien jurídico resguardado en los delitos de tráfico de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas es la salud pública, así, por ejemplo, MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Legal Publishing Chile, 2015, p. 417; ARAVENA, Daniel. “Comentario de la Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de agosto de 2010”. En: Vargas, Tatiana (directora). *Ley de Drogas, Tráfico y Microtráfico. Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013, p. 93; PEÑA, ob. cit. p.121; GONZÁLEZ, Marcos *El delito de tráfico de drogas*. Santiago, Chile, El Jurista, 2010, 783 págs. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 573; VARGAS, Tatiana. “Microtráfico y salud pública”. En: *La Semana Jurídica*, N° 362, 2007, págs. 6-7, p. 6; NAVARRO, Roberto. “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas del art. 4° de la ley n° 20.000”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, págs. 259-293. Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/576/544> [fecha de consulta: 12 de noviembre de 2018], p. 266; MAÑALICH, Juan Pablo. “Leyes Especiales”. En: *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Comentario de la Jurisprudencia del Año 2003*. N° 1, Santiago, 2004, págs. 347-362, p. 348; MATUS, Jean Pierre. “Dogmática de los delitos relativos al tráfico de estupefacientes”. En: Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre (coordinadores). *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, págs. 87-257, 1999, p. 89; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre. “Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”. En: Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre (coordinadores). *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1998, p. 14. BUSTOS, Juan. *Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª edición, Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, T. III. 2009, p. 590, señala que la fabricación, elaboración y distribución puede constituir un delito contra la salud pública cuando se hace sin hallarse debidamente autorizado, y por el hecho de tratarse de una sustancia nociva para la salud. CISTERNAS, Luciano. *El Microtráfico. Análisis crítico a la normativa, doctrina y jurisprudencia*. 2ª ed., Santiago, Chile, Librotecnia, 2011, p. 64, por su parte, plantea que el bien jurídico resguardado es la seguridad pública; y OXMAN, ob. cit., págs. 68 y 69, expone el sector que los cataloga como delitos meramente formales. HERNÁNDEZ, Héctor. *Las drogas ilegales en el derecho penal chileno. Análisis crítico de dogmática y política criminal*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1992, págs. 103 a 116, compendia las distintas opiniones en doctrina sobre esta materia, analiza críticamente a la salud pública como bien jurídico protegido y concluye la ausencia de éste. En el derecho comparado, MUÑOZ, JUAN; SOTO, Susana “El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimiento para su adquisición y consumo”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 7, lugar, editorial, 2001, págs. 49-94. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174187> [fecha de consulta: 26 de noviembre de 2018], p. 61, explican que es unánime la idea de que lo que se protege es la salud pública. En fallos dictados bajo la vigencia de la Ley N° 19.366, la Corte Suprema ha declarado, en Corte Suprema, 5 de junio de 1984, “contra Salvo Palma. Carlos y otro”. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2ª parte, Sec. 4ª, págs. 72-75, que el delito de tráfico de estupefacientes “es de aquellos que atentan contra la salubridad pública y entrañan un peligro colectivo o común, que el legislador penal pretende precaver” y 16 de diciembre de 1985, “Venegas Ariste, Luis Rodrigo”. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. 2da parte, Sec. 4ª, págs. 264-266, que en estos delitos “el bien jurídico protegido es la salud pública, puesto que no es el daño que puedan sufrir una o más personas determinadas, sino que el que afecte a los que adquieran la droga. Establecido que el bien jurídico protegido es de carácter social”. Ya en régimen Ley N° 20.000, Corte Suprema, 4 de junio de 2015, Rol N° 4.949-15, “Ministerio Público contra Paulina González Céspedes”.



*naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza ... si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N° 20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, por consiguiente, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas conforme al artículo 4° de la ley citada”<sup>9</sup>.*

Los fallos dictados con menor frecuencia por la misma Corte Suprema y que rebaten tal posición, tanto cuando la acción recae sobre clorhidrato de cocaína, cocaína base como cannabis sativa<sup>10</sup>, discurren que, según el claro tenor del artículo 4° de la Ley N° 20.000, no es una exigencia de ese tipo penal la especificación de la pureza de la sustancia traficada, ya que respecto de ésta el legislador sólo se refiere a “pequeña cantidad”, concepto regulativo cuyo contenido queda entregado a los jueces de la instancia. Así entonces, agregan,

- 
- 9 Corte Suprema. 18 de enero de 2016. Rol N° 35.557-15. “Ministerio Público contra Marlen Contreras Sepúlveda”.
- 10 Recaídos sobre clorhidrato de cocaína y cocaína base: Corte Suprema. 26 de enero de 2016. Rol N° 37.797-15. “Ministerio Público contra Henry Lara Cabrera”; 27 de enero de 2016. Rol N° 37.169-15. “Ministerio Público contra Gabriel González Galarce”; 25 de febrero de 2016. Rol N° 4.233-16. “Ministerio Público contra Jenifer Maldonado Vergara”; 25 de febrero de 2016. Rol N° 874-16. “Ministerio Público contra Gunther Melgarejo Bustamante”; 15 de marzo de 2016. Rol N° 2.533-16. “Ministerio Público contra Héctor Martínez Velásquez”; 17 de marzo de 2016. Rol N° 5.088-16. “Ministerio Público contra Ricardo Silva González y otros”; 19 de abril de 2016. Rol N° 15.960-16. “Ministerio Público contra Sergio Osvaldo Riveros Sagredo y otros”; 27 de abril de 2016. Rol N° 17.564-16. “Ministerio Público contra Tatiana Lizama Gutiérrez”; 27 de febrero de 2017. Rol N° 7-2017. “Ministerio Público contra Carlos Conejeros Huechacheo”; 28 de febrero de 2018. Rol N° 354-2018. “Ministerio Público contra Joseth Alegría Obregón”; 6 de marzo de 2018. Rol N° 910-18. “Ministerio Público contra Manuel Faúndez Riquelme”; y, 8 de marzo de 2018. Rol N° 1.063-18. “Ministerio Público contra Cristian Durán Cárdenas”. Dictados respecto de cocaína y cannabis sativa: Corte Suprema. 21 de enero de 2016. Rol N° 28.926-15. “Ministerio Público contra Fabián Lecaros Martínez”; 28 de enero de 2016. Rol N° 36.502-15. “Ministerio Público contra Irene González Polanco”; 23 de marzo de 2016. Rol N° 5.308-16. “Ministerio Público contra Eduardo Rojas Hidalgo”; 4 de abril de 2016. Rol N° 8.153-16. “Ministerio Público contra Sebastián Ayala Campos”; 9 de mayo de 2016. Rol N° 16.560-16. “Ministerio Público contra Blanca Morales Martínez”; 9 de marzo de 2017. Rol N° 1.720-17. “Ministerio Público contra Celinda Pino Carreño”; 4 de mayo de 2017. Rol N° 10.197-17. “Ministerio Público contra Wilson Segura Valencia”; 9 de noviembre de 2017. Rol N° 39.641-17. “Ministerio Público contra Roberto Ferreira Pizarro y otros”; 9 de noviembre de 2017. Rol N° 39.779-17. “Ministerio Público contra Natalia de la Fuente Díaz”; 13 de noviembre de 2017. Rol N° 39.746-17. “Ministerio Público contra Jaime Ardiles Pol y otros”; 25 de enero de 2018. Rol N° 44.549-17. “Ministerio Público contra Carmen Galleguillos Araya”; 30 de enero de 2018. Rol N° 44.261-17. “Ministerio Público contra Erik Angulo Segura”; 13 de marzo de 2018. Rol N° 2.257-18. “Ministerio Público contra José Palma Caicedo”; 19 de marzo de 2018.

Rol N° 1.523-18. “Ministerio Público contra Noel Martínez Díaz y otros”; 6 de agosto de 2018. Rol N° 10.835-18. “Ministerio Público contra Ricardo Melo Cartagena y otros”; y, 22 de agosto de 2018. Rol N° 15.155-18. “Ministerio Público contra Claudia Valdés Orellana y otros”. Y en cuanto únicamente a marihuana: Corte Suprema. 23 de febrero de 2016. Rol N° 172-16. “Ministerio Público contra Maykol Leiton Alvarado”; 17 de marzo de 2016. Rol N° 1.478-16. “Ministerio Público contra Eduardo Montoya Altamirano”; 22 de marzo de 2016. Rol N° 2.532-16. “Ministerio Público contra Ángel del Campo Aguilar”; 23 de marzo de 2016, Rol N° 5.730-16. “Ministerio Público contra Johanna Gálvez Miranda y otros”; 31 de marzo de 2016. Rol N° 8.148-16. “Ministerio Público contra Luis Henríquez Moraga”; 5 de abril de 2016. Rol N° 7.479-16. “Ministerio Público contra Marcelo Ramírez Mora”; 6 de abril de 2016. Rol N° 14.839-16. “Ministerio Público contra Eduardo Ceballos Ocampo”; 21 de abril de 2016. Rol N° 16.588-16. “Ministerio Público contra Rolando Coronado Pavez”; 26 de abril de 2016. Rol N° 17.556-16. “Ministerio Público contra Carlos Gutiérrez Briones”; 5 de mayo de 2016. Rol N° 19.477-16. “Ministerio Público contra María Videla López”; 18 de mayo de 2016. Rol N° 18.490-16. “contra Nelson Carrillo Molina y otros”; 20 de junio de 2016. Rol N° 27.018-16. “Ministerio Público contra Gonzalo Pincheira Álvarez”; 20 de julio de 2016. Rol N° 34.829-16. “Ministerio Público contra Gustavo Carvajal Soto”; 4 de agosto de 2016. Rol N° 39.469-16. “Ministerio Público contra Raquel Llantén Cáceres”; 15 de marzo de 2017. Rol N° 3.994-17. “Ministerio Público contra Fernando Flores Pulgar”; 12 de julio de 2017. Rol N° 24.909-17. “Ministerio Público contra Roberto Zárate Robledo”; 12 de julio de 2017. Rol N° 24.914-17. “Ministerio Público contra Leonardo Constanza Pasmíño”; 12 de julio de 2017. Rol N° 24.916-17. “Ministerio Público contra Carlos Hernández Henríquez”; 20 de julio de 2017. Rol N° 21.735-17. “Ministerio Público contra Luis Rivas Figueroa”; 20 de septiembre de 2017. Rol N° 36.616-17. “Ministerio Público contra Javier Tapia Pérez”; 21 de septiembre de 2017. Rol N° 37.196-17. “Ministerio Público contra Camilo Agurto Mori”; 12 de octubre de 2017. Rol N° 37.989-17. “Ministerio Público contra Edgar Trujillo Romero”; 31 de octubre de 2017. Rol N° 39.432-17. “Ministerio Público contra José López Cortez”; 31 de octubre de 2017. Rol N° 38.837-17. “Ministerio Público contra Nicolás Ramírez Molina”; 21 de febrero de 2018. Rol N° 912-18. “Ministerio Público contra Ámbar Retamal Concha”; 21 de febrero de 2018. Rol N° 45.873-17. “Ministerio Público contra Osvaldo Arenas Muñoz”; 21 de febrero de 2018. Rol N° 45.853-17. “Ministerio Público contra Sebastián Soto Valencia”; 28 de febrero de 2018. Rol N° 360-18. “Ministerio Público contra Johanna Riffo Valencia”; 28 de febrero de 2018. Rol N° 356-18. “Ministerio Público contra Víctor Araneda Araya”; 6 de marzo de 2018. Rol N° 854-18. “Ministerio Público contra Tannya Ulloa Hidalgo”; 6 de marzo de 2018. N° 903-2018. “Ministerio Público contra Manuel Torres González”; 7 de marzo de 2018. Rol N° 1.275-18. “Ministerio Público contra Hugo Villalba Guerra”; 8 de marzo de 2018. Rol N° 1.351-18. “Ministerio Público contra Boris Lerí Gallardo”; 8 de marzo de 2018. Rol N° 1.355-18. “Ministerio Público contra Paula Cañas Kessra”; 12 de marzo de 2018. Rol N° 1.529-18. “Ministerio Público contra Clara Rojas González”; 12 de marzo de 2018. Rol N° 1.454-17. “Ministerio Público contra Diego Alcaino Garavito”; 14 de marzo de 2018. Rol N° 2.297-18. “Ministerio Público contra Norma Molina Sáez”; 14 de marzo de 2018. Rol N° 2.346-18. “Ministerio Público contra Milka Valderrama Araya”; 20 de marzo de 2018. Rol N° 2.229-18. “Ministerio Público contra Rubén Segura Rebolledo”; 20 de marzo de 2018. Rol N° 2.276-18. “Ministerio Público contra Juan Serrano Fierro”; 9 de abril de 2018. Rol N° 3.430-18. “Ministerio Público contra Yonatan Tamayo Cárdenas”; 17 de abril de 2018. Rol N° 2.987-18. “Ministerio Público contra Johon Figueroa Crespo”; 17 de abril de 2018. Rol N° 3.378-18. “Ministerio Público contra Daniela Reyes Inostroza”; 2 de mayo de 2018. Rol N° 5.258-18. “Ministerio Público contra Eduardo Páez Castillo”; 3 de mayo de 2018. Rol N° 5.261-18. “Ministerio Público contra Yoselyn Díaz Rojas”; 5 de junio de 2018. Rol N° 6.218-18. “Ministerio

debe estarse al Reglamento<sup>11</sup> al que se remite el artículo 63 de la Ley N° 20.000 que establece las sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, distinguiendo en sus artículos 1° y 2° según si son o no capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, cabiendo al juzgador únicamente verificar que se trate, según la prueba rendida en el juicio, de alguna de ellas contempladas en esos preceptos para configurar la conducta sancionada<sup>12</sup>.

Como dejan entrever estos últimos fallos, la tesis que suscribe predominantemente la Corte Suprema pasa por alto que el mentado artículo 4°, al remitirse al artículo 1° para fijar las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, que son objeto de las conductas que allí detalla, incluye expresamente tanto a las indicadas en los incisos 1° como 2° de ese precepto, esto es, a las capaces de provocar “graves efectos tóxicos” o “daños considerables a la salud”, como a las que nada más son capaces de provocar “efectos tóxicos” o “daños a la salud”. De esa manera,

---

Público contra Esteban Pacheco Ríos”; 5 de junio de 2018. Rol N° 6.095-18. “Ministerio Público contra Juan Imaca Santander”; 14 de junio de 2018. Rol N° 6.602-18. “Ministerio Público contra Cristián Gómez Vergara”; 14 de junio 2018. Rol N° 6.475-18. “Ministerio Público contra Brian Melimán Álvarez”; 3 de julio de 2018. Rol N° 8.502-18. “Ministerio Público contra José Ortiz Salgado y otros”; 11 de julio de 2018. Rol N° 8.049-18. “Ministerio Público contra Giovanina Milla Díaz y otros”; 30 de julio de 2018. Rol N° 12.389-18. “Ministerio Público contra Llison Díaz Ferreira”; 30 de julio de 2018. Rol N° 14.916-18. “Ministerio Público contra Sara Valencia Núñez”; 30 de julio de 2018. Rol N° 12.387-18. “Ministerio Público contra Sady González Riveros”; 13 de agosto de 2018. Rol N° 14.929-18. “Ministerio Público contra Maricela Hernández Hidalgo y otros”; 16 de agosto de 2018. Rol N° 14.922-18. “Ministerio Público contra María Ramírez Gutiérrez”; 20 de agosto de 2018. Rol N° 15.395-18. “Ministerio Público contra Matías Silva Cartes”; 23 de agosto de 2018. Rol N° 12.864-18. “Ministerio Público contra Héctor Maldonado Quevedo”; 1 de octubre de 2018. Rol N° 19.734-18. “Ministerio Público contra Mailin Villar Constanzo”; 10 de octubre de 2018. Rol N° 20.806-18. “Ministerio Público contra Kadiz Jorquera Jorquera”; 31 de octubre de 2018. Rol N° 22.002-18. “Ministerio Público contra Nicolás Aros González”; 22 de noviembre de 2018. Rol N° 19.097-18. “Ministerio Público contra Armando Bonilla”; 18 de diciembre de 2018. Rol N° 23.309-18. “Ministerio Público contra Jael Bonilla Madariaga y otros”; 19 de diciembre de 2018. Rol N° 26.167-18. “Ministerio Público contra Gabriel Garrido Navarrete”; y, 20 de diciembre de 2018. Rol N° 28.127-18. “Ministerio Público contra Hebert Segura Montaña”.

11 Contenido en el D.S. 867 del año 2008, que reemplazó al D.S. 565 del año 1995.

12 Corte Suprema, Rol N° 37.797-15. Coincide, en lo sustancial, OXMAN, ob. cit., p. 74; REBOLLEDO, Lorena. “El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 60, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014, p. 125; y VALLADARES, Jorge. “Sentido y alcance del artículo 43 de la Ley 20.000” [en línea]. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 54, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, págs. 123-134. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/biblioteca/juridica.do?d1=30> [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2018], p. 132.

no tiene respaldo en el texto legal postular que en el delito de microtráfico se requiere probar que la droga o sustancia “*tiene ... idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública*”, desde que el citado artículo 4° igualmente sanciona la conducta que recae sobre drogas o sustancias que no producen esos efectos.

Ahora bien, si la Corte Suprema en realidad quiso decir que al ignorarse el grado de pureza de la droga o sustancia, entonces no pudo darse por probado en la sentencia que aquélla sea idónea o apta para producir “algún efecto tóxico” o “algún daño en la salud”, sea o no grave y considerable, tal aserción lleva implícita la afirmación de que la punibilidad a título de delitos relativos a la producción y el tráfico de estupefacientes requiere siempre una evaluación *in concreto* de la aptitud de las sustancias para producir alguno de esos efectos y, si bien, tal afirmación derivaría del entendimiento de la Corte Suprema de que estamos frente a un delito de peligro concreto, se enfrenta al problema, detectado por la jurisprudencia minoritaria recién aludida, de que la misma Ley N° 20.000, en su artículo 63 dispuso expresamente que tal definición -si se trata de una droga o sustancia que produce ese efecto- debe efectuarse, y se efectuó, mediante un Reglamento<sup>13</sup>, sin que en los fallos estudiados la Corte Suprema objetara la constitucionalidad de ese artículo -o del artículo 4°- por tratarse de una ley penal en blanco que vulnera el principio de legalidad<sup>14</sup>. Debe recordarse que para delimitar el objeto material de estos delitos, nuestro ordenamiento optó por el modelo “nominal” -por oposición al “conceptual”-, en el que las drogas o sustancias se hallan taxativamente enunciadas en los listados que se anexan a las normas sustantivas correspondientes, y que se caracteriza por no dejar espacio para discutir acerca de si una sustancia determinada que se encuentra en los listados es o no una estupefaciente o sicotrópica, y aun si su tráfico produce o no el riesgo que se pretende prevenir<sup>15</sup>.

13 OXMAN, ob. cit., págs. 78 y siguientes, concluye que en los delitos de tráfico de drogas la afectación a la salud pública, expresada en términos de la nocividad del producto, se satisface por el mero hecho de que se pruebe que se trata de una sustancia descrita en el Reglamento de la Ley N° 20.000. MAÑALICH, ob. cit., págs. 352-353, formula similar reparo -bajo el contexto de la Ley N° 19.366- en relación a la producción de dependencia física y psíquica de las sustancias a que se refiere el Reglamento.

14 Es más, el Tribunal Constitucional chileno, en sentencia de 4 de diciembre de 1984, citada por POLITOFF/MATUS, ob. cit., p. 28, ha dictaminado que “*la circunstancia que en el artículo 25 del proyecto [similar al actual artículo 63 de la Ley N° 20.000] deje entregado al reglamento la misión de pormenorizar las sustancias o drogas a que se refiere la norma rectora en nada se contrapone con la preceptiva constitucional, ya que no podrá incluirse en el citado reglamento, lícitamente, ninguna sustancia o droga que no quede comprendida dentro de aquellas que genéricamente se indican en ambos incisos del artículo 1° del proyecto de ley*”.

15 POLITOFF/MATUS, ob. cit., págs. 20, 21 y 24, piensan que nuestro sistema -bajo el régimen de la Ley N° 19.366- es, más bien, “mixto”, porque permite al juez no

Ante ello, creemos que una vía para intentar compatibilizar esa carencia de antijuridicidad material que defiende la Corte Suprema, con los argumentos que ésta invoca para sustentarlo -aun cuando los fallos revisados así no lo dicen-, la constituye entender que lo que el Reglamento define son las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica, que tienen la capacidad o aptitud general para producir un efecto tóxico o un daño en la salud de las personas en caso que posean “un cierto grado de pureza”, debiendo el Tribunal dirimir *ex post* si en el caso concreto, en razón de ese dato real -el porcentaje de pureza-, la conducta recaída sobre esa droga o sustancia tenía o no la aptitud para incoar un peligro para el bien jurídico salud pública, planteamiento mediante el cual no se requeriría todavía acreditar un peligro concreto para la salud individual de los consumidores, evitando desnaturalizar los tipos de peligro abstracto del tráfico ilícito de drogas y convertirlos en delitos de peligro concreto, como la Corte Suprema los califica al expresar que su lesividad consiste en el “*peligro concreto*” que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública, aunque aproximándolos a los llamados delitos de peligro hipotético<sup>16</sup>.

El planteamiento recién esbozado amerita algunos complementos. Obsérvese que la Corte Suprema en las sentencias analizadas no pone en entredicho que se esté frente a algunas de las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica

---

considerar que un hecho constituye tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, si la sustancia que se trata, a pesar de estar incorporada en los listados correspondientes, no posee las propiedades de ser estupefaciente o sicotrópica, productora de dependencia física o síquica, situaciones entre las que nosotros podemos mencionar, por ejemplo, si se prueba que alguna droga, por el paso del tiempo y/o la acción de condiciones desfavorables de conservación, perdió las propiedades que producen dependencia física o síquica, escenario en el que, por consiguiente, esa sustancia ni siquiera tendría potencialidad para hacer peligrar la salud pública. VALLADARES, ob. cit., p. 127 califica nuestro sistema de nominal.

- 16 Según explican Muñoz y Soto, en los delitos de peligro hipotético, el tipo no reclama, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico, como elemento material integrante del tipo del delito. MUÑOZ, Juan; Soto, Susana. “El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimiento para su adquisición y consumo”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 7, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2011, págs. 49-94. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174187> [fecha de consulta: 26 de noviembre de 2018]. Tal categoría de “peligro hipotético”, ya ha sido utilizada en Corte Suprema, Rol N° 4.949-15, en la que expresa que aún de estimarse que el delito de tráfico de drogas es uno de peligro abstracto, se requiere “una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico como elemento material integrante del tipo del delito”. Aunque la Corte Suprema, reciente y expresamente rebate tal conclusión, al expresar en Corte Suprema, Rol N°

enlistadas en el Reglamento, sino sólo que sean capaces de provocar “graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”, o “efectos tóxicos o daños a la salud” como arriba hemos aclarado. Reparar en esto es capital, pues si en el juicio se ha probado que el objeto periciado es una droga o sustancia de aquellas mencionadas en el Reglamento, será inexorable concluir que, aunque sea mínimo o ínfimo, la droga o sustancia posee “algún grado de pureza”, pues de otro modo no habría sido científicamente posible identificarla como tal. En otras palabras, si el protocolo informa que la muestra periciada corresponde a clorhidrato de cocaína ello se explica porque la muestra superó el “límite de detección”, esto es, la “concentración más baja” que se puede detectar con adecuada precisión.<sup>17</sup> Si ello es así, que lo es, es corolario necesario del razonamiento de la Corte Suprema que no basta cualquier o algún grado de pureza para concluir que la droga o sustancia pone en riesgo el bien jurídico salud pública, sino que debe alcanzar una entidad relevante para perturbarlo. En efecto, de carecer de trascendencia la mayor o menor pureza de la droga o sustancia, sancionándose igualmente cualquiera sea ésta, se restaría de toda justificación a la exigencia de dicha especificación que hace la Corte Suprema, desde que, como se dijo, siempre poseerá algún porcentaje de pureza o concentración. Bajo estas premisas, el paso lógico -aún pendiente- al discernimiento de la Corte Suprema, sea que se comparta o no el mismo, es examinar aquellos casos en que, no obstante existir un protocolo confeccionado según el artículo 43 de la Ley N° 20.000, la pureza informada sea tan baja o escasa que pueda sostenerse que la droga o sustancia no producirá efectos tóxicos ni daños a la salud, no existiendo por tanto peligro cierto para el bien jurídico salud pública. En otras palabras, y en definitiva, lo que en verdad plantea en entrelíneas la Corte Suprema, como un elemento típico adicional del delito de microtráfico, no escrito pero indispensable para afirmar la antijuridicidad material de la conducta, consiste en un grado de pureza de la droga o sustancia tal, que la vuelva apta o idónea para producir un efecto tóxico o daño a la salud del eventual consumidor y, por consiguiente, para que la conducta que recaiga sobre esa droga o sustancia tenga la posibilidad de hacer peligrar el bien jurídico salud pública mediante su difusión incontrolada. Ahora, cuál es el grado de pureza que acarreará tales efectos, 10%, 25% ó 40%, es una interrogante

---

37.989-17, que: “*aun tratándose de un delito de peligro como lo es aquel previsto en el referido artículo 4°, se requiere la concurrencia de una acción con la aptitud para ocasionar el daño que el ordenamiento jurídico intenta evitar, -es una figura de peligro concreto, no hipotético- pues de lo contrario la conducta descrita en el tipo penal se transforma en inocua, despojando de legitimidad al poder sancionador del Estado*”.

17 INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA. *Guía de Pericias Químicas en el Marco de la Ley N° 20.000* [en línea], 2011, p. 25. Disponible en: <http://www.ispch.cl/sites/default/files/Guia%20Ilicitos02.pdf> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2018], p. 19.

que la Corte Suprema aún no ha contestado<sup>18</sup>, y que de hacerlo, cualquier respuesta implicaría que la Corte Suprema reconocería a los jueces de la instancia, discrecionalidad para evaluar si las determinaciones de riesgo efectuadas *in abstracto* por el legislador (más allá de la cuestión de si, por tratarse de un reglamento, la regulación no sea completamente reconducible al parlamento) son o no susceptibles de ser mantenidas *in concreto*, lo que obvia que la política criminal es, por definición, política, y una política cuya legitimación democrática es particularmente apremiante<sup>19</sup>.

Por otra parte, más allá que la calificación de delito de peligro concreto de la figura que nos ocupa por parte de la Corte Suprema no sea pacífica entre los autores, gran parte de los cuales la cataloga como uno de peligro abstracto<sup>20</sup>, ya que no es necesario que efectivamente se dañe la salud de la población,

18 En el delito de microtráfico no se presentará como impedimento argumentativo para tal determinación, la posibilidad de que el grado de pureza de la droga que llega al consumidor final fuese distinto a aquél que posee en manos del microtraficante, por su eventual mezcla posterior con otras sustancias de corte, pues este último generalmente corresponde al eslabón final de la cadena de comercialización de la droga antes del consumidor final. Contraria a esta propuesta que pondera la pureza de la droga, MARCAZZOLO, Ximena. “El objeto material en el delito de tráfico ilícito de drogas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 41, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2009, págs. 99 y 100, quien explica que la sustancia con mayor o menor cantidad de agregados, afecta la salud del consumidor y produce los efectos sicotrópicos o estupefacientes propios de su naturaleza, conservando su naturaleza dañina sin importar su pureza, a lo que se suma la incierta calidad y tipo de materia con la que se mezcla o abulta, lo cual aumenta el potencial dañino y por ende el riesgo a la salud pública. En el mismo sentido, PEÑA, ob. cit., p. 125, quien expresa que, la cocaína, en cualquier concentración, es dañina a la salud pública, porque su efecto no depende de la concentración en que se encuentre, sino de la dosis que la persona consume, ya que una persona adicta va a consumir hasta que logre el efecto deseado y si la droga es menos concentrada consumirá una mayor cantidad.

19 Así razona MAÑALICH, ob. cit., págs. 353-354, al comentar la decisión de la Corte Suprema de absolver a un sujeto condenado como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes de un vegetal que no tiene los principios activos de Cannabis por estimar que en ese supuesto no podría producir la dependencia física y psíquica a que se refiere el artículo 2° del Reglamento de la Ley N° 19.366.

20 REBOLLEDO, ob. cit., p. 23; ARAVENA, ob. cit., p. 94; PEÑA, ob. cit., p. 123; RETTIG, Mauricio. “Naturaleza jurídica del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas”. En: VARGAS, Tatiana (directora). *Ley de Drogas, Tráfico y Microtráfico. Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013, págs. 62 y 80; GARCÍA, Gonzalo “El consumo personal como manifestación de la autonomía personal y centro de las valoraciones penales en la Ley N° 20.000”. En VARGAS, Tatiana (directora). *Ley de Drogas, Tráfico y Microtráfico. Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013, págs. 25-52, p. 42; CISTERNAS, ob. cit., p. 65; GONZÁLEZ, ob. cit., p. 93; NAVARRO, ob. cit., p. 266; MAÑALICH, ob. cit., p. 348; y OXMAN, ob. cit., p. 71, quien cuestiona la comprensión en fallos como los aquí analizados de que la

estimando el legislador que las conductas que se realicen en este ámbito por sí mismas llevan incorporada dicha peligrosidad o riesgo, lo cual las hace acreedoras de una sanción penal<sup>21</sup>, resulta interesante resaltar que, si bien la Corte Suprema en fallos resueltos bajo la vigencia de la Ley N° 19.366 había ya calificado este delito como de peligro concreto<sup>22</sup>, no debe preterirse que ello ocurre en un marco legal respecto del cual existía consenso que daba una respuesta punitiva desproporcionada frente al pequeño traficante o microtraficante, consenso que precisamente impulsó la introducción del

---

estructura del delito de microtráfico es la de un delito de peligro concreto y de resultado, lo que, en su opinión, se debe a que tradicionalmente se entiende, erróneamente, que los delitos de peligro abstracto son siempre de mera actividad a diferencia de los delitos de peligro concreto que son de resultado. Como comentan MUÑOZ, Juan; SOTO, Susana, ob. cit., p. 59, la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español han venido configurando la naturaleza del tipo delictivo en estudio como un delito de peligro abstracto, sin perjuicio de exponer las restricciones que la jurisprudencia del mismo tribunal ha ido edificando a los alcances de la figura. Plantea que es “*un delito de lesión del bien jurídico salud pública*”, siendo necesario demostrar la toxicidad, esto es, que se afecta la salud pública (no sólo en cuanto droga, sino también por su composición y presentación al público), concluyendo que no basta con probar los elementos objetivos del tipo legal, es necesario siempre, además, que se determine “*la nocividad concreta del hecho respecto de la salud*”. BUSTOS, ob. cit., p. 592. MATUS, ob. cit., p. 89, por su parte, precisa que la conducta debe considerarse impune si “*de ningún modo representa un riesgo de difusión incontrolable*” de las sustancias prohibidas -apuntando a un aspecto diverso al que aquí nos ocupa, esto es, donde sí hay riesgo de difusión incontrolable pero de una droga respecto de la cual se desconoce su grado de pureza- y, en esa línea, la sentencia del Tribunal Constitucional, 13 de mayo de 2008, Rol N° 993-07, “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Paul Morrison Cristi, respecto del artículo 4° de la Ley N° 20.000, en la causa Rit N° 073/2007 RUC 070000159-4, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco”. Disponible en: <http://tribunalconstitucional.cl/expediente> [fecha de consulta: 14 de diciembre de 2018], declara que en el artículo 4° de la Ley N° 20.000 “*se trata de una peligrosidad concreta y que, por ende, debe ser acreditada en el proceso*”. Finalmente, HERNÁNDEZ, Héctor. *Las drogas ilegales en el derecho penal chileno. Análisis crítico de dogmática y política criminal*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1992, p. 132, sostiene que se trata de delitos de peligro concreto, con peculiaridades si se quiere, que exigen que se produzca un peligro real para el bien jurídico, esto es, para el bien jurídico individual complementario (la salud individual de los miembros indeterminados de una colectividad de personas).

21 MARCAZZOLO, ob. cit., p. 93.

22 Entre otros, Corte Suprema, 25 de mayo de 1995, Rol N° 29.614, “*Durán Chapalla, Maritza*”. En: *Gaceta Jurídica*, N° 180, junio, págs. 92-94: “*Que el delito de tráfico ilícito de drogas y estupefacientes ha de ser considerado un delito de peligro, debiendo acreditarse la existencia de un peligro cierto y real para el bien jurídico protegido, en este caso la salud pública, como consecuencia directa de la acción desplegada por el agente ... Que en la especie no se acreditó que la conducta de la encausada hubiese, realmente, significado un serio peligro para la salud pública; y, muy por el contrario, los antecedentes reunidos permiten sostener exactamente lo opuesto, esto es, la total ausencia de ese peligro, dada la escasa cantidad de droga encontrada a la encausada y la verosimilitud de su versión*”.



tipo penal del artículo 4° de la Ley N° 20.000<sup>23</sup>. Es decir, las disquisiciones contenidas en esos fallos de tiempo atrás se hacen a pie forzado por las deficiencias de la legislación de la época que no resultan predicables a la actual, al menos en ese punto, y que impiden, por tanto, echar mano a ellas mecánicamente<sup>24</sup>. En todo caso, la calificación de delito de peligro concreto que la Corte Suprema ha dado al microtráfico, con o sin las precisiones que aquí se han elaborado, no implica, en caso alguno, que ese Tribunal ahora requiera que se acredite en el juicio que la sustancia llegó al poder de los consumidores, o que, en concreto, estuvo en condiciones de llegar a sus manos, de manera que pudiera afectar la salud pública mediante su difusión incontrolable, acorde al entendimiento que con en esta figura “*Se ha pretendido*

23 En Corte Suprema, 26 de julio de 2005, Rol N° 1.990-05, “Ministerio Público contra Silvia Ortega Cerda”, se explica que “*por voluntad expresa del legislador se ha dado un tratamiento diferente y más benigno, por cierto, atendiendo a la cantidad de droga comprometida en las diversas conductas y ha introducido para ello el concepto de ‘pequeñas cantidades’ conforme al propósito de la reforma a efecto de imponer penas inferiores a aquellas ‘personas que comercializan pequeñas cantidades de drogas en poblaciones urbanas’, como lo previene el Mensaje de la Ley (N° 232-241 de 2/12/1999) y que obligaba a sancionar con la misma pena tanto a los involucrados en tráfico mayor como menor en razón que advertía que el denominado microtráfico no se encontraba apropiadamente tratado en la ley pues en ella las penas ‘aparecen desproporcionadas cuando se deben aplicar por igual a quienes trafican con pequeñas cantidades de droga, como a aquellos que en forma organizada y transnacional producen o comercializan grandes volúmenes de drogas aún más peligrosas, como el LSD o la heroína, utilizando además variados medios y recursos, traspasando las fronteras, corrompiendo funcionarios públicos y en algunos casos ejerciendo violencia para lograr sus propósitos’, y agrega: ‘muchas veces esta desproporción, tratándose de personas de escasos recursos, sin antecedentes de actividades delictivas anteriores, a veces de avanzada edad, ha derivado, como quedó establecido en los informes antes referidos, en la no aplicación de castigo’. Al respecto, en los trámites legislativos de la ley se volvió reiteradamente sobre ello y se dio como razón favorable a la reforma propuesta el hecho que por las penas para reprimir el delito ‘son consideradas excesivas por los jueces, por lo que terminan sancionando como consumidores a quienes portan pequeñas cantidades de droga o trafican con ellas’ y se calificó el nuevo tipo de microtráfico como una ‘figura interesante y adecuada, porque a la conducta de portar la droga se agrega el calificativo de ‘pequeñas cantidades’ lo cual hace posible diferenciarlo del gran tráfico.’ (Cámara de Diputados, Acta Sesión 1ª. 5 octubre 2004)”. También comentando los fundamentos que llevaron a la introducción de la figura del microtráfico, MATUS, Jean Pierre. “Informe sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 4° de la Ley N° 20.000, en autos sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, N° 993-2007 del Excmo. Tribunal Constitucional”. En: Revista Ius et Praxis, Vol. 14, N° 1, 2008, 11 págs. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122008000100012](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100012) [fecha de consulta: 13 de diciembre de 2018], p. 2.*

24 CISTERNAS, ob. cit., p. 68, explica que antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.000 se discutía la posibilidad de que el tráfico de drogas fuera un delito de peligro concreto, de hecho, tratándose del porte de escasa cantidad de droga, los tribunales consideraban que la conducta no provocaba un peligro concreto para la salud pública, de lo que se derivaba que la cantidad requería cierta entidad para afectar o poner en peligro la salud pública, y existía la posibilidad de aplicar el principio de insignificancia.

*castigar toda hipótesis de transferencia o suministro de droga, incluso adelantando la barrera punitiva a estadios anteriores al tráfico mismo, sancionando, de esta manera, supuesto en los que se entiende el ánimo de traficar”<sup>25</sup>*, por lo que, al menos en cuanto a este específico aspecto, es claro que la Corte Suprema sigue considerando el ilícito en estudio como uno de peligro abstracto.

En otro ámbito y como se adelantó, en general la Corte Suprema no ha estimado relevante para el planteamiento de su tesis atender a la naturaleza de la droga o sustancia traficada, en concreto, si el objeto del delito corresponde a clorhidrato de cocaína y cocaína base o a cannabis sativa, encontrándose sólo fallos aislados en que se desarrollan las razones para extender sus razonamientos a la última droga mencionada, explicando que *“aunque la marihuana es singularizada como un estupefaciente que no sería objeto de procesos químicos en los que se le agreguen distintos elementos o sustancias, la ley no atiende a esta circunstancia para otorgarle una regulación especial. En efecto, el texto del artículo 43 de la Ley N° 20.000, transcrito más arriba, no establece excepción alguna en cuanto a las sustancias a las que debe realizarse el análisis químico, el que debe cumplir, entre otras exigencias, con el señalamiento de su grado de pureza, de modo que el procedimiento técnico ha de emplearse cualquiera que sea el estupefaciente decomisado. De contrario, el requerimiento que el protocolo que se realice a la marihuana lo sea en idénticos términos que a los otros estupefacientes es posible desprenderlo de lo previsto en el artículo 41 del mismo cuerpo normativo, que ordena, en términos generales, que las sustancias y especies a que se refieren los artículos 1°, 2°, 5° y 8° y, en su caso, las materias primas empleadas en su elaboración –dentro de las que se encuentra la cannabis sativa–, que sean incautadas en conformidad a la ley, deberán ser entregadas al Servicio de Salud que corresponda a fin de elaborar el análisis de rigor, sin establecer exclusiones... Lo anterior es concordante con la historia legislativa del artículo 43 recién citado, puesto que allí consta que el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes informó que la propuesta sugerida por el Ministerio Público la estimaba conveniente, ‘porque permitiría mejorar la calidad de la información que emite el Instituto de Salud Pública, al extender las exigencias que se hacen en el artículo 5° respecto de los inhalantes a todas las demás drogas (naturaleza, contenido, composición y efectos tóxicos)...’, referencia esta última que pone de manifiesto el carácter general de esas exigencias*

25 CISTERNAS, ob. cit., p. 59. MATUS/RAMÍREZ (2015), ob. cit., destacan que la tentativa se castiga del mismo modo que la consumación, a nivel de descripción típica, ya que el legislador no espera que se produzca ningún hecho de “tráfico” para castigar como traficante a quien transporta sustancias que piensa vender con posterioridad y, de ahí, que la disposición del artículo 18 de la Ley N° 20.000 que sanciona los delitos que trata esa ley como consumados desde que haya principio de ejecución, resulta irrelevante.

*e impide una discriminación entre sustancias estupefacientes para excluir alguna del informe sobre pureza*<sup>26</sup>.

La jurisprudencia minoritaria antes aludida, que no exige la determinación de la pureza de la sustancia para tener por concurrente la tipicidad o antijuridicidad del delito de microtráfico, atendidos los fundamentos que esgrimen para defender tal conclusión, en general tampoco se hacen cargo de la distinta naturaleza de la sustancia puesto que respecto de todas ellas estima improcedente tal requerimiento, sin embargo, en algunos fallos en que la sustancia objeto del delito es marihuana o ésta junto a cocaína, ha explicado los motivos por los cuales respecto de la primera en particular no cabe demandar la determinación de su grado de pureza, expresando que *“es un hecho de público conocimiento que es un estupefaciente que se consume principalmente a través de la inhalación de cigarrillos fabricados con las hojas y sumidades floridas que se extraen de la planta, que son secadas y molidas, pero que no atraviesan por procesos químicos en los que se le agreguen distintos elementos o sustancias, sino que, a lo sumo, por un procedimiento físico de aglomeración -prensado-, que en todo caso no implica la modificación de la composición material intrínseca de la droga, que sigue manteniéndose en sus condiciones vegetales naturales, es decir, se conserva en su estado puro... Que en esas circunstancias, aparece que las exigencias del protocolo del análisis químico de esta última sustancia se satisfacen, a efectos de dar por establecido el objeto material del ilícito, con la identificación del producto, su peso o cantidad, naturaleza, contenido y composición, así como la peligrosidad que reviste para la salud pública. La determinación del grado de pureza, en el caso de la marihuana, no aparece como un elemento de análisis que sea necesario ni factible de llevar a la práctica, desde que, por el estado puro en que el estupefaciente es consumido, no se presenta la intervención de su condición natural con otras sustancias que sirvan para aumentarlo o para modificar sus características o efectos. Derivado de lo anterior, la determinación del objeto material del ilícito se satisface con un protocolo de análisis que contenga las restantes menciones del artículo 43 de la Ley N° 20.000*<sup>27</sup>.

26 Corte Suprema Rol N° 35.557-15. Efectúa igual aclaración en Corte Suprema. Rol N° 47.877-16; Rol N° 68.800-16; Rol N° 68.831-16; Rol N° 88.865-16; Rol N° 3.681-17; Rol N° 4.722-17; Rol N° 6.017-17; Rol N° 6.079-17; Rol N° 6.100-17; Rol N° 8.018-17; Rol N° 7.915-17; Rol N° 7.893-17; Rol N° 9.170-17; Rol N° 8.377-17; Rol N° 15.607-17; Rol N° 34.317-17; Rol N° 37.281-17; Rol N° 101.762-16; Rol N° 34.315-17; Rol N° 41.995-17; Rol N° 43.281-17; Rol N° 101.762-16; Rol N° 34.315-17; Rol N° 41.995-17; y, Rol N° 43.281-17.

27 Corte Suprema. Rol N° 8.153-16. También Corte Suprema. Rol N° 16.560-16; Rol N° 1.720-17; Rol N° 10.197-17; Rol N° 39.641-17; Rol N° 39.779-17; Rol N° 39.746-17; Rol N° 44.549-17; Rol N° 44.261-17; Rol N° 2.257-18; Rol N° 1.523-18; Rol N° 10.835-18; Rol N° 15.155-18; y, Rol N° 14.929-18.

Antes de finalizar este análisis desde el orden sustantivo, cabe mencionar que la demanda de determinación del grado de pureza de la droga o sustancia en el caso de la falta de porte para autoconsumo del artículo 50 de la Ley N° 20.000, en un caso ha sido requerida por la Corte Suprema mientras que en otro no, en uno y otro, en base a la fundamentación que la jurisprudencia mayoritaria y minoritaria, respectivamente, ha entregado<sup>28</sup>.

Por último, mirados los fundamentos del fallo desde la óptica del derecho procesal, cabe destacar que la Corte Suprema declara que la demostración del grado de pureza de la droga o sustancia y, por consiguiente, de su aptitud para producir efectos tóxicos y daños para la salud y, en último término, para poner en riesgo cierto el bien jurídico salud pública, únicamente puede efectuarse mediante el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N° 20.000, con lo que otorga a este precepto el rótulo de norma reguladora de la prueba<sup>29</sup> al establecer el único medio probatorio a través del cual deben probarse tales asuntos, desestimando, a contrario sensu, que se pueda arribar a la misma conclusión mediante otros antecedentes, en contradicción a la libertad probatoria que consagra el Código Procesal Penal en su artículo 295<sup>30</sup>. La jurisprudencia minoritaria de la Corte Suprema en este tema, en cambio, descarta que el protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la Ley N° 20.000 revista un carácter y valor de prueba tasada, expresando que los aspectos de que da cuenta,

28 Corte Suprema, 6 de diciembre de 2016, Rol N° 82.304-16, “Ministerio Público contra Alejandro Orellana Espinoza” y 19 de octubre de 2017, Rol N° 59.022-16, “Ministerio Público contra Carlos Oviedo Neira”, respectivamente.

29 En Corte Suprema, 14 de marzo de 2012, Rol N° 8.361-11, “Contra Marcela L., Martínez Arce”, se ha entendido como normas reguladoras de la prueba, “aquellas normas fundamentales que ha dado el legislador a los jueces que importan verdaderas prohibiciones o limitaciones para asegurar una correcta decisión del asunto sometido a su conocimiento las cuales dicen relación con las pruebas admisibles en juicio, el peso o carga de la prueba u onus probandi y el valor que perentoriamente asigna a los diversos medios de convicción que ha establecido, de tal forma que si ellas son conculcadas con influencia sustancial en lo resolutivo del fallo pueden provocar la invalidación. En este orden de ideas, se ha estimado que hay inobservancia de las leyes reguladoras cuando se invierte el peso de la prueba, se rechaza un medio probatorio que la ley permite o se admite uno que la ley repudia o cuando se modifica, niega o altera el valor probatorio que se ha asignado a los distintos medios de convicción establecidos por el legislador”. En el mismo derrotero, Corte Suprema, 23 de agosto de 2006, Rol N° 2.514-04, “Luis Galaz Galaz”.

30 Artículo 295 Código Procesal Penal: “Libertad de prueba. 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”. En relación a esta materia, la Corte Suprema ha rechazado limitaciones a los medios probatorios de los que se puede valer el Ministerio Público para acreditar el hecho imputado, siempre

entre otros, el grado de pureza de la droga o sustancia, constituyen sólo una herramienta útil para decidir si se está en presencia de un consumidor o de un traficante, criterio que tuvo en consideración el artículo 4° de la Ley N° 20.000 en su inciso final, al incorporarlo como un elemento de juicio más<sup>31</sup>.

Ahora bien, lo cierto es que los fallos de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal anulados por la Corte Suprema en las sentencias examinadas, ni siquiera intentan establecer esa pureza, o los demás aspectos, por otros medios, primero, porque el Ministerio Público ninguno otro ofrece y aporta como sustituto y, segundo, porque conforme a su interpretación de la ley, determinar tal circunstancia no es necesaria para afirmar la tipicidad ni la antijuridicidad del delito de microtráfico.

---

que sean producidos e incorporados en forma legal al juicio, así en Corte Suprema, 19 de diciembre de 2018, Rol N° 26.102-18, “Ministerio Público contra Víctor Ojeda Domínguez”, al igual que Corte de Apelaciones Santiago, 3 de noviembre de 2008, Rol N° 1.862-08, “contra Juan Rojas Poblete y otros”, en el que se resuelve que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal hizo 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 [la declaración de dos peritos] 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”. Sobre lo mismo, REBOLLEDO, ob. cit., págs. 125 y 126; VALLADARES, ob. cit., p. 130; CASTRO, Juan, ob. cit., p. 141; y, MARCAZZOLO, ob. cit., p. 95.

- 31 Corte Suprema, Rol N° 37.797-15. CISTERNAS, ob. cit., p. 201-208, explica que la pureza de la droga es un elemento para distinguir entre el delito de tráfico, microtráfico y la falta de consumo, y que el agregar sustancias inocuas o más dañinas que el mismo sicotrópico o estupefaciente, tiene como objetivo acrecentar su volumen para aumentar las ganancias con su posterior venta, de esta forma, a lo largo de la cadena de comercialización se pueden encontrar distintos porcentajes de pureza dependiendo del grado de distorsión de la sustancia. Agrega que cualquier pureza afecta la salud pública, siendo la pureza o calidad de la droga un criterio impuesto expresamente por el legislador en el inciso 3° del artículo 4° de la Ley N° 20.000, con el fin de excluir la circunstancia de uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. El mismo autor cita jurisprudencia de distintas Cortes de Apelaciones y Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que confieren un rol indiciario al estado de adulteración de la droga. A similares conclusiones arriba FIGUEROA, Renzo. “Criterios contenidos en las sentencias dictadas por infracción a la ley N° 20.000 entre los meses de diciembre de 2007 y marzo de 2008”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 34, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2008, págs. 129-149. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/biblioteca/juridica.do?d1=30> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2018], p. 130, de la revisión de sentencias dictadas por Tribunales de Juicio Oral en lo Penal entre los años 2007 y 2008; REBOLLEDO, ob. cit., p. 125; y, PEÑA (2013), ob. cit., p. 124.

No está de más apuntar que la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema no se hace cargo -como sí lo hace la minoritaria, al menos en relación a la marihuana, como se acaba de ver-, de los impedimentos técnicos para dilucidar el grado de pureza de la droga que ocasionalmente exponen los peritos químicos en sus informes<sup>32</sup>, en el caso de la marihuana, al declarar que *“en este tipo de drogas no es posible establecer un grado de pureza de la droga, porque no existe la técnica para ello”* y, respecto de la cocaína, que se requiere una cantidad superior a 10 gramos *“para poder verificar el examen”*<sup>33</sup>.

En relación a la cannabis sativa, y en concordancia con lo sostenido en los fallos de la jurisprudencia minoritaria recién mencionados, atendido su origen vegetal, sólo podría determinarse científicamente por medio de procedimientos químicos, la mayor o menor concentración del metabolito THC -tetrahidrocanabinol- de la cannabis sativa que integre la mezcla total incautada, pero no cuánto de ese total corresponde a cannabis sativa y cuánto a otras especies vegetales u otros elementos, que la Corte Suprema llamada de “corte”, siendo precisamente la falta de este último dato -el porcentaje de pureza-, y no de aquél -el grado de concentración de THC-, lo que la Corte Suprema ha esgrimido en sus fallos para concluir que no hay antijuridicidad material en el tráfico de cannabis sativa. Repárese, para terminar, que lo resuelto mayoritariamente por la Corte Suprema, conlleva que, en el caso de tráfico de pequeñas cantidades de marihuana, dado que nunca se contará con el informe que echa en falta este Tribunal -ningún caso se ha encontrado en que se haya presentado en juicio-, en la práctica se vuelve impune esa conducta, a diferencia de los casos de pequeñas cantidades de cocaína y cocaína base, donde su sanción dependerá de si el Servicio de Salud determinó o no el grado de pureza de la sustancia.

En cuanto a la cocaína, junto al “límite de detección” al que ya aludimos *at supra*, existe el “límite de cuantificación”, que equivale a la concentración mínima de esta droga que puede determinarse con precisión aceptable (repetibilidad) y exactitud. En algunas oportunidades, la cuantificación de una muestra de este

32 No es habitual que los peritos químicos sean citados a declarar en el juicio oral por esta materia, dada la facultad que el artículo 315, inciso 2°, del Código Procesal Penal otorga para sustituir su declaración por la lectura del informe pericial, con lo que se le priva de la posibilidad de explicar directamente a los magistrados del juicio las razones técnicas por las que no se determinó el grado de pureza de alguna droga lo que, como corolario, puede haber contribuido a que los fallos de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no aborden los asuntos referidos ni tampoco los de la Corte Suprema al conocer de los recursos deducidos en contra de aquéllos.

33 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, 4 de septiembre de 2018, Rit N° 78-18, “Ministerio Público contra Cristian Vivanco Ramírez y otros”, contra la cual se dedujeron recursos rechazados por la sentencia Corte Suprema, Rol N° 23.309-18.

alcaloide es informada como “la muestra contiene trazas”, lo que se refiere a que la muestra efectivamente contiene cocaína al dar una señal cromatográfica por sobre el límite de detección, pero su concentración está por debajo del límite de cuantificación del método empleado, por lo que se puede asegurar la presencia de cocaína, pero no determinar su concentración con una exactitud adecuada según las recomendaciones vigentes de Naciones Unidas, estableciendo la autoridad sanitaria nacional que se informa que “la muestra contiene trazas” cuando el porcentaje de cocaína en la droga es inferior a un 1%<sup>34</sup>.

- 2.2. Delitos respecto de los cuales no se demanda determinar la pureza de la droga o sustancia estupefaciente o psicotrópica: Tráfico de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas del artículo 3° de la Ley N° 20.000; Delito de microtráfico recaído sobre otras sustancias -clonazepam y ketamina-; y Delito de siembra, planta, cultivo o cosecha de especies vegetales del género cannabis previsto y sancionado en el artículo 8° de la Ley N° 20.000

34 INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA- *Guía de Pericias Químicas en el Marco de la Ley N° 20.000* [en línea], Santiago, Chile, 2011, p. 25. Disponible en: <http://www.ispch.cl/sites/default/files/Guia%20Ilicitos02.pdf> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2018], págs.18 y 19, donde también se indica que mediante Oficio N° 719 del 28 de mayo de 2009 la autoridad sanitaria informó al Fiscal Nacional del Ministerio Público que se efectuaría análisis cualitativo y cuantitativo (naturaleza, estado, valoración y presencia de adulterantes), sólo a aquellas muestras provenientes de decomisos cuyo peso neto sea igual o superior a 10 gramos, mientras que a todas las muestras provenientes de decomisos cuyo peso sea inferior a 10 gramos, sólo se realizará su identificación y su estado (análisis cualitativo), sin embargo, cuando las circunstancias especiales así lo requieran y la información del porcentaje de cocaína sea necesaria para el Ministerio Público, ésta deberá ser solicitada por escrito, en un plazo no mayor a 120 días corridos desde que la incautación llega al Servicio de Salud con el objeto de que el análisis cuantitativo sea incluido en el resultado del protocolo de análisis. Tratan este asunto también, REBOLLEDO, ob. cit., p. 130; PEÑA, ob. cit., p. 123; ARRIETA, Nicolás. “Breve resumen y análisis de la jurisprudencia más reciente emanada de la sala penal de la Corte Suprema sobre la Ley 20.0000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 52, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2012, p. 136; y, FIGUEROA, Renzo. “Criterios contenidos en las sentencias dictadas por infracción a la ley N° 20.000 durante los meses de octubre a diciembre de 2008”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 37, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2008, p. 111. Cabe resaltar que a partir del año en curso los informes de droga del Instituto de Salud Pública en casos de pericias de cocaína, sea que su estado se presente como “base” o “clorhidrato” en incautaciones de droga iguales o inferiores a 0,5 gramos, es decir, en aquellos casos en que no es posible realizar la determinación de la pureza, contienen la siguiente frase dentro del resultado del análisis: “COCAÍNA (el análisis confirma la presencia inequívoca de la sustancia en una concentración no inferior al 5% expresado en peso)”.

### 2.2.1. Tráfico de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas del artículo 3° de la Ley N° 20.000

En relación al delito del artículo 3° de la Ley N° 20.000<sup>35</sup>, la Corte Suprema, sin atender al tipo de droga o sustancia estupefaciente o psicotrópica objeto de la conducta, invariablemente ha sostenido que no se requiere para afirmar su tipicidad o antijuridicidad -formal o material-, la determinación de su grado de pureza pues, a diferencia del delito del artículo 4°, *“la pureza de la sustancia traficada no es una exigencia del tipo penal, desde que lo que basta para encontrarnos ante una sustancia prohibida es que ésta sea productora de dependencia física o síquica, sea o no capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, y que se encuentre incorporada en el reglamento de la ley”*<sup>36</sup>.

Estas aserciones, en primer término, implican sostener, a *contrario sensu*, que en el delito de microtráfico, *“la pureza de la sustancia”* sí es una exigencia del tipo penal, afirmación respecto de la cual ya se han desarrollado nuestros reparos arriba, sin embargo, conviene no dejar de anotar que, pese a que el fundamento que en los fallos que ahora se examinan se ancla en la letra de la ley, pasa por alto la misma, pues el artículo 4°, de manera expresa, al igual que el artículo 3°, sanciona las conductas que trata que recaigan sobre drogas o sustancias *“productoras de dependencia física o síquica”, “sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°”* de la Ley N° 20.000, es decir, que sean capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud o sólo efectos tóxicos o daños a la salud pero no graves ni considerables, respectivamente<sup>37</sup>. De ese modo, esa lectura del texto

35 Artículo 3 Ley N° 20.000: *“Las penas establecidas en el artículo 1° se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias. // Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas”*.

36 Corte Suprema. 18 de octubre de 2016. Rol N° 59.013-16. “Ministerio Público contra Ana Balboa Mena y otros”. Asimismo, Corte Suprema. 12 de diciembre de 2016. Rol N° 83.390-16. “Ministerio Público contra Emanuel Uauy Pizarro”; 16 de marzo de 2017. Rol N° 2.985-17. “Ministerio Público contra Dervin Aros Pérez”; 20 de junio de 2017. Rol N° 15.611-17. “Ministerio Público c contra Julián Montero Valderas”; 24 de julio de 2017. Rol N° 24.860-17. “Ministerio Público contra Juan Núñez Castillo”; 18 de diciembre de 2017. Rol N° 41.779-17. “Ministerio Público contra Ismael Fuentealba Quiñones”; 21 de agosto de 2018. Rol N° 15.145-18. “Ministerio Público contra Sebastián Ramírez Garrido y otros”; y, 10 de diciembre de 2018. Rol N° 26.100-18. “Ministerio Público contra Denis Vargas Castillo”.

37 CISTERNAS, ob. cit., p. 69, indica que *“la distinta aptitud para provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud no conlleva un tratamiento penológico diferente”*.



que realiza la Corte Suprema no permite avalar la diferenciación que efectúa entre las descripciones típicas de los artículos 3° y 4° de la Ley N° 20.000 y las consecuencias que de ello se coligen, muy por el contrario, extender los razonamientos que desarrolla sobre el artículo 3° -que abarca drogas o sustancias que produzcan o no graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud y que, por tanto, no se requiere determinar su grado de pureza- al artículo 4°, como procede según se ha dicho, no conduciría sino a las conclusiones opuestas<sup>38</sup>.

A mayor abundamiento, esta discriminación que hace la Corte Suprema respecto de las exigencias típicas de los artículos 3° y 4° en los fallos comentados ni siquiera es consistente con pronunciamientos anteriores, en los que había señalado que *“el artículo 4° de la Ley N° 20.000 no crea una figura delictual diferente del tráfico de estupefacientes contemplado antes en el artículo 5° inciso primero de la Ley N° 19.366, y ahora, en la misma forma, en el artículo 3° inciso primero de la nueva normativa, sino se limita a disponer que, si en el caso concreto ese tráfico se refiere a ‘pequeñas cantidades’ de droga, puede sancionárselo con una pena más benévola que la prevista ordinariamente para tal delito. Dicho de otro modo, de lo abarcado por la descripción del comportamiento en que consiste el tráfico de estupefacientes en general, el legislador ha fraccionado un grupo de situaciones a las cuales, no obstante satisfacer las exigencias de ese tipo delictivo, quiere someter a un tratamiento distinto y, ciertamente, más benigno, si concurre la circunstancia de que verse sobre una cantidad de droga ‘pequeña... Que, para verificar la exactitud de lo expuesto en el razonamiento anterior, basta pensar en que, si vigente la antigua Ley N° 19.366, alguien incurría en el tráfico de ‘pequeñas cantidades’ de estupefacientes, se lo debía castigar con arreglo al ya citado artículo 5° inciso primero de ese texto legal; lo cual demuestra que, en definitiva, el artículo 4° de la Ley N° 20.000 sólo contiene una regla de aminoración de la pena de dicho comportamiento típico cuando se refiere a cantidades muy reducidas de droga”*<sup>39</sup>. En efecto, el fundamento

38 VARGAS, ob. cit., p. 7, explica que el objeto del microtráfico *“También son sustancias estupefacientes o sicotrópicas, que producen iguales efectos que las contempladas en el delito de tráfico. Sucede que los efectos son menores porque las sustancias son escasas o porque su calidad es inferior y supone una distribución pequeña, que no alcanza un descontrol mayor”*.

39 Corte Suprema. 19 de julio de 2005. Rol N° 2.005-05. “Ministerio Público contra Clemilde Meza Arias”. Igualmente, Corte Suprema. Rol N° 1.990-05; 24 de abril de 2006. Rol N° 4.401-05. “contra Brisa Ramírez Becerra y otros”; 25 de enero de 2007. Rol N° 3.819-06. “contra Leontina Silva Rodríguez”; y 26 de abril de 2011. Rol N° 9.394-10. “contra Luis Figueroa Méndez y otros”. Reforzando esta idea, la Corte Suprema ha señalado en Corte Suprema, 16 de agosto de 2018, Rol N° 12.564-18, “Ministerio Público contra Nataly Barra Padilla y otros”, que el criterio de distinción entre los delitos de los artículos 3° y 4° de la Ley N° 20.000 *“es de tipo cuantitativo, es decir, atiende a la cantidad de las sustancias traficadas”*. Si bien en algunos fallos Corte Suprema. 8 de octubre de 2008. Rol N° 6.788-07. “contra Carlos Acevedo Rodríguez y otros”; 18 de noviembre de 2008. Rol N° 2.980-08. “contra Carlos Valenzuela Grandón”; 3 de diciembre de 2008. Rol N° 4.192-08. “contra José Cabezas Parra y otros”; 21 de enero de 2009. Rol N° 2.763-08.

entregado en la sentencias examinadas parece olvidar que el delito de tráfico de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas del artículo 3° de la Ley N° 20.000 junto al del artículo 4°, abarcan la totalidad de las conductas antes sancionadas bajo el artículo 5° de la Ley N° 19.366, constituyendo el microtráfico nada más que una figura privilegiada del tráfico de drogas o sustancias del artículo 3°, del cual únicamente se diferencia porque recae sobre “pequeñas cantidades”<sup>40</sup>. Así, si respecto de las mismas acciones que hoy bajo la Ley N° 20.000 se califican como delito de microtráfico al tratarse de pequeñas cantidades, cuando eran comprendidas y sancionadas conforme al artículo 5° de la Ley N° 19.366 no se requería determinar el grado de pureza de las drogas o sustancias sobre que recaían para poder afirmar el peligro para el bien jurídico, no se logra advertir por qué el día de hoy, al distinguirse esas conductas de microtráfico de las constitutivas de tráfico del artículo 3° de la Ley N° 20.000, sí tal exigencia resultaría imprescindible.

El fallo que se viene comentando, refuerza su posición argumentando que *“el conocimiento del grado de pureza de la droga es un elemento a considerar por el juez al momento de dar por establecido el ilícito de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes, desde que dicho componente es trascendente a la hora de confirmar o descartar el uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo del tenedor de la droga”*. Agrega que es esta causal de exención de

---

“contra Jorge Solís Alvarado y otros”; 12 de febrero de 2009. Rol N° 6.589-08. “contra Paola Cruz Arcos y otros”; 12 de febrero de 2009. Rol N° 6.822-08. “contra John Ubilla Reyes y otros”; 23 de abril de 2009. Rol N° 4.859-08. “contra José Ugarte Urbina”; 17 de diciembre de 2009. Rol N° 4.887-09. “contra Roberto Yáñez Vargas y otros”; 21 de abril de 2010. Rol N° 6.996-09. “contra Ángela Cartes Salas y otros”, se ha precisado que el artículo 3° abarca conductas no previstas en el artículo 4°, que esta última disposición señala, a diferencia de aquella, que debe tratarse de “pequeña cantidad”, y que el artículo 4° contempla una especial causal eximente no prevista en el artículo 3°, sin embargo estas diferencias no inciden en el aspecto común de ambas figuras que aquí interesa, esto es, las propiedades o características de las drogas o sustancias que son objeto del delito. A juicio de ARRIETA, Nicolás. “El delito de ‘microtráfico’ en la jurisprudencia: sus alcances y en especial los criterios de determinación judicial de la ‘pequeña cantidad. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 46, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2011, págs. 83 y 84, lo antes reseñado evidencia una evolución del tratamiento jurisprudencial del microtráfico por la Corte Suprema desde una figura privilegiada a una de carácter autónoma.

40 Ahondando en estas ideas, MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 445; GARCÍA, Gonzalo. “El consumo personal como manifestación de la autonomía personal y centro de las valoraciones penales en la Ley N° 20.000”. En: VARGAS, Tatiana (directora). *Ley de Drogas, Tráfico y Microtráfico. Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013, p. 48; RETTIG, ob. cit., págs. 68, 73 y 81; CISTERNAS, ob. cit., págs. 7 y 29. GONZÁLEZ, ob. cit., p. 192; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., págs. 583 y 585; RUÍZ, Fernando. “El delito de tráfico

responsabilidad penal de este preciso delito la que torna en “*imprescindible*” contar con el estudio de la calidad o pureza de la sustancia, “*y que no aparece en la tipificación del artículo 3° de la ley 20.000*” y, de esta manera, en el caso de tráfico de drogas, es la mayor cantidad de la sustancia y, por consiguiente, la “*posibilidad concreta de masiva e incontrolada circulación entre consumidores finales, lo que deja de manifiesto su peligrosidad en relación con el bien jurídico tutelado (...) En suma, aquella peligrosidad que se echa de menos en los casos en que la sustancia incautada corresponde a una cantidad menor, respecto de la cual no consta su grado de pureza, se ve suficientemente establecida en el caso de estos antecedentes al tratarse de un pesaje mayor, que deja en evidencia, más allá de la concentración de componentes alucinógenos, la masividad de su distribución, afectando de este modo, en términos de peligro concreto, al bien jurídico salud pública*”<sup>41</sup>.

Esta argumentación descuida el sencillo motivo por el que el artículo 3° de la Ley N° 20.000 no contempla esa causal de atipicidad, justificación o exclusión de responsabilidad penal -según la tesis a la que se adhiera-<sup>42</sup>, esto es, dado que el delito del artículo 3° comprende la actividad recaída sobre una cantidad “no pequeña” de droga o sustancia, nunca podría, a la vez, servir esa cantidad “no pequeña” para un consumo personal, exclusivo y, especialmente, “próximo en el tiempo”. Ergo, si la consideración de la pureza o calidad de la droga en el inciso final del artículo 4°, sólo tiene por objeto incluir ese elemento entre aquellos que sirven para resolver si la “pequeña cantidad” de droga o sustancia

---

de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20.000”. En: *Revista Política Criminal*, Vol. 4, N° 8, 2009, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2009, p. 412; VARGAS, ob. cit., p. 7; NAVARRO, ob. cit., págs. 262 y 272; MATUS, Jean Pierre. “Informe acerca de algunos aspectos que se han mostrado problemáticos en la aplicación práctica de la Ley N° 20.000”. En: *Revista Ius et Praxis*, Vol. 11 N° 2, Talca, Universidad de Talca, 2005, págs. 333-350. Disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/544/409> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2018], págs. 334 y 335; y sentencia Corte Suprema, Rol N° 2.005-05.

- 41 Corte Suprema, Rol N° 59.013-16. Igual entendimiento en Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 10.602-15, “Ministerio Público contra Sylvia Paola Pérez Carranza y otros”; Rol N° 83.390-16; Rol N° 2.985-17; y Rol N° 41.779-17. En la causa Corte Suprema, Rol N° 15.145-18, únicamente se explica que, conforme se desprende del texto del artículo 3° de la Ley N° 20.000 en relación al artículo 1°, en el delito de tráfico de estupefacientes la pureza de la sustancia traficada no es una exigencia del tipo penal, argumento común a todos los fallos revisados en esta parte.
- 42 GONZÁLEZ, ob. cit., p. 111, NAVARRO, ob. cit., p. 264 y MATUS, ob. cit., p. 336, aluden a “atipicidad”; MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 447, señalan que corresponde a un “*elemento negativo del delito privilegiado de microtráfico*” y ARAVENA, ob. cit., p. 94, a un “*elemento negativo del tipo*”; MARTORELL, Daniel. “Reflexiones sobre el tratamiento penal del consumo de drogas” En: *Boletín del Ministerio Público. Edición Especial*, N° 32, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2007, p. 245, lo menciona como

que se posea, transporte, guarde o porte puede considerarse que lo será para un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, o no<sup>43</sup>, resulta lógico no incluir la calidad o pureza de la droga como factor relevante en el artículo 3° que abarca objetos distintos<sup>44</sup>.

Por otro lado, cabe aclarar que el riesgo para el bien jurídico salud pública cuya falta de acreditación se arguye en la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema en relación al artículo 4°, debe presentarse en la misma forma respecto a la figura del artículo 3°, pues entre una y otra sólo se aprecia una distinta escala de intensidad de la misma peligrosidad, ya que en el microtráfico se presenta “una escasa o menor lesividad a la salud pública, en relación a la vulneración que supone el delito de tráfico de drogas en los términos

---

excluyente de responsabilidad; y MAÑALICH, ob. cit., p. 354, indica que importa la exclusión de la tipicidad a título de tráfico ilícito de estupefacientes. La Corte Suprema, por su parte, en las sentencias de la Corte Suprema, Rol N° 6.788-07, Rol N° 2.980-08, Rol N° 2.763-08, Rol N° 6.589-08, Rol N° 4.859-08, Rol N° 4.887-09 y 6.996-09, se refiere a una “causal eximente de responsabilidad” y en Corte Suprema, Rol N° 12.564-18, habla de conducta “atípica por autoconsumo”. El TC, Rol N° 993-07, alude a una “causal de justificación de la responsabilidad penal” donde “La existencia de un interés preponderante hace desaparecer la antijuridicidad de la conducta y ésta deja de estar prohibida por la ley”.

43 Como demuestra, MAÑALICH, ob. cit., p. 354 y ARAVENA, José. “Evolución del tratamiento jurisprudencial del tráfico ilícito de estupefacientes en Chile”. En: POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre (coordinadores) *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1998, p. 205. Bajo la vigencia de la Ley N° 19.366, para la determinación si la droga sustancia estaba destinada a su tráfico o al autoconsumo, la judicatura no sólo tenía en cuenta el peso de la droga, sino que también su calidad (grado de pureza). En el contexto de la Ley N° 20.000, GONZÁLEZ, ob. cit., p. 160, precisa que la pureza es un criterio cuantitativo, pues contra más pureza más cantidad de droga hay, considerando -citando jurisprudencia de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal- que si la pureza es alta existe la posibilidad de acrecentarla mediante la utilización de diversos aditivos y con ello aumentar la cantidad a transferir o, en caso de que ello no ocurra, un mayor grado de toxicidad de esta. GARCÍA, ob. cit., p. 38, por su lado, explica que en el inciso final del artículo 4° se agregan indicadores negativos no taxativos de trascendencia subjetiva “cuya única finalidad” es orientar al aplicador del derecho hacia la necesaria distinción entre constelaciones de conductas que son comunes tanto al consumo personal como al tráfico y, de ese modo, indicios como “la pureza” permiten determinar la intención de hacer circular la droga o de consumirla. En Corte Suprema, 27 de febrero 2018, Rol N° 45.630-17, “Ministerio Público contra Juan Neculqueo Huaiquilaf y otros”, descarta que se esté frente a la posesión de droga para consumo exclusivo, respecto de un “exiguo” gramaje de droga, dado, entre “otros elementos que deben ponderarse para efectos de la calificación jurídica de la conducta”, un grado de pureza del “61%”.

44 Concuerda en que el artículo 3° de la Ley N° 20.000 no contempla la causal de exclusión de responsabilidad referida, MATUS, ob.cit., p. 336, NAVARRO, ob. cit., p. 278, MARTORELL, ob. cit., p. 245, RUÍZ, ob. cit., p. 423 y GONZÁLEZ, ob. cit., págs. 119 y 120.

del artículo 3°<sup>45</sup>. Sobre esa premisa, la tesis de la Corte Suprema conduce a resultados que no parecen plausibles ni de recibo, desde que sostiene que para postular la antijuridicidad material del delito del artículo 4° resulta ineludible conocer el grado de pureza de la droga o sustancia, mientras que respecto del delito del artículo 3° tal conocimiento es intrascendente para dichos efectos, dado que basta que no sea una pequeña cantidad para que ese peligro pueda sin dudar afirmarse como presente. Seguir esa línea argumentativa conllevaría que, por ejemplo, de sorprenderse a dos personas, a “A” con un contenedor con 50 gramos de clorhidrato de cocaína de 99% de pureza y a “B” con un contenedor con 500 gramos de la misma sustancia de sólo 1% de pureza y, de no presentarse -imagínese cualquier razón para ello- en sendos juicios el informe del artículo 43 de la Ley N° 20.000 sobre su grado de pureza -no existiendo discusión sobre la naturaleza de la sustancia y su peso-, debiera entonces “A” ser absuelto, por tratarse de una pequeña cantidad respecto de la que no se presentó el protocolo de pureza y, por ende, no se probó que se pusiera en riesgo cierto al bien jurídico, mientras que “B” debe ser condenado y, no sólo eso, además por la figura del artículo 3°, puesto que, siguiendo la tesis de la Corte Suprema, tal desconocimiento no resulta relevante, pues basta que no sea una pequeña cantidad para generar ese peligro, con abstracción de su composición, y sin reparar en que la mayor cantidad de sustancia de corte con que se mezcló, si bien permitirá llegar a mayor número de consumidores -consiguiendo el efecto difusión incontrolable-, lo será en una concentración ínfima, produciendo un efecto tóxico o daño a su salud casi nulo<sup>46</sup>, no apareciendo razonable ni proporcional el marcado disímil tratamiento de uno y otro caso. En definitiva, cuando la Corte Suprema sostiene en su jurisprudencia mayoritaria respecto del delito de microtráfico que *“el acusado mantenía una dosis de ‘algo’ en lo que había dichas sustancias, pero en una proporción y con un potencial de dañosidad que en el hecho se ignora y que por lo mismo debe presumirse, raciocinio que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige”*<sup>47</sup>, tal disquisición, de compartirse, resulta plenamente predicable de los casos en que no se trata de una cantidad pequeña de droga o sustancia estupefaciente o psicotrópica pero en que se

45 CISTERNAS, Luciano. “Pequeñas cantidades, grandes interrogantes: propuestas de delimitación respecto del consumo y tráfico de drogas”. En VARGAS, Tatiana (director). *Ley de Drogas, Tráfico y Microtráfico. Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Santiago, Chile, 2013, LegalPublishing-Thomson Reuters, p. 13; RETTIG, ob. cit., p. 68; y CISTERNAS, ob. cit., págs. 33 y 34.

46 Este ejemplo, con el objeto de resaltar el aspecto que interesa, deja de lado otras circunstancias que también deben considerarse, como que, según las vías de administración, condición física o química del consumidor, etc., una dosis de ínfima pureza puede igualmente resultar perjudicial para su salud.

47 Corte Suprema, Rol N° 35.557-15.

desconozca igualmente su grado de pureza, pues la falta de ese dato -siguiendo la tesis de la Corte Suprema- también impide conocer su potencial dañosidad entre el mayor número de consumidores que va a acceder a ella y que, por ende, ante su ausencia, no cabe más que presumir. Es más, la misma Corte Suprema ha explicado que la pureza es un elemento relevante para determinar no sólo si se está ante un delito de microtráfico o ante la falta de porte para autoconsumo, sino si se trata de un delito de tráfico del artículo 3° o del artículo 4° de la Ley N° 20.000, puesto que el concepto de “pequeña cantidad” que utiliza el último, es un concepto o principio regulativo<sup>48</sup>, donde *“los casos en que así ocurre dependen de una multiplicidad de factores tan considerable y cambiante, que no existía manera alguna de determinarlos sirviéndose de una generalización que resultara aplicable a la variedad de las situaciones concretas pues, en efecto, el mismo par de gramos de clorhidrato de cocaína que distribuido entre los varios participantes adultos de una reunión social debería ser apreciado como una pequeña cantidad, no lo será si los destinatarios son adolescentes recién llegados a la pubertad”*, ejemplo con el cual admite que debe atenderse no sólo al número de receptores de la droga o sustancia sino a la potencialidad de afectación a la salud de cada uno de ellos, lo que queda meridianamente claro al expresar que *“la cosa dependerá también del grado de pureza de la sustancia”* y, en fin, *“de una multitud de otras circunstancias que, incluso, resulta difícil imaginar”*<sup>49</sup>.

No puede tampoco pasar inadvertido que la Corte Suprema, al fundarse en el tenor literal del inciso final del artículo 4° para concluir la necesidad del informe de pureza, desconoce igualmente que conforme al mismo texto tal conclusión no puede extenderse a las conductas descritas en el inciso 2° del artículo 4° de la Ley N° 20.000. En efecto, la Corte Suprema no repara que el mentado artículo 4°, como aparece claramente en sus incisos 1° y 3°, limita los casos en que puede justificarse que la droga o sustancia está destinada al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, operación para la cual, por ende, conforme al último inciso, debe considerarse la pureza o calidad de la droga, a aquellos de porte, transporte, posesión y guarda, excluyendo

48 Los que según ROXIN se *“caracterizan por no ofrecer baremos ni jurídicos ni extrajurídicos para su complementación ... Está claro que con tales conceptos regulativos no se pueden formar conceptos jurídicos. Su ámbito de aplicación es, por eso, mucho más reducido; se limita a posibilitar una resolución justa del caso concreto sólo en los espacios marginales no codificados de conceptos que por lo demás poseen nítidos contornos”*. ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. Traducción de la 7ª ed. alemana Joaquín Cuello y José Luis Serrano, Madrid, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, p. 137.

49 Corte Suprema, Rol N° 2.005-05. Similares son Corte Suprema, 2 de enero de 2007, Rol N° 1.506-05, “contra Pablo Poblete Castro”; Rol N° 3.819-06; y, Rol N° 23.309-18.

los del inciso 2°, esto es, amén de la adquisición, la transferencia, suministro y facilitación de las drogas o sustancias, distinción que viene de perogrullo, pues respecto de quien se acredita que vendió la droga a un tercero no podría argüir que la misma se poseía para el autoconsumo. Lo anterior, conforme a la interpretación que levanta la Corte Suprema, debió llevar a declarar, salvo mejores razones que ningún fallo ha explicitado, que respecto de las acciones descritas en el inciso 2° la ley no requiere el protocolo del artículo 43 de la Ley N° 20.000, sin embargo, en los fallos arriba enunciados la Corte Suprema no se detiene en tan sustancial diferenciación y lo exige para todos los verbos rectores del artículo 4°.

No resulta en balde mencionar que la Corte Suprema condiciona la necesidad de probar el grado de pureza de la droga o sustancia en el caso en concreto que conoce según si, en su parecer, se trate o no de una pequeña cantidad de droga o sustancia estupefaciente o psicotrópica, desentendiéndose, en general, de la apreciación que haya efectuado el Tribunal de la instancia. Así ha señalado que, no compartiendo la calificación de microtráfico que realiza el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de los hechos, *“la cantidad misma de la droga incautada, 777 gramos, hace que la determinación de la pureza exigida en el artículo 43 de la Ley 20.000 resulte innecesaria, porque es evidente que dicho volumen es suficiente para afectar el bien jurídico protegido”*<sup>50</sup>. En otras oportunidades ha manifestado no compartir la calificación de delito de microtráfico efectuada por los jueces del grado, porque *“se aparta del tenor literal de la norma aplicada al caso en análisis, pretiriendo la aplicación de la disposición sustantiva pertinente [artículo 3°], cuyo tenor es más gravoso para el sentenciado, de manera que no puede considerarse configurada la causal en estudio que pretende la dictación de sentencia absolutoria respecto del encartado”*<sup>51</sup>. De estas últimas consideraciones se infiere -los fallos no lo dicen así expresamente- que la Corte Suprema entiende que, dado que la correcta calificación de los hechos no es la de microtráfico determinada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, sino la de tráfico del artículo 3°, no es menester en ese

50 Corte Suprema, 6 de febrero de 2018, Rol N° 45.639-17, “Ministerio Público contra Carlos Astudillo Astudillo”.

51 Corte Suprema, 2 de enero de 2018, Rol N° 42.692-17. “Ministerio Público contra Jaison Vidal Vásquez”; 24 de enero de 2018, Rol N° 44.300-17. “Ministerio Público contra Priscilla Jaime Barrera”; 28 de marzo de 2018, Rol N° 2.861-18. “Ministerio Público contra Giovanni Araya Muñoz”; y 25 de abril de 2018, Rol N° 4.183-18. “Ministerio Público contra Roberto Carrizo Lucero”. Al contrario, en sentencia Corte Suprema, Rol N° 15.611-17, la Corte Suprema exige el informe de pureza al haber sido calificado el delito por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal como microtráfico y no haber cuestionado el Ministerio Público la calificación efectuada en la sentencia, *“por tratarse de un recurso de derecho estricto”*.

caso conforme a su jurisprudencia mayoritaria probar el grado de pureza de la droga o sustancia para configurar ese delito<sup>52</sup>. Sin perjuicio que, conforme a lo que se ha venido tratando, parece acertado el resultado al que llegan estas sentencias -rechazo del recurso-, los motivos que conducen al mismo no se avienen a lo sostenido por la Corte Suprema al delinear el concepto de pequeña cantidad como uno de carácter “regulativo”, conforme al cual, según ya vimos, para dilucidar si se trata o no de una pequeña cantidad y, por ende, del delito del artículo 4° ó 3° de la Ley N° 20.000, queda entregado a los jueces del tribunal de la instancia ponderar la *“multitud de otras circunstancias que, incluso, resulta difícil imaginar”*<sup>53</sup>, sin que, por tanto, resulte coherente con esa interpretación que la Corte Suprema se arrogue la valoración y decisión sobre esas circunstancias en el marco del conocimiento de un recurso de nulidad en el que, además, únicamente se invoca la causal de errónea aplicación del derecho (373 letra b) Código Procesal Penal ), tal como lo ha dicho este mismo Tribunal al señalar que *“los pesos brutos y netos de la droga, su naturaleza, su pureza, la cantidad de dosis en que podría fraccionarse o aumentarse con sustancias de corte, el número y sector de consumidores que podrían acceder a ella y el daño a su salud al que con aquella se les expone, así como otros elementos relevantes según el caso en particular” son factores que deben ser “ponderados soberanamente por los jueces del grado al momento de dirimir si la conducta de los acusados puede subsumirse en la figura del artículo 3° o del artículo 4° de la Ley N° 20.000”*<sup>54</sup>.

Por último, cabe mencionar algunos aspectos adjetivos atinentes y útiles.

Durante el período examinado, la Corte Suprema ha resuelto que, pese a ser efectivo que no se determinó en la sentencia el grado de pureza de la droga por no introducirse en el juicio el respectivo informe, al no constar que ese asunto fuere planteado en el juicio oral, *“mal podría acusarse a la sentencia de haber incurrido en error de derecho -y que tal infracción tuviera influencia en lo dispositivo del fallo- si el reclamo de la defensa no formó parte de la controversia de la instancia”*<sup>55</sup>. Por otro lado, respecto de un arbitrio de nulidad formulado afincado en la causal de la letra b) del artículo 373 Código Procesal Penal

52 En sentido opuesto, en Corte Suprema, 22 de noviembre de 2018, Rol N° 19.051-18, “Ministerio Público contra Juan Peralta González”, resolvió que la calificación de los hechos como tráfico del artículo 3° de la Ley N° 20.000 era errónea, siendo la correcta la del artículo 4° del mismo texto y, siguiendo la jurisprudencia minoritaria, expresó que no se requiere acreditar la pureza de la droga para sancionar conforme a esa figura.

53 Corte Suprema, Rol N° 2.005-05; Rol N° 1.506-05; y Rol N° 3.819-06.

54 Corte Suprema, Rol N° 24.860-17.

55 Corte Suprema, 4 de enero de 2017, Rol N° 88.993-16, “Ministerio Público contra Víctor Villalobos Flores”.



en que se alega la indeterminación del grado de pureza, la Corte Suprema anuló el fallo de la instancia por la causal de la letra e) del artículo 374 Código Procesal Penal en relación al artículo 342 letra d) del mismo texto, conforme le permite el artículo 379, esgrimiendo que la sentencia no se hace cargo *“de la tesis de la defensa en torno a la insuficiencia de las probanzas de cargo para demostrar la real peligrosidad de la sustancia decomisada, dejando constancia, en la fundamentación, de las evidencias utilizadas para darla por establecida”*<sup>56</sup>. Y, en otra oportunidad, se estima que el yerro invocado consistente en sancionar conforme al artículo 3° de la Ley N° 20.000 pese a haberse determinado el grado de pureza de parte de la droga y no de toda ella, carece de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, *“desde que incluso si se tienen en cuenta sólo los 8 paquetes contenedores de clorhidrato de cocaína realmente periciados, al pesar cada uno entre 800 grs. a 1 kilo, de todas formas por su cantidad total -8 kilos según predica el propio recurso, debió calificarse el delito en la forma que lo hizo la sentencia y pudo imponerse la pena determinada en el fallo, tema que reconoce el propio recurrente al no introducir en lo petitorio ni la absolución de Vicente García ni la recalificación del delito a la figura del artículo 4° de la ley N° 20.000, ni siquiera la rebaja de la sanción”*<sup>57</sup>.

### 2.2.2. Microtráfico recaído sobre otras sustancias -clonazepam y ketamina-

En fallos que tratan delitos de tráfico de pequeñas cantidades del artículo 4° de la Ley N° 20.000<sup>58</sup>, la Corte Suprema ha sentenciado que no es necesaria para su sanción la determinación de la pureza del fármaco objeto del ilícito, esgrimiendo diversas razones que, aun cuando conducen a una decisión que se conforma con lo que se ha venido observando en este trabajo, tampoco resultan plausibles, como se demostrará.

En primer término, en las sentencias analizadas se expresó que el clonazepam es capaz de producir daños considerables a la salud conforme con el Reglamento, agregando en relación a la composición o concentración de ese fármaco -pureza- que *“no aparece como un elemento de análisis adicional que sea necesario ni factible de llevar a la práctica, especialmente*

56 Corte Suprema, 5 de abril de 2016, Rol N° 8.156-16, “Ministerio Público contra José Sepúlveda Salinas”.

57 Corte Suprema, 30 de octubre de 2017, Rol N° 38.694-17, “Ministerio Público contra Julio Ipial Rodríguez y otros”.

58 De corresponder a un caso de tráfico del artículo 3°, cabe entender que los razonamientos para desestimar los recursos habrían discurrido no en función del tipo de sustancia, sino en relación con que la tipificación de esa figura, como ya se expuso, no requiere tal especificación.

*por la condición en que se consume, de modo que las exigencias del protocolo de análisis químico que se aportó al juicio de esta sustancia se satisfacen, a efectos de dar por establecido el objeto material del ilícito*<sup>59</sup>. El argumento inicial justifica dos observaciones, primero sobre referencia, porque el clonazepam figura en el artículo 2° del Reglamento y no en su artículo 1°, por lo que corresponde a una droga o sustancia que no produce graves efectos tóxicos ni daños considerables a la salud y, la segunda, sobre la falta de coherencia con la doctrina de la propia Corte Suprema, pues como ya hemos analizado at supra, tratándose del clorhidrato de cocaína, cocaína base y cannabis sativa, para el Máximo Tribunal no resulta determinante que esas drogas o sustancias estuviesen incluidas en el Reglamento, sea en el artículo 1° ó 2°, como una de aquellas que produce esos efectos o daños a la salud, entendiendo tal inclusión una condición necesaria pero no suficiente. Ahora en lo concerniente al segundo razonamiento, esto es, que no sea factible llevar a la práctica la determinación de la composición o pureza del fármaco, cabe resaltar igual inconsistencia, puesto que como es bien sabido, el motivo por el cual, generalmente, no se lleva a cabo una pericia de pureza sobre la droga o sustancia en los delitos de microtráfico consiste en que la misma no resulta factible, como ya se explicó antes, sin que ello haya sido óbice para que la Corte Suprema la requiera en todo caso. Y en lo relativo a *“la condición en que se consume”* este fármaco, tal circunstancia tampoco ha sido motivo para prescindir de la determinación del grado de pureza de la droga tratándose de la cannabis sativa, como lo destaca la jurisprudencia minoritaria producida con ocasión del delito de microtráfico antes estudiada<sup>60</sup>.

En otras ocasiones, tratándose igualmente de clonazepam, se establece la innecesariedad de determinar el grado de pureza del fármaco, por razones técnicas esta vez que no pueden sino compartirse, señalando que se trata de *“un medicamento elaborado por laboratorios farmacéuticos y que es utilizado en la medicina con fines terapéuticos, en concreto, es una benzodiazepina que afecta a los químicos del cerebro que puedan estar desequilibrados, siendo utilizado básicamente para el tratamiento de trastornos convulsivos y de pánico... En esas circunstancias, la obtención de esta droga se produce mediante su adquisición en establecimientos farmacéuticos, los que las expenden luego de otorgada una autorización previa de parte de la autoridad sanitaria del país que, entre otros*

---

59 Corte Suprema, 11 de mayo de 2016, Rol N° 19.610-16, “Ministerio Público contra Sebastián Morgado Farías y otros”.

60 Corte Suprema. Rol N° 8.153-16; Rol N° 16.560-16; Rol N° 1.720-17; Rol N° 10.197-17; Rol N° 39.641-17; Rol N° 39.779-17; Rol N° 39.746-17; Rol N° 44.549-17; Rol N° 44.261-17; Rol N° 2.257-18; Rol N° 1.523-18; Rol N° 10.835-18; Rol N° 15.155-18; y, Rol N° 14.929-18.

aspectos, verifica que la composición del medicamento se atenga a los parámetros exigidos por la normativa. Esto implica que, una vez establecida la naturaleza del producto, tanto su contenido como su composición, es aquella explicitada en las cajas en las que se expende este fármaco y que ha sido previamente permitida por la autoridad, siendo inconducente un análisis de esos tópicos, como también el de su caducidad y pureza, desde que este último se justifica en aquellos estupefacientes elaborados en forma ilegal”. De ese modo, se concluye que basta, en el caso de estos fármacos, con el establecimiento de su naturaleza y la relación de los efectos que producen y la peligrosidad que revisten para la salud pública para encontrarnos ante una sustancia contemplada en el Reglamento de la Ley N° 20.000 y, por ende, prohibida por el artículo 1° de la ley en referencia, sin que sea necesario un dictamen técnico sobre pureza<sup>61</sup>. Estos pronunciamientos, en verdad, no importan un giro en la jurisprudencia mayoritaria que demanda la determinación de la pureza de la droga o sustancia para afirmar la antijuridicidad material, sino simplemente observar que, dado que esa pureza “es aquella explicitada en las cajas en las que se expende este fármaco”, ese antecedente es suficiente para su prueba, sin que por ende, en ese caso se requiera el informe del artículo 43 de la Ley N° 20.000, pese a que esta disposición no efectúa tal distinción y que precisamente esto -que el artículo 43 no diferencie- es un argumento esgrimido por la Corte Suprema para sostener que respecto de la cannabis sativa igualmente se requiere el referido protocolo<sup>62</sup>.

### 2.2.3. Delito de siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales del género cannabis del artículo 8 de la Ley N° 20.000

Respecto de la figura penal prevista en el artículo 8° de la Ley N° 20.000<sup>63</sup>, sostenidamente la Corte Suprema ha estimado innecesario presentar en el juicio un protocolo de pureza sobre la planta de marihuana, porque de la

61 Corte Suprema, 29 de marzo de 2018, Rol N° 2.926-18, “Ministerio Público contra María Guerra Rosales” y 2 de octubre de 2018, Rol N° 18.640-18, “Ministerio Público contra Francisco Tapia Saavedra”. Respecto de Ketamina, Corte Suprema, 10 de octubre de 2018, Rol N° 20.630-18, “Ministerio Público contra Cristián Zansana Paz y otros”.

62 Expresando, como se vio arriba, que “el texto del artículo 43 de la Ley N° 20.000, transcrito más arriba, no establece excepción alguna en cuanto a las sustancias a las que debe realizarse el análisis químico”, Corte Suprema, Rol N° 35.557-15; Rol N° 68.800-16; Rol N° 68.831-16; Rol N° 88.865-16; Rol N° 3.681-17; Rol N° 4.722-17; Rol N° 6.017-17; Rol N° 6.079-17; Rol N° 6.100-17; Rol N° 8.018-17; Rol N° 7.915-17; Rol N° 7.893-17; Rol N° 9.170-17; Rol N° 8.377-17; Rol N° 15.607-17; Rol N° 34.317-17; Rol N° 37.281-17; Rol N° 101.762-16; Rol N° 34.315-17; Rol N° 41.995-17; Rol N° 43.281-17; Rol N° 101.762-16; Rol N° 34.315-17; Rol N° 41.995-17; y, Rol N° 43.281-17.

63 Artículo 8 Ley N° 20.000: “El que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias

descripción que contiene dicho delito aparece que “*la pureza de la sustancia traficada no es una exigencia del tipo penal*”, expresando que “*la presencia de los principios activos de la sustancia de rigor es suficiente para calificarla como aquellas que constituyen el objeto material del delito de cultivo*”<sup>64</sup>.

Sin perjuicio que, como arriba ya se ha explicado, los delitos de tráfico de los artículos 3° y 4° de la Ley N° 20.000 tampoco contemplan en su descripción a la “pureza” de la sustancia -o, más bien, “cierto grado tóxico o dañino de pureza”, según también se apuntó antes- como un elemento de esos tipos penales, cabe aquí entender que, siguiendo la tesis de la Corte Suprema, en el delito del artículo 8° únicamente se requiere probar que de la planta se puede obtener una sustancia estupefaciente o sicotrópica dada la presencia de los principios activos, y no así que esa sustancia, dado el grado de concentración de esos principios activos, sea capaz de provocar efectos tóxicos o daños a la salud, lo que, si bien es concordante con pronunciamientos antiguos de la misma Corte Suprema dictados bajo el régimen de la Ley N° 18.403<sup>65</sup>, con tal predicamento deja de lado ahora la exigencia de antijuridicidad material que venía demandando en su jurisprudencia mayoritaria, conformándose con la mera tipicidad y antijuridicidad formal, sin fundamentar tan marcado cambio de criterio.

---

*estupefacientes o sicotrópicas, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, caso en el cual sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes. // Según la gravedad del hecho y las circunstancias personales del responsable, la pena podrá rebajarse en un grado”.*

- 64 Corte Suprema. 18 de julio de 2017. Rol N° 24.869-17. “Ministerio Público contra David Opazo Márquez”; 29 de noviembre de 2017. Rol N° 41.412 -17. “Ministerio Público contra Andrea Muñoz Jeria y otros”; 5 de noviembre de 2018. Rol N° 23.005-18. “Ministerio Público contra José Frederic Arenas y otros”. Esta motivación se opone a lo expresado en sentencia Corte Suprema, 2 de diciembre de 1991, “Contra Loyola Torres, Eduardo”. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, T. LXXXVIII, N° 3 (Septiembre - Diciembre Año 1991), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, págs. 154-157, donde se sanciona la conducta pese a que el oficio del Director del Servicio de Salud señala que la muestra analizada -“*sumidades floridas de Cannabis Sativa L. (cáñamo)*”- corresponde a “*Cannabis Sativa sin principios activos estupefacientes y, por lo tanto, no produce daño en el organismo*”. Comentando esta sentencia ARAVENA, ob. cit., págs. 222 y 223, refiere que en tal interpretación podría entenderse que subyace la idea de que la especie cultivada es potencialmente productora de droga, independientemente de que en el momento de su descubrimiento carezca de esa característica, de modo tal que ello no excluye el riesgo futuro (o pasado) que con ella se puede provocar y que en definitiva es lo que el legislador quiso reprimir con este tipo penal.
- 65 Corte Suprema, 2 de diciembre de 1991, cit., p. 155: “*La expresa mención a las especies del género cannabis excluye la opinión del recurrente de que el requisito de punibilidad es de que se trate de especies productoras de sustancias estupefacientes o psicotrópicas*”; y al compararse

En otra ocasión<sup>66</sup>, también respecto de una condena por delito de microtráfico, la Corte Suprema estimó innecesaria la presentación del informe de pureza que reclamaba el recurso de nulidad, dado que la conducta desarrollada por el acusado *“se ajusta a aquellas descritas en los artículos 1 y 4 de la Ley N° 20.000 y lo es desde que los elementos para el cultivo, de las características reseñadas [“además 138,96 gramos de marihuana al interior de una bolsa de nylon y dinero en efectivo, 13 plantas vivas de marihuana, de entre un metro y un metro treinta centímetros cada una, y un sistema de cultivo construido al interior del inmueble, el cual contaba con sistema de iluminación, riego y ventilación”], desbordan con creces una posible hipótesis de autoconsumo”*. Este pronunciamiento presenta una línea argumentativa confusa, desde que, como ya vimos, la no exigencia de la determinación del grado de pureza respecto del delito de microtráfico que tiene por objeto material a marihuana no se ha justificado, al menos según la jurisprudencia mayoritaria de la misma Corte Suprema, según si se trata o no de porte para autoconsumo, pues en el microtráfico el destino de autoconsumo ni siquiera puede concurrir ya que, de ser así, el título de sanción habría sido el artículo 50 de la Ley N° 20.000, en el que por lo demás, igualmente se ha requerido por la Corte Suprema determinar el grado de pureza en algún fallo<sup>67</sup>.

### **3. Proximidad en el tiempo del consumo como causal excluyente de responsabilidad en el delito de siembra, planta, cultivo o cosecha de especies vegetales del género cannabis del artículo 8 de la Ley N° 20.000**

En relación a la causal excluyente de responsabilidad penal del artículo 8° de la Ley N° 20.000 que contempla el inciso 1° del mismo precepto, esto es, que se justifique que las especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas que el imputado sin la debida autorización siembra, planta, cultiva o cosecha, están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, la Corte Suprema ha resuelto que determinar si la plantación de cannabis sativa está o no destinada al consumo “próximo en el tiempo” del acusado -en la sentencia examinada por la Corte Suprema fue un elemento asentado ya por los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que con

---

*ausencia de los principios activos del cáñamo indiano en las sumidades floridas de que se trata, la siembra de la referida marihuana no sería constitutiva de delito. Tal argumentación es equívoca, pues si tal hubiera sido el propósito, intención o espíritu de la norma habría bastado que se refiriera simplemente -y en términos generales- a especies vegetales o sintéticas productoras de sustancias estupefacientes o psicotrópicas”*. Este criterio es compartido por MATUS, ob. cit., p. 221.

66 Corte Suprema, Rol N° 37.989-17.

67 Corte Suprema, Rol N° 82.304-16.

la droga resultante se realizaría un consumo “personal y exclusivo”- es un asunto de “calificación jurídica” de los hechos y circunstancias fijados en la instancia y, por ende, revisable a través del recurso de nulidad por la causal de errónea aplicación del derecho del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal<sup>68</sup>.

Como se observa en relación al criterio cuantitativo indefinido de “pequeña cantidad” utilizado por el artículo 4° de la Ley N° 20.000, la Corte Suprema estima que el concepto de “proximidad en el tiempo” también es un “concepto regulativo”, sin embargo, dado que en el pasado ha sostenido que el empleo de ese tipo de conceptos o principios supone que la precisión de las circunstancias bajo las cuales opera tiene necesariamente que hacerse por los jueces del grado, que son quienes se hallan en posesión de los antecedentes fácticos<sup>69</sup>, debió explicar adicionalmente ahora que ello no implica que al hacer sus decisiones los tribunales “*puedan apartarse de las directrices ofrecidas por la cláusula regulativa*”, fórmula de la cual ahora se vale para “entrar a la ponderación” de esas circunstancias factuales que antes había rehuido aquilatar<sup>70</sup>. En ese contexto, la Corte Suprema señaló que, atendido que en la situación conocida se trataba de llenar los “espacios marginales” del concepto regulativo de “proximidad en el tiempo” en base a las especificidades de la situación en que se sorprendió la plantación y la finalidad que se le daría a la misma por el acusado, en esa labor el tribunal de la instancia desatiende hechos fijados en la misma sentencia y otros que no requieren de prueba -como el ciclo de la planta de cannabis sativa-, y que conducían a tener por concurrente el elemento temporal en cuestión que permite reconducir los hechos a la figura del artículo 50 de la Ley N° 20.000. En ese orden, la Corte Suprema considera que “las particularidades del ciclo de la vida de la planta de cannabis” impedirían al imputado disponer de la misma todo el año, puesto que en su caso eran utilizadas para el tratamiento de sus afecciones físicas, lo que lo fuerza a cultivar el número de plantas suficiente -en el caso conocido en el fallo, se trató de “15 plantas vivas y alrededor de 2.4 kilos de marihuana”-<sup>71</sup> para proveerse durante el período en que las plantas no serán

68 Corte Suprema, 4 de abril de 2016, Rol N° 14.863-16, “Ministerio Público contra Feliciano Canales García”.

69 Corte Suprema, Rol N° 2.005-05. También Corte Suprema, 15 de abril de 2009, Rol N° 7.555-08, “contra Andrea Aguayo Miranda y otros”; 3 de diciembre de 2009, Rol N° 7.937-08, “contra Lucila Ruíz Díaz y otros”; y, Corte Suprema, Rol N° 24.860-17.

70 En Corte Suprema, Rol N° 2.005-05, ya se había invocado esta justificación al sostener que podría revisarse la decisión que colma de contenido a un concepto regulativo, pero únicamente en un caso en que el apartamiento de las directrices sea “*tan manifiesta que, en verdad, configure una auténtica falta o abuso grave*”, es decir, un supuesto del recurso de queja que no se presentaba en el fallo en comento.

71 En las siguientes sentencias, anteriores al período estudiado, acogiendo los recursos de nulidad presentados por las defensas de los acusados, la Corte Suprema descartó

cosechadas. Es decir, puntualiza la Corte Suprema que la proximidad no se disipa únicamente en base a un criterio cronológico o lineal<sup>72</sup>, número de días o meses sucesivos en que la droga producida será consumida<sup>73</sup>, sino también tomando en cuenta circunstancias que no descartan el consumo personal y exclusivo en un tiempo aunque próximo, no inmediato, por ejemplo, si la cantidad es la indispensable para no discontinuar el tratamiento hasta una próxima cosecha, caso en el cual precisamente la Corte Suprema estimó que se cumple el extremo en análisis<sup>74</sup>. Todo lo anterior, va enlazado en el fallo a un análisis teleológico y sistemático de la Ley N° 20.000, que pondera la política criminal que reside tras ese cuerpo legal, de manera que la prohibición de una conducta en dicho texto no conlleve el incentivo de la comisión de otras por

---

sancionar conforme al artículo 8° de la Ley N° 20.000 por razones similares: Corte Suprema, Rol N° 4.949-15, tratándose de *“siete plantas de cannabis sativa con alturas oscilante entre 1,50 metros a 2, 10 y 45 gramos de marihuana seca a granel”*; Corte Suprema, 11 de noviembre de 2015, Rol N° 15.920-15, “Ministerio Público contra Jendery Agullo Escobar”, que correspondió a *“40 plantas vivas del género cannabis sativa, con sumidades floridas, distribuidas en tres tambores de lata de 200 litros cortados por la mitad, plantas que median entre 20 y 90 cms. de altura, con un peso de 1068,50 gramos netos”*. En cambio, en la sentencia Corte Suprema, 5 de abril de 2016, Rol N° 6.909-16, “Ministerio Público contra Marcela Caviedes Jiménez”, se descartó que el único destino de la droga fuese el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo de los acusados, consistente en *“7 plantas del género Cannabis Sativa, con una altura fluctuante entre 1,90 y 2,50 metros aproximadamente, ... 10.467,2 gramos netos de Cannabis Sativa; ... unos ganchos con sumidades floridas (cogollos) de Cannabis Sativa en proceso de secado, con un peso neto de 1.493,2 gramos; y, finalmente, 154,4 gramos netos de Cannabis Sativa, tipo marihuana elaborada”*.

- 72 MARTORELL, ob. cit., p. 246, expresa que al considerar que el consumo sea “próximo en el tiempo” se abandona la razón de ser de la exclusión de la sanción penal (consumo) mezclando el tema tratado más bien con consideraciones de carácter probatorio que no debieron estar presentes en la redacción de la norma, pues si el fundamento de la exclusión es no sancionar el porte de droga desarrollado por quien es sólo consumidor de ésta, no se observa razón para diferenciar –como elemento típico– su lejanía o proximidad en el tiempo, toda vez que ello no cambia su condición de consumidor. Igual opinión manifiesta CISTERNAS, ob. cit., p. 8. Sin embargo, el sentido cronológico de interpretación es recurrente en las sentencias de los TOJP como refleja el estudio de NAVARRO, ob. cit., p. 279.
- 73 Como refiere Bustos dadas las dificultades para distinguir cuando el sujeto posee para su propio consumo y cuando para traficar, se ha propuesto por algunos, como criterio cuantitativo objetivo, *“la dosis media de tres días de un toxicómano”*, acotando que habría que considerarlo como criterio básico (es decir, en este caso nunca habrá delito) pero no único, pues además en otros casos habrá que considerar las circunstancias personales y del hecho, por lo que, en caso de duda, debe estimarse que es mera tenencia. BUSTOS, ob. cit., p. 592.
- 74 De manera análoga, CISTERNAS, ob. cit., p. 121, tratando esta causal de exclusión de sanción a título de microtráfico, señala que *“Cuando se atiende a la cantidad para desechar el presupuesto de que lo poseído, portado, guardado, transportado, incluso, adquirido no está destinado al uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, lo que se pretende, en*

parte del mismo agente o de terceros, incluso de mayor gravedad. En este sentido, afirma la Corte Suprema que, de otro modo, se instaría al acusado y a quienes se encuentren en una situación similar, a adquirir la sustancia durante las épocas en que sus plantas no les provean de la misma, de manera clandestina a terceros que la comercialicen de manera ilícita, fomentando de esa forma la actividad de tráfico de drogas que el legislador proscribió y que constituye la verdadera afectación del bien jurídico salud pública que protege la Ley N° 20.000<sup>75</sup>.

Todos estos planteamientos dejan traslucir, en lo referido al tratamiento del tráfico y consumo de drogas, un alejamiento de la Corte Suprema del modelo prohibicionista y, por el contrario, una aproximación o cercanía con el modelo político-criminal de reducción de daños, modelo que, sin cuestionar

---

*realidad, no es descartar la posibilidad de un uso o consumo personal y exclusivo por el solo dato del gramaje, sino que se busca descartar la posibilidad de un consumo próximo en el tiempo. De esta manera, los argumentos de los magistrados, conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, están centrados (o deberían estarlo) en precisar por qué motivos la cantidad incautada al acusado es o no susceptible de un consumo próximo en el tiempo ... v.gr. ... que 20 grs. de marihuana se condice con un consumo próximo en el tiempo del acusado, quien se abastece de tal cantidad porque trabaja por turnos y a las afueras de la ciudad, y resulta de toda lógica que se abastezca para prevenir los síndromes de abstinencia". HERNÁNDEZ, ob. cit., págs. 212 y 213, enfatiza que si se asume sin matices a la cantidad portada como criterio para definir la finalidad de la tenencia, "se pueden producir situaciones injustas de castigo al simple consumidor que porta para sí una cantidad mayor a la que se ha considerado como habitual o normal o suficiente, en circunstancias que esto puede deberse a un sinnúmero de situaciones fortuitas: el acopio de drogas en previsión de escasez futura, o una oferta muy ventajosa en cuanto a calidad o precio y que no se quiso desperdiciar, etc.". En sentido opuesto, NAVARRO. ob. cit., págs. 278 y 279, el que expone que la jurisprudencia de TOP ha declarado que la exigencia de la proximidad temporal que contiene la ley para el autoconsumo excluyente de la tipicidad de la conducta pretende evitar el almacenamiento o la mantención de la droga (sin importar la cantidad) en manos de consumidores, para igualmente enervar la socialización y facilitación de las sustancias, por lo que son rechazables los argumentos de compras de determinadas cantidades teniendo en vistas futuros consumos.*

- 75 Igual visión parece haber adoptado la Comisión Especial de Drogas que estudió esta disposición al expresar que no pretendía sancionar "a los que tengan una o dos matas de marihuana para su consumo, por cuanto de sancionarse este hecho, se estaría en cierta forma, incitando a ser traficante". Historia de la Ley N° 20.000, Segundo Informe Comisión Especial Drogas, Cámara de Diputados, 18 de julio de 2001, Cuenta en Sesión 04, Legislatura 345, págs. 55 y sptes. Similar enfoque en el análisis también se presenta en Corte Suprema, Rol N° 4.949-15 para concluir que el uso o consumo "personal exclusivo" a que alude el artículo 8° al remitirse al artículo 50 puede ser llevado a cabo por más de una persona, expresando, entre otras consideraciones que "lo razonado por los jueces del grado ni siquiera se aviene a la política-criminal prohibitiva que hay detrás de la legislación especial en estudio, pues lo que aquellos postulan conllevaría, por ejemplo, que una pareja o grupo de personas que habitan en un mismo domicilio sólo podrán evitar la sanción penal prevista en el artículo 8° si, en vez de sembrar y cultivar en conjunto una



de manera directa la actual política criminal centrada en la represión penal y sin proponer de manera directa su despenalización, asume implícitamente el fracaso del objetivo de erradicar el tráfico de drogas y centra sus esfuerzos en mitigar los daños derivados de su consumo, mediante acciones que tratan de facilitar o crear las condiciones para un consumo seguro<sup>76</sup>. Asimismo, esta interpretación teleológica de la ley que lleva a cabo la Corte Suprema parece enriquecida por la noción moderna de la orientación hacia las consecuencias, que importa no desinteresarse del efecto previsible de las normas y satisfacerse con lo que parezca equitativo en un plano puramente formal<sup>77</sup>.

De la misma manera, la Corte Suprema ratifica su doctrina gestada en pronunciamientos pretéritos, en los cuales manifiesta que para configurar el delito previsto en el artículo 8° de la Ley N° 20.000 se requiere, junto con la acreditación de la conducta descrita en ese tipo penal, que además se demuestre que la misma constituye una afectación o puesta en riesgo del

---

*sola planta de cannabis sativa y compartir su producto, cada uno de ellos siembra y cultiva su propia planta -multiplicándose según el número de habitantes la cantidad total de plantas y de droga que podría obtenerse de las mismas- única forma de justificar frente a una eventual persecución penal que el destino de la droga que se obtendría de cada planta sería el consumo individual o 'singular' de su respectivo dueño". Esta forma de aproximación ya podía observarse en sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, al declarar que "de aceptarse la opinión del señor Fiscal, se llegaría a establecer un principio que pugna con lo que nuestra legislación considera pertinente para establecer el hecho delictuoso y la responsabilidad penal, ya que cada vez que dos o más personas en forma simultánea extrajeran yerba, conteniendo cannabis sativa, para su consumo particular, estaríamos en presencia, según el criterio del Ministerio Público, del delito de tráfico de estupefaciente ... y, en cambio, no sería jamás sancionada dicha actuación, conforme a ese razonamiento, si en las mismas circunstancias participara un solo sujeto", respecto de la cual la Corte Suprema desestima el recurso de casación en el fondo, en Corte Suprema, 7 de agosto de 1973, "contra Armando Moya y otros". En: *Revista de Ciencias Penales*. N° 2, T. XXXI, 3ª época, Mayo-Diciembre 1972, págs. 187-192.*

76 MUÑOZ; SOTO, ob. cit., p. 49. ESCOBAR, Juan; Larrauri, Elena. "Legislación y política criminal en España en materia de drogas desde el Nuevo Código Penal de 1995". En: POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre (coordinadores). *Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes*. Santiago, Chile, Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 2000, págs. 94 y 96, sostienen que en el modelo prohibicionista, en cambio, el problema de la droga es entendido fundamentalmente como uno de ley y orden, por lo que es necesario incidir en "todo el circuito de la droga", existiendo una obstinada convicción de que la represión penal reduce el consumo de drogas y centrando su esfuerzo en la represión penal de "todo el circuito de la droga", que asume como primera y prácticamente única ratio la represión penal. Sobre la aplicación del modelo político-criminal de reducción de daños por nuestros tribunales, FERNÁNDEZ, José. "Sentencia sobre tráfico de semillas de cannabis sativa: una expresión del modelo político-criminal de reducción de daños". En: *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 21 N° 1, Valdivia, Chile, 2008, págs. 171-185.

77 POLITOFF/MATUS, ob. cit., p. 6.

bien jurídico salud pública protegido por dicho cuerpo legal, destacando la relevancia de atender a la antijuridicidad material de la conducta típica para su sanción penal<sup>78</sup>, en oposición a los fallos comentados en el apartado inmediatamente anterior –correspondientes al período de este estudio–, donde la Corte Suprema se centra exclusivamente en la descripción típica del artículo 8°, como ahí se explicó.

Una vez zanjada la tipicidad de la conducta escrutada, la Corte Suprema ha declarado que pesa sobre el acusado el justificar que la droga o sustancia se utilizaría de manera personal, exclusiva y próxima en el tiempo, lo que necesariamente ha de asimilarse a la demostración, mediante la prueba de descargo que se rinda en la audiencia, de la alegación concreta de esa clase de uso<sup>79</sup>, motivo por el que, por tanto, el acusador no debe probar que la plantación estaba destinada a comercializar sus productos, en vista de que *“la comercialización de la droga no es un elemento del tipo penal del artículo 8°”*<sup>80</sup>, disquisición acorde al texto actual del artículo 8° de la Ley N° 20.000, diverso al del artículo 2° de la Ley N° 18.403 (cuerpo normativo que rigió esta materia entre los años 1985 y 1995), el que sí exigía que la siembra, cultivo, cosecha o posesión de especies vegetales o sintéticas del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, se efectúe *“en circunstancias que hagan presumir el propósito de tráfico ilícito de alguna de ellas”*.

78 En Corte Suprema, Rol N° 4.949-15 expresa que: *“al no dar los jueces del grado por ciertas estas circunstancias u otras análogas, no es posible afirmar que la conducta de la acusada G.G. haya tenido siquiera la posibilidad de constituir un riesgo para la salud pública que se protege en el artículo 8° de la Ley N° 20.000”*. Utiliza igual fórmula Corte Suprema, Rol N° 15.920-15.

79 Corte Suprema, Rol N° 6.909-16. Rechazando los recursos por falta de prueba de la circunstancia eximente alegada, Corte Suprema. 6 de julio de 2016. Rol N° 27.790-16. “Ministerio Público contra Héctor Espinoza Millalef”; 27 de julio de 2016. Rol N° 35.154-16. “Ministerio Público contra Yimi Espinoza Cartes” (referida al artículo 4° de la Ley N° 20.000, que contempla igual exención de responsabilidad); 2 de marzo de 2017. Rol N° 5-17. “Ministerio Público contra Pamela Barragán Saavedra”; 5 de diciembre de 2017. Rol N° 41.356-17. “Ministerio Público contra Mauricio Rodríguez González”; Rol N° 24.869-2017; Rol N° 41.412 -17; 23 de agosto de 2018. Rol N° 12.831-18. “Ministerio Público contra Rodrigo Gutiérrez Ossandón”; y, Rol N° 12.564-18. La jurisprudencia expuesta concuerda con la sostenida en TC, Rol N° 993-07, donde se indica que *“no resulta dable concluir que exista una inversión de la carga de la prueba ni un atropello al debido proceso, pues, de todas formas y no habiendo norma en contrario, debe probarse, más allá de toda duda razonable, la comisión del hecho punible y la participación culpable del requirente, sin lo cual no puede ser condenado”*, así como con los autores nacionales, MATÚS, ob. cit., p. 10; RUIZ, ob. cit., p. 424; y GONZÁLEZ, ob. cit., p. 128. Un estudio sobre este asunto en CISTERNAS, ob. cit., p. 124 y GARCÍA, ob. cit., p. 49.

80 Corte Suprema, Rol N° 12.564-18.

#### 4. Falta de porte o tenencia para consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo del artículo 50 de la Ley N° 20.000<sup>81</sup>

La Corte Suprema se ha pronunciado sobre las circunstancias que deben tenerse en cuenta para dirimir si la droga o sustancia poseída, guardada, portada o transportada estaba destinada o no al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo a que alude la parte final del inciso 3° del artículo 4 de la Ley N° 20.000, expresando que la distinción “*es de tipo cualitativo, ya que una misma cantidad de sustancias bien puede ser típica de microtráfico o ser atípica por autoconsumo, y se estará en la primera hipótesis cuando esa poca cantidad no pueda ser considerada para el autoconsumo próximo en el tiempo por su calidad o pureza o las circunstancias concomitantes sean suficientemente indiciarias por sí mismas de la destinación por el sujeto activo a su tráfico*”, agrega que “*De lo anterior se desprende una primera consecuencia, cual es que los tipos penales descritos precedentemente [artículos 3° y 4°] no exigen, como lo sostiene la defensa, el elemento de la comercialización; y una segunda es que para que se esté frente a la hipótesis atípica se hace necesario que la droga de que se trata sea posible de ser consumida en un tiempo próximo y no existan otros elementos concomitantes que desvirtúen dicha situación*”<sup>82</sup>. En armonía con lo resuelto por la Corte Suprema, se ha sostenido que para la sanción por la falta del artículo 50 de la Ley N° 20.000 no debe existir prueba directa o indiciaria que evidencie la intención de traficar con la droga o sustancia, pues si el ente persecutor demuestra al tribunal que el porte o tenencia del individuo era una actividad antecedente al tráfico de las mismas, la conducta del acusado podrá encuadrarse en los artículos 3° o 4°, dependiendo del criterio del juzgador<sup>83</sup>.

81 Artículo 50 Ley N° 20.000: “*Los que consumieren alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas de que hace mención el artículo 1°, en lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros, cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música; o en establecimientos educacionales o de capacitación, serán sancionados con alguna de las siguientes penas...// Idénticas penas se aplicarán a quienes tengan o porten en tales lugares las drogas o sustancias antes indicadas para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. // Con las mismas penas serán sancionados quienes consuman dichas drogas en lugares o recintos privados, si se hubiesen concertado para tal propósito. // Se entenderá justificado el uso, consumo, porte o tenencia de alguna de dichas sustancias para la atención de un tratamiento médico*”.

82 Corte Suprema, Rol N° 12.564-18.

83 CISTERNAS, ob. cit., págs. 111, 142 y 143, quien además enuncia los criterios indiciarios que han utilizados los tribunales para delimitar las conductas de tráfico, microtráfico y consumo. También sobre este aspecto, MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 420; ARRIETA, ob. cit., p. 94. En Corte Suprema, Rol N° 24.909-17, se resuelve que las circunstancias fijadas en el fallo no permiten afirmar que la droga o sustancia portada estaba destinada al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, consistiendo esas circunstancias en que no se aportó prueba más o menos objetiva de la calidad de consumidor del acusado -más allá de sus propios dichos-, “*la cantidad de papelillos*

Cabe mencionar que la Corte Suprema ha anulado diversos fallos que sancionan al acusado por el delito de microtráfico del artículo 4° de la Ley N° 20.000, por la causal de la letra e) del artículo 374 Código Procesal Penal en relación a la omisión del requisito de la letra c) del artículo 342 del mismo código<sup>84</sup>, al no exponer las razones por las cuales descarta que la droga con que se sorprende al imputado estuviese destinada a su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, señalando en una de esas oportunidades, que *“el legislador ha entregado al juez la delicada labor de determinar, conforme a una multiplicidad de parámetros subjetivos, si una pequeña cantidad de sustancia psicotrópica o estupefaciente está destinada a ser puesta en circulación en el mercado ilícito o es sólo para el consumo personal de aquel que la posee. En tal sentido, la exigencia de justificación hecha al acusado en el artículo 4° de la Ley N° 20.000 en caso alguno implica alterar el alto estándar de convicción exigido a los sentenciadores en materia penal, escudo protector del imputado contra los riesgos de las decisiones arbitrarias (...) con lo expuesto queda de manifiesto que la sentencia impugnada de nulidad, ha incurrido en el motivo absoluto de invalidación invocado. En efecto, es evidente que la decisión de condena no ha sido suficientemente razonada, toda vez que la información que surge de meras opiniones, experiencias personales de las partes en el juicio o creencias arraigadas, no conlleva la fuerza probatoria que se le atribuyó ni es posible tampoco sostener la suficiencia de razonamientos acerca del modo como el tribunal decide tener unos hechos como justificados a partir de indicios equívocos y por ende de dudoso de valor convictivo”*<sup>85</sup>. Estas reflexiones, en

---

*contenedores de marihuana -57-, y porque el propio imputado señaló que el día de los hechos portaba \$7.000.-, dinero que se dividía en billetes de \$1.000, lo que conforme las máximas de la experiencia es propio de quienes comercian pequeñas dosis y reciben pagos en que preferentemente no tengan que estar dando vuelto, pues se trata de acciones que deben ser realizadas de manera rápida y sigilosa, a fin de no ser descubiertos”, y el haber reconocido en el juicio el acusado “que antes que llegaran carabineros habían consumido como 15 papellitos de marihuana, y que él proporcionó la sustancia que estaban consumiendo, lo cual impide considerar que la que tenía consigo era para su consumo exclusivo”.*

84 Artículo 374 Código Procesal Penal, letra e): *“Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados: Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”*; Artículo 342 Código Procesal Penal, letra c): *“Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá: c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”.*

85 Corte Suprema, Rol N° 35.154-16. También anulando por la misma causal y similares razones, Corte Suprema, 25 de octubre de 2016, Rol N° 65.315-16, “Ministerio Público contra Rigoberto Aguilar San Martín” y 27 de septiembre de 2018, Rol N° 15.203-18, “Ministerio Público contra Pedro Mancilla López y otros”.

principio, parecen ajustarse a lo decidido en casos anteriores, cuando la Corte Suprema sostuvo que pesa sobre el acusado la carga de aportar antecedentes sobre el destino de autoconsumo que esgrime<sup>86</sup>, sin embargo, resuelve en sentido opuesto al estimar, en definitiva, como insuficiente la prueba del Ministerio Público para demostrar que la droga estaba destinada a su tráfico -incurriendo, además, en el consiguiente ejercicio de valoración proscrito en la sede de nulidad como ya se ha comentado antes-, al señalar que: *“De igual forma, estimaron [los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal] que las conjeturas de la fiscalía en cuanto a la dosificación, la circunstancia de que el acusado habría entregado ‘algo’ a un tercero no identificado que huyó y la tenencia de tres mil pesos en tres billetes de mil pesos constituían indicios suficientes de la hipótesis de tráfico en los términos exigidos por el legislador. Lo anterior, pese a que la dosificación propuesta -a la que el tribunal dio valor primordial- no fue probada en juicio ya que surgió de una mera opinión del fiscal reconducida a un cálculo aritmético efectuado por los jueces. En cuanto a las restantes circunstancias, éstas revelan conductas humanas que no derivan en una conclusión unívoca ni menos necesaria de que la droga estaba destinada al tráfico ilícito”*<sup>87</sup>.

Conviene detenerse en que la Corte Suprema, en los pronunciamientos examinados no postula, como de una lectura apresurada pudiera colegirse, que la cantidad de droga que constituye la “pequeña cantidad” del microtráfico, necesariamente es la misma que la correspondiente a la falta del artículo 50 de la Ley N° 20.000, lo que se concilia con una lectura atenta de la redacción del artículo 4° de la Ley N° 20.000, la que no conduce a tal aserto y, de esa forma, entre el límite inferior constituido por la cantidad que racionalmente puede ser considerada como destinada al autoconsumo y el límite superior de pequeña cantidad que marca la diferencia con el tráfico del artículo 3°, existe un espacio en el que caben supuestos de hecho que por la cantidad de las sustancias traficadas no puedan ser consideradas destinadas al autoconsumo, pero siguen siendo una pequeña cantidad de droga para efectos de calificar la conducta como típica del tráfico del artículo 4°<sup>88</sup>.

86 Corte Suprema, Rol N° 12.564-18 y Rol N° 35.154-16.

87 Ya mucho antes, igualmente situando el peso de la prueba en el acusador, expresó en Corte Suprema, 24 de mayo de 1973, “contra Humberto González”. En: *Revista de Ciencias Penales*, N° 2, T. XXXI, Mayo-Diciembre 1972, 3ª época, págs. 195-204, que, respecto de quien se le sorprende portando un saco o bolsón que contenía yerba de cáñamo y que declara que es para su uso personal, *“no se ha probado en autos, que la yerba con que fue aprehendido el reo G., tuviera por objeto su comercialización o estuviese destinada al tráfico de marihuana y no al uso personal del procesado, ya que la única presunción que le afecta, es la de haberse encontrado en su poder un bolso conteniendo yerba de cáñamo y otro bolso que portaba un tercero que no fue habido”*.

88 NAVARRO, ob. cit., p. 272, también CISTERNAS, ob. cit., págs. 5 y 6. La visión opuesta MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 446, para quienes “pequeña cantidad” es

Finalmente, la Corte Suprema ha declarado que el porte o tenencia de droga en un vehículo emplazado en la vía pública, se subsume en la falta del artículo 50 de la Ley N° 20.000, por cuanto aquél *“no es más que un medio de transporte que circula por la vía pública, de manera que el acusado no deja de estar situado en un camino y, por ende, en un lugar público de aquellos en que la ley prohíbe el porte de drogas”*<sup>89</sup>. Este pronunciamiento parece ir en dirección contraria a los previamente examinados, desde que discurre únicamente en base a premisas de carácter semántico, al centrarse nada más que en el sentido natural y obvio del término “lugar público”, sin ocuparse del examen de los intereses o bienes colectivos que se busca proteger en el citado artículo 50, donde lo relevante, ha señalado la doctrina, es que el consumo se produzca mientras exista la posibilidad de que terceros indeterminados puedan observar su realización y tenerla por buena, *“única justificación al castigo en estos casos”*, lo que conlleva, a contrario sensu, que no constituya esta falta el simple porte sin ostentación en lugares públicos para el consumo personal en lugares privados<sup>90</sup>, análisis que parecía aún más pertinente llevar a cabo en el caso en comento en el que el porte se realiza en el interior de un automóvil, espacio cerrado en el cual la ley adjetiva indudablemente reconoce un ámbito de privacidad a sus ocupantes -así se requiere autorización judicial para su registro conforme al artículo 206 Código Procesal Penal o algún indicio de aquellos que trata el artículo 85 Código Procesal Penal para proceder autónomamente- y, principalmente, porque el acusado no estaba consumiendo la droga al ser sorprendido por los agentes policiales, sin que entonces se aprecie cómo su conducta puso en riesgo el bien jurídico resguardado de un modo tal que legitime la respuesta punitiva.

## 5. Agravante del artículo 19 letra h) Ley N° 20.000

Para efectos de aplicar la agravante del artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000<sup>91</sup>, en diversos pronunciamientos la Corte Suprema ha declinado diferenciar el sector dentro del recinto penitenciario en el cual se

---

la necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, siendo la ratio de la ley castigar por esta forma privilegiada de microtráfico al que realiza conductas de tráfico con las mismas pequeñas cantidades que tendría en su poder el consumidor no traficante, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 585 y RUÍZ, ob. cit., p. 427.

89 Corte Suprema, 28 de noviembre de 2016, Rol N° 73.896-16, “Ministerio Público contra Ignacio Cornejo Lizama”.

90 MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p.483. Comparte este predicamento GARCÍA, ob. cit., p. 45 y Aravena, ob. cit., p. 96.

91 Artículo 19 letra h) Ley N° 20.000: *“Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: h) Si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial”.*

sorprende el porte o tenencia de la droga, con lo que rechaza la tesis consistente en que dicho precepto comprende a las dependencias del Complejo Penitenciario destinado exclusivamente a aquellas personas que se encuentran temporalmente privadas de libertad y, por ende, no resulta aplicable a otros espacios, como, por ejemplo, el gimnasio utilizado para visitas. Al desestimar esta alegación, la Corte Suprema expresó que *“la distinción que el recurso formula entre dependencias destinadas a los internos se encuentran privados de libertad y aquellas consideradas para el uso de sus visitas aparece como artificial y no resulta admisible, toda vez que no se advierte cómo podría soslayarse la circunstancia que ambas se encuentran físicamente en un mismo recinto bajo la tutela de Gendarmería de Chile, suponen un control –al menos– de acceso y salida y están destinadas al uso compartido de internos y sus visitas, de manera que las restricciones y prohibiciones propias de los recintos carcelarios afectan también a los usuarios no privados de libertad que, transitoriamente, los ocupen (...) por otra parte, semejante inteligencia de la disposición objetada olvida que, de acuerdo a la historia del establecimiento de sus antecesoras (concretamente, en la discusión que sirvió de antecedente para la sustitución de la Ley 18.403), aparece que ella fue introducida atendida la necesidad de ‘evitar el consumo de drogas por parte de los internos en los establecimientos carcelarios’ (Informe de la Comisión Especial del Problema de la Droga en Chile, boletín N° 653-07, Cámara de Diputados), siendo reproducida sin modificaciones en la Ley 19.366, adicionándose –a propósito de la dictación de la Ley 20.000– la referencia a los lugares ‘de reclusión’ que se advierte en su redacción vigente, eliminando de su texto la referencia a ‘sus inmediaciones’, lo que restringe su aplicación a los delitos que se cometan en el interior del recinto penal. Lo anterior, entonces, da cuenta del interés del legislador penal en evitar la comisión de los delitos que la Ley en comento contempla, en el interior de –entre otros– recintos penitenciarios, atendida la afectación de derechos esenciales que tales conductas acarrearán a personas que se encuentran en situación de privación de libertad”*<sup>92</sup>.

92 Corte Suprema, Rol N° 16.560-16. Iguales razonamientos se exponen en sentencia Corte Suprema, Rol N° 1.720-17, para desestimar el arbitrio en que se impugna que el hallazgo de la sustancia ilícita se produjo en el sector donde se efectúa el registro corporal de damas en el que no hay ninguna posibilidad de contacto con los internos. Asimismo, Corte Suprema, 14 de marzo de 2016, Rol N° 4.014-17, “Ministerio Público contra Luis Torres Carrasco”. En fallos dictados bajo la vigencia del artículo 21 N° 5 de la Ley N° 18.403, que aumentaba las penas en un grado si el delito se cometía en las inmediaciones o en el interior, entre otros, de un “lugar de detención”, se ha señalado en Corte Suprema, 16 de abril de 1996, Rol N° 476-96, “contra Víctor Alfaro Fuentes y otros”. En: Gaceta Jurídica, N° 190, abril 1996, págs. 100-104, que para operar esa agravante -en el caso en particular se trata de una discoteca- se requiere *“que en el momento de cometerse el delito haya personas en su interior o en sus inmediaciones, ya que es precisamente la aglomeración de individuos la que facilita la distribución y*

Esta lectura de la Corte Suprema parece acorde al margen adicional de disvalor que se busca reprimir por el legislador, desde que el ingreso de droga en recintos penitenciarios no sólo hace más patente la posibilidad de que aquélla entre en contacto con terceras personas -los internos del recinto-, sino que se produzca una difusión no controlada o indiscriminada entre éstos, pues no puede descartarse la posibilidad de que la droga vaya a parar a personas distintas del concreto interno destinatario<sup>93</sup>. Además, debido a las restricciones y prohibiciones propias de este tipo de establecimientos, usualmente una pequeña cantidad de droga se aumentará con sustancias de “corte” para distribuirse entre muchos internos, o para que su consumo pueda prolongarse hasta que se pueda acceder nuevamente a droga desde el exterior, todo ello con los gravosos efectos colaterales que tal actividad trae aparejados, al generar un comercio clandestino al interior del centro, bandas organizadas, corrupción de los custodios, y alteración del orden interno producto de los mismos efectos de la droga en los internos que la consumen<sup>94</sup>, motivo por el cual la referida norma no efectúa algún distingo en cuanto a la calidad que deba detentar su autor, esto es, si es interno, gendarme o ajeno a dicho establecimiento, desde que la acción de cualquiera de ellos afecta de igual modo el valor tutelado por la norma y, así, la Corte Suprema ha explicado que la agravante se aplica también a las conductas cometidas por internos del recinto penal y no sólo a extraños a éste, puesto que *“La norma no parece estar prevista para sancionar la cualidad de sujeto activo punible, sino más bien, el lugar donde la conducta se despliega”, agregando que la aplicación de la agravante no conlleva atentado al axioma non bis in idem, puesto que “quien reside al interior de un espacio de reclusión no por ello pierde la libertad de sus actos, en los términos del primero de los preceptos del estatuto punitivo, como no sea se halle privado de ella por causa otra que la del mismo encierro, evento en el que varía enteramente la estructura sancionatoria. El precepto considera más disvalioso desde el punto de vista del reproche penal, que el tráfico se realice en recintos militares, policiales, asistenciales, de detención, etc, por las especiales funciones que ahí se realizan y la mayor peligrosidad que el desarrollo de estos delitos puede tener*

---

*consumo de la droga, lo que conlleva sancionar con una pena más grave a quienes trafican con estas sustancias, como una manera de contrarrestar ese comercio ilícito, por lo cual en el caso de la discoteca, es menester que el delito se cometa mientras está funcionando”, criterio compartido por ARAVENA, ob. cit., págs. 228 y 229.*

- 93 Como exponen MUÑOZ/SOTO, ob. cit., p. 65, de este mismo criterio se ha valido la jurisprudencia española para rechazar la atipicidad de la entrega de droga en un recinto penitenciario, aunque la droga haya sido interceptada en el registro de la prisión.
- 94 En Corte Suprema, Rol N° 45.630-17, se cuenta entre los elementos que permiten descartar que la droga poseída por internos de un recinto penal estuviera destinada a un consumo exclusivo, el que *“en un recinto de reclusión ... la posibilidad de acceso a dichas dosis es significativamente más dificultosa que en cualquier otro tipo de recinto, por las medidas de seguridad existentes”.*



*en ellos, estimados especialmente valiosos para el desarrollo de las prioridades sociales, lo que tiene coherencia sistemática incluso al mirar alguna de las otras agravantes que contempla el artículo 19 ya referido, como son las letras f) y g), sean establecimientos educacionales, instalaciones deportivas, etc, donde puede observarse el mismo sentido de aumento de protección a través de la agravación de la sanción”<sup>95</sup>.*

Algunos autores, realizan un alcance relevante, aunque tratándose de centros carcelarios, difícilmente se presentarán las circunstancias para que tenga aplicación, cuando señalan –refiriéndose a la calificante de la letra g) del mismo artículo 19, pero previniendo que también se extiende ese razonamiento a la de la letra h) en examen–, que la agravación no puede aplicarse únicamente atendiendo a la naturaleza del lugar que se trata, sino principalmente al hecho de que en el momento de la comisión del delito estén reunidas en él personas indeterminadas, luego, cuando esa multitud de personas falta o no puede ponerse en riesgo, no opera la calificante<sup>96</sup>.

## 6. Relaciones concursales

La Corte Suprema ha ratificado que debe sancionarse como concurso real según el artículo 74 del Código Penal<sup>97</sup>, los delitos de los artículos 3° y

95 Corte Suprema, Rol N° 1.351-18. En Corte Suprema, Rol N° 19.734-18, se desestima la misma alegación, aludiendo a la historia del establecimiento del artículo 19 letra h), explicando además que *“la distinción que el recurso formula a raíz del principio ne bis in ídem, entre las personas que se encuentran privadas de libertad y las que no lo están, aparece como artificial toda vez que en ambas hipótesis los hechos se producen al interior del recinto que se encuentra bajo la tutela de Gendarmería de Chile, de manera que las restricciones y prohibiciones afectan no sólo a los usuarios no privados de libertad, como sostiene la defensa, sino también a aquellos que se encuentran al interior de los recintos carcelarios”*. En Corte Suprema, Rol N° 45.630-17, se rechaza el recurso de nulidad contra fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que aplica la agravante en comento a un funcionario de Gendarmería que introduce droga al recinto penal, por falta de desarrollo de la infracción denunciada. HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 371, dado que estima que la agravación se justifica *“no sólo por la mera idoneidad del lugar para la difusión del consumo, sino por las particulares condiciones físicas y síquicas que presenta la persona recluida y sometida a un régimen disciplinario represivo y violento por definición”*, de manera que el *“expendio de drogas en estas circunstancias representará por lo común un abuso con quienes están privados de la libertad y de casi todo derecho y, en razón de ello –paradójicamente si se quiere– se justifica la agravante”*, considera, por lo mismo, que *“deben excluirse situaciones que ... no implican en caso alguno el abuso que justifica la agravación, como será la situación de los parientes o amigos que suministran drogas a los reclusos sin que medie ninguna forma de abuso”*.

96 POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 619.

97 Artículo 74 Código Penal: *“Al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.”*

8° de la Ley N° 20.000, en un caso en que los acusados son sorprendidos manteniendo en un inmueble diversas cantidades de cannabis sativa deshidratada y en proceso de secado, así como insumos para su cultivo y el pesaje de su cosecha, además de varias plantas vivas, por cuanto la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal recurrida *“dejó establecido que el inmueble en donde fueron detenidos los sentenciados se encontraba destinado, tanto su interior como el exterior, al cultivo de marihuana, demostración de ello es que sus dependencias estaban especialmente acondicionadas para ello, distinguiéndose lugares de cultivo según el desarrollo de las plantas, el estado de lo cultivado y la dosificación del mismo”*. Asimismo, rechaza que el cultivo se trate de un acto preparatorio del tráfico de la cannabis sativa, pues *“se encuentra acreditado que los sentenciados incurrieron en un ilícito que adquiere individualidad y por ende no puede ser calificado de preparatorio, pues para que pudiese ser calificado de ese modo y asociarlo a una atipicidad hubiese sido necesario que el cultivo estuviese destinado a un consumo individual y que éste fuese próximo en el tiempo, circunstancias que ya fueron desestimadas”*<sup>98</sup>.

La disquisición de la Corte Suprema resulta problemática, ya que, de haberse demostrado que la plantación tenía por objeto el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo de quien está a cargo de la misma -como echa de menos el fallo-, ello descartaría un tráfico posterior y, por ende, aquélla no puede ser un acto preparatorio de éste. Pero dejando de lado esto, la Corte Suprema descuida que, como ha sostenido la cátedra local, los actos de elaboración o plantación de drogas o de las especies vegetales que las producen pueden verse como actos preparatorios especialmente punibles de otro principal, que sería el tráfico ilícito, en sentido estricto -esto es, las conductas que hoy describe el inciso 2° del artículo 3° de la Ley N° 20.000- y que, por tanto se consumen en él, siendo ambas figuras especiales de la genérica de tráfico ilícito, en sentido amplio -esto es, el resto de las conductas que *“por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo”* de las sustancias a que se refiere el artículo 1°-. De allí que quien cultiva especies prohibidas, para por sí mismo extraer de ellas las sustancias que posteriormente pone a la venta, no comete tres delitos, sino sólo uno, el de tráfico ilícito, en sentido estricto, que

98 Corte Suprema, Rol N° 12.564-18. En Corte Suprema, 1 de agosto de 2018, Rol N° 12.869-18, “Ministerio Público contra Robinson Castro Tupa”, según los hechos fijados en la instancia, se sorprende al imputado con contenedores de sumidades floridas de cannabis sativa, plantas de cannabis sativa en proceso de secado y una plantación de 480 plantas de cannabis sativa, resolviendo la Corte Suprema que, incluso de ser efectivo que se presenta un concurso aparente de leyes penales y, en consecuencia, de haberse sancionado por un solo delito, tal yerro no tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

es el acto principal al cual los otros le sirven solamente como preparatorios especialmente punibles<sup>99</sup>.

En otra oportunidad<sup>100</sup>, al establecer la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que los acusados fueron sorprendidos por policías transportando en su vehículo 859,4 grs. de Cannabis Sativa L, concluyó que *“la conducta en la cual incurrieron los acusados, en concepto de esta Corte, es la establecida en el artículo 8° de la Ley N°20.000, teniendo en consideración para ello que la sustancia que portaban era Cannabis Sativa L, que no se encuentra incorporada en el artículo 1° del Reglamento de la Ley 20.000 sino en su artículo 5°, el cual a su vez se remite al artículo 8° de la citada ley”*. Más allá de las observaciones que surgen del entendimiento de la Corte Suprema que la *“cannabis sativa L”* es una droga distinta de la *“cannabis”* tratada en el artículo 1° del Reglamento<sup>101</sup>, resulta más provechoso aquí en la razón que en verdad hubiese justificado catalogar la conducta imputada como una de aquellas que sanciona el artículo 8° de la Ley N° 20.000, y no el artículo

99 MATUS, ob. cit., págs. 138 y 139, quien agrega que al mismo resultado se llegaría si se miran estos hechos desde el punto de vista del delito básico: aquí, puesto que el delito de tráfico, en sentido amplio, es también un delito de emprendimiento, los actos de cultivo, elaboración y tráfico pueden verse como meros hechos cuantitativamente irrelevantes dentro de la empresa global que los reúne, esto es, se comete siempre un único delito de tráfico en sentido amplio. Sobre lo mismo, MATUS, ob. cit., p. 248. RUÍZ, ob. cit., págs. 417 y 418, expone que, conforme a la doctrina mayoritaria, se considera absorbido en el mayor disvalor de injusto de delitos como el de tráfico ilícito de drogas del artículo 3°, aquellos ilícitos de menor entidad, como el de plantación, siembra, cultivo o cosecha de especies vegetales del género cannabis sativa, ya sea, porque se piense que son actos preparatorios de un delito general, como es el tráfico ilícito, ya porque se estime que la concurrencia de estos configura un concurso aparente de leyes penales. Una visión opuesta esgrime ZAVIDICH, Carolina “El concurso de delitos: cultivo en relación con tráfico y microtráfico”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 42, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2010, p. 158, quien postula que debe aplicarse la acumulación material de penas del artículo 74 Código Penal.

100 Corte Suprema, Rol N° 23.005-18, que reproduce el hecho que se tiene por acreditado en la instancia: *“El día 30 de noviembre de 2017, alrededor de las 23:20 horas, en circunstancias que personal de Carabineros efectuaba un control selectivo vehicular en la plaza de peaje ubicada en la ruta 78 kilómetro 65, comuna de Melipilla, procedieron a fiscalizar al taxi básico, marca Kia, patente GSHF-18, conducido por José Vicente Frederic Arenas, quien era acompañado por su cónyuge Ana María Verdejo Bravo, percatándose el personal de Carabineros de un fuerte olor a marihuana que emanaba desde el interior del móvil, razón por lo cual al registro del vehículo observaron que los mencionados transportaban una bolsa de color negro contenedora de 859,4 gramos peso neto de marihuana, sin contar con las debidas autorizaciones legales”*.

101 Sobre la *“Cannabis Sativa L”*, ÁNGELES, Guadalupe *e.t al*, “Cannabis sativa L., una planta singular” [en línea]. En: *Revista Mexicana de Ciencias Farmacéuticas*. Vol. 45 N° 4, lugar, editorial, págs. 1-6. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-01952014000400004](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-01952014000400004) [fecha de consulta 4 de

3°, esto es, que el transporte de dichas plantas se hubiese efectuado por los mismos que acababan de “cosecharlas” -verbo rector incluido en el artículo 8°. En efecto, se ha enseñado que con las especies vegetales ya cosechadas -esto es, con el conjunto de frutos, generalmente de un cultivo, que se recogen de la tierra al llegar a la sazón-, mientras las especies vegetales cosechadas permanezcan en poder de quien las cultivó, el delito será el de cultivo, a pesar que la posesión de tales especies pueda verse también como posesión constitutiva de tráfico, en tanto no se produzca su transferencia a un tercero, tal tráfico debe descartarse, siendo la figura aplicable en todo caso la del actual artículo 8° de la Ley N° 20.000<sup>102</sup>. Esta tesis incluso parece compartida por la Corte Suprema, desde que, en aquellos casos en que se controvierte la exigencia del informe del artículo 43 de la Ley N° 20.000 cuando se sorprende al hechor con cannabis sativa y, además, con plantas

---

diciembre 2018], p. 2, quien señala que la “*Cannabis sativa L. es una planta anual que pertenece a la familia Cannabaceae*”; y ACUÑA, Gonzalo. “Informe: Características de la cannabis sativa y sus efectos en el organismo humano” [en línea]. En: Observatorio 2017. Disponible en: [http://www.fiscaliadechile.cl/observatorio/documentos/publicaciones/caracteristica\\_cannabis\\_sativa\\_GA.pdf](http://www.fiscaliadechile.cl/observatorio/documentos/publicaciones/caracteristica_cannabis_sativa_GA.pdf) [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2018], p. 4, donde se habla de “*Cannabis sativa L. o Marihuana*”. En la Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, 4 de septiembre de 2018, Rit N° 78-18, se califica el delito como microtráfico del artículo 4° de la Ley N° 20.000, contra la cual se dedujeron recursos de nulidad rechazados por la Corte Suprema. Corte Suprema, 18 de diciembre de 2018, Rol N° 23.309-18, precisamente, se determina que la muestra presenta principios activos y tejidos característicos del género “cannabis sativa L”.

- 102 MATUS, ob. cit., p. 222, quien complementa que lo mismo puede decirse de los actos de elaboración propios de una cosecha, mediante los cuales se obtienen de las especies vegetales cultivadas las partes útiles a su fin. Pero la adquisición de dichas partes o productos y su transporte, debe entenderse acto de tráfico y no de cultivo. En esta materia se señaló en la Corte Suprema, 11 de abril de 1995, “Contra López Vilca, Mario Jacinto y otro”. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, T. XCII, N° 2 (Mayo-Agosto Año 1995), págs. 28-31, que “*el hecho de poseer el procesado Félix Salvatierra hojas de coca, en cantidad apreciable, 42 kilogramos 300 gramos, que trajo de Bolivia a Calama, lo cual demuestra que estaba destinada a su comercio clandestino, como, por lo demás, lo reconoce el otro acusado Jacinto López Vilca, en su declaración de fojas 7, constituye el delito de tráfico de estupefacientes que configura y sanciona el artículo 5° antes transcrito, en relación con el artículo 1° de la ley N° 18.403*”, aclarando que “*los jueces del fondo, sin embargo, en base a un error conceptual, de entender que las hojas de coca son especies vegetales, ... cuando con esta expresión sólo se denomina a las plantas, más no a las partes del cuerpo que la componen, como hojas, flores o frutos, concluyen que la conducta de Salvatierra se halla penada en el artículo 2° de la ley 18.403, y lo condenan conforme a esta norma*”. Sobre los efectos sustantivos de la eliminación de la excepción relativas a las semillas y a las hojas no unidas a las sumidades floridas de la cannabis en el actual Reglamento de la Ley de Drogas, REBOLLEDO, Lorena. “Inclusión de la cannabis en el artículo primero del Reglamento de la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 34, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2008, p. 162.

vivas del mismo género, se ha resuelto tal dilema únicamente atendiendo a la posesión de aquéllas y requiriendo la prueba de su grado de pureza, sin reflexionar sobre la relevancia de la tenencia de las últimas, respecto de la que no demanda tal definición, todo ello como ya fue expuesto arriba<sup>103</sup>. Al así resolver este grupo de casos, la Corte Suprema tácitamente -pues no lo dicen expresamente los fallos revisados- pareciera aceptar que, dado que la droga objeto de tráfico proviene de la misma planta que posee el agente, la posesión de ésta debe catalogarse como un acto preparatorio del tráfico ilícito y, por ende, se consume en él<sup>104</sup>. Sin embargo, bajo el supuesto de que ésta, u otra mejor, haya sido la *ratio decidendi* que sustenta estos pronunciamientos, podría en este tipo de casos presentarse lo que la doctrina denomina el resurgimiento de la ley en principio desplazada, esto es, la aplicación de ésta cuando no se presentan en los hechos todos los requisitos de punibilidad o de procesabilidad de la ley en principio

103 Corte Suprema. Rol N° 94.899-16 (111,9 grs. de cannabis sativa y “una planta de Cannabis”); Rol N° 39.757-17 (34,6 grs. de cannabis sativa y “dos plantas de cannabis sativa”); Rol N° 40.287-17 (88,81 grs. de cannabis sativa y “dos plantas vivas del género cannabis sativa”); Rol N° 20.441-18 (3,4 grs. de marihuana “y una planta viva de 82 centímetros de la misma especie”); Rol N° 22.932-18 (184,7 grs. de marihuana y “dos plantas del género cannabis sativa”); Rol N° 24.896-18 (“10.20 gramos netos de la especie vegetal del género cannabis...82.2 gramos y seis plantas vivas de la misma especie vegetal”). En sentido contrario, Rol N° 8.049-18, en que no se demanda la determinación del grado de pureza (diversas cantidades de marihuana y “15 plantas vivas, del género cannabis sativa”), pero solamente esgrimando los razonamientos contenidos en los fallos minoritarios en esta materia ya revisados, sin recaer el fundamento en el encontrarse plantas junto a la sustancia.

104 Con anterioridad la Corte Suprema ha tratado como concurso real las conductas que recaen sobre sustancias y plantas de distinta especie, como en Corte Suprema, 14 de octubre de 1992, “Contra Benbow Gómez, Luis”. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*. T. LXXXIX, N° 2, Mayo-Agosto, 1992, págs. 226-229, referida a mantener “una plantación de la especie denominada Cannabis, productora de sustancia estupefaciente” respecto de la cual hay antecedentes que “hacen presumir el propósito de tráfico ilícito de esa sustancia” y poseer “41,8 gramos (peso bruto) de cocaína, distribuida en varios papellitos o sobres”, razonando la Corte Suprema que “ambos hechos -cuyo establecimiento no se ha impugnado- aparecen perpetrados por una misma persona, y sin haber existido entre ellos una relación de dependencia ... Que si bien es cierto que ambas conductas están tipificadas y castigadas en la misma Ley -N° 18.403- cada una es diferente, no existiendo relación de dependencia entre ellas ni material ni subjetivamente, y existiendo, sí, un particular elemento subjetivo para cada una. Constituyen, pues, un concurso material o real de delitos cometidos por una misma persona; y no un concurso ideal, en el que el agente con un solo hecho, con una acción única, produce también un resultado único, pero que es susceptible de más de un encuadramiento legal, quebranta diversos preceptos penales, comete más de un delito. Tampoco se trata de un delito relacionado con otro por la vinculación de medio a fin (conexión ideológica), que el Código Penal Chileno (art. 75) la asimila, para los efectos del castigo, al concurso ideal”.

preferente<sup>105</sup>, entre otros supuestos en que opera, cuando no sea posible la sanción del microtráfico que tiene por objeto cannabis sativa por faltar la determinación del grado de pureza de la droga, reapareciendo entonces el delito absorbido, el de plantación o cosecha de especies del género cannabis del artículo 8° de la Ley N° 20.000, que como hemos visto, no requiere tal definición, considerando además que el delito desplazado no es más grave que el de la ley preferente, supuesto contrario a aquel en que la doctrina estima no tiene lugar este resurgimiento<sup>106</sup>.

Ahora bien, retomando el caso que dio pie a las reflexiones anteriores, la Corte Suprema parece incurrir en una petición de principio, pues la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no tuvo por ciertas circunstancias fácticas que permitieran arribar a esas conclusiones -que se trataba de plantas recién cosechadas por sus portadores-, siendo esa falta de prueba *“para demostrar que los acusados eran campesinos o agricultores que se dedicaban al cultivo de la cannabis sativa”* el fundamento del voto de minoría, el que incluso destaca que *“la imputada V. reconoció haber comprado la marihuana a su amiga M. en San Antonio, la que quería vender para comprarle un celular a su nieto”*. Sin embargo, esas circunstancias parecen darse por supuestas en el razonamiento de la Corte Suprema, que *“ponderando”* -en sus palabras- los hechos establecidos y la prueba -testimonios policiales- que consta en el fallo de la instancia -labor contradictoria con lo que señala en su misma sentencia en cuanto a que la causal de la letra b) del artículo 373 no faculta para la *“alteración de los hechos que se dieron por establecidos”*- *tiene por cierto que al momento de ser decomisada la sustancia, se encontraba “recién cosechada, en estado verde y en ramas”*.

Finalmente, frente a los hechos que tiene por acreditados el fallo de la instancia, esto es, tres conductas ocurridas en fechas distintas, donde el acusado porta droga que antes había ofrecido a un transeúnte, en la primera oportunidad, y vende a un agente revelador en las dos últimas, lo que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal calificó como tres delitos de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga, se impugnó por el recurrente que debió condenarse por un solo delito de emprendimiento, de manera que la aplicación del artículo 351 Código Procesal Penal constituye un error. La Corte Suprema rechazó la pretensión invalidatoria, por cuanto *“surgen*

105 MATUS, Jean Pierre. “Comentario preliminar a los arts. 74 y 75. Régimen concursal en la ley chilena”. En POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis (coordinadores). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, págs. 383-407, p. 393. Sobre la evolución de la aplicación de esta institución en la dogmática alemana y española, MATUS, Jean Pierre. *El concurso aparente de leyes*. Santiago, Editorial Jurídica de Santiago, 2008, p. 430.

106 MATUS, ob. cit., p. 393.

*tres conductas delictivas que satisfacen a cabalidad las exigencias legales para configurar cada una de ellas un delito autónomo, por haberse realizado cada una de ellas tras la interrupción de la actividad criminal por la interposición de un proceso penal, iniciado en las tres oportunidades por detenciones policiales cuya legalidad no se ha puesto en duda. En estas condiciones en cada oportunidad subsiste una clara delimitación temporal y espacial, a saber, los días 29 de noviembre de 2015 en la intersección de las calles Bolívar con Matta; el 19 de febrero de 2016, en Avenida Argentina con Simón Bolívar; y el 02 de marzo de 2016, en la esquina de Condell y Prat, todos en la ciudad de Antofagasta, lo que encuadra en la reiteración material de conductas delictivas de una misma especie, por tratarse de tres acciones totalmente desvinculadas entre ellas, descubiertas en días distintos, con diversos involucrados, en que cada una de ellas abarca un particular atentado al bien jurídico protegido”<sup>107</sup>.*

Lo resuelto en este fallo se justifica en la circunstancia fáctica acreditada de que cada una de las ventas se realizó “*tras la interrupción de la actividad criminal por la interposición de un proceso penal, iniciado en las tres oportunidades por detenciones policiales*”, sin embargo, en fallos anteriores al período examinado en este estudio, la Corte Suprema había afirmado la sanción como pluralidad de delitos aun sin tal circunstancia -se trata de dos ventas de marihuana el 9 y 16 de diciembre de 2009, en que a raíz de la primera el comprador entrega antecedentes que sirven para solicitar una orden de entrada y registro al domicilio del acusado y, cuando la policía se disponía a ejecutar esa orden, sorprende al acusado realizando una segunda venta, momento en que es detenido-, argumentando que en “*el caso en análisis, aparecen dos conductas delictivas que satisfacen a cabalidad cada una de las exigencias legales para configurar un delito autónomo. En efecto, en cada oportunidad existe una clara delimitación temporal que encuadra en la reiteración material de conductas delictivas de una misma especie... el delito de emprendimiento supone que una misma actividad delictual satisfaga, a la vez, los requerimientos de más de un verbo rector. En este sentido, no podría sancionarse separadamente la posesión y venta; si bien ambas acciones individualmente consideradas son constitutivas de tráfico, constituyen un único delito de esa naturaleza. Diversa es la situación que atañe a estos antecedentes en que hay dos acciones totalmente desvinculadas, descubiertas en días distintos, con diversos involucrados, constituyendo cada una un particular atentado al bien jurídico protegido. No es efectivo, como plantea la defensa, que la reiteración de delitos esté proscrita a propósito de los llamados de emprendimiento*”<sup>108</sup>.

107 Corte Suprema, Rol N° 10.197-17.

108 Corte Suprema, 24 de febrero de 2011, Rol N° 10.162-10, “Ministerio Público contra José Vera Barraza”.

Esa última sentencia parece limitar, injustificadamente, el campo de aplicación del delito de emprendimiento sólo a los tipos penales mixtos<sup>109</sup> alternativos en que se ejecutan acciones que se encuadran en al menos dos verbos rectores distintos, descartando de esa forma que el microtraficante que vende en dos ocasiones en la misma semana sólo perpetre un delito de microtráfico, sin perjuicio que tal pluralidad sea considerada al determinar el quantum de la pena conforme al artículo 69 Código Penal. Tal planteamiento desconoce la naturaleza del delito de emprendimiento, el que, como ha explicado la Corte Suprema en fallos más recientes, *“se trata de una clase de delitos donde distintas conductas que pueden realizarse en diferentes momentos aparecen como modalidades independientes de una misma actividad compuesta de una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por el autor, y en las que este participa una y otra vez. El criterio de unificación aquí es la identidad subjetiva del autor que opera dentro de una empresa criminal existente o iniciada por él. Aquí, la pluralidad de realizaciones típicas, aunque se encuentren separadas espacial y temporalmente, constituyen un único delito”*<sup>110</sup>. En concordancia con esta definición, pero en oposición a lo resuelto en el fallo examinado, los autores han señalado que, dado el carácter de delito de emprendimiento del tráfico de drogas o sustancias, por el que se incrimina una participación indeterminada en una empresa antijurídica existente o iniciada por el autor, debe descartarse la posibilidad de considerar como autor de varios delitos de tráfico a quien ha participado en una misma empresa criminal, so pena de infringir el principio de non bis in idem<sup>111</sup>, posición recogida finalmente por la Corte Suprema al señalar que *“el delito de tráfico de drogas, sea del*

109 Carácter que efectivamente corresponde al delito de microtráfico, a juicio de RETTIG, ob. cit., págs. 64 y 80. Según MATUS, ob. cit., págs. 386 y 387, en los tipos mixtos alternativos las diversas acciones típicas se presentan sólo como modalidades de realización del tipo de igual valor, carentes de propia independencia, donde la realización de una sola de las modalidades típicas serviría para configurar el delito.

110 Corte Suprema, 20 de marzo de 2017, Rol N° 4.689-17, “Ministerio Público contra Carlos Alarcón Acuña”, en la que la Corte Suprema cita el texto de MATUS, ob. cit., p. 387. Se califica de la misma manera por RETTIG, ob. cit., págs. 65 y 80. En Corte Suprema, 9 de mayo de 2002, Rol N° 6-02, “Contra Ricardo Romo Olea y otros” y 27 de octubre de 2015, Rol N° 14.046-15, “Ministerio Público contra Juan Vidal Silva”, se reconoce que se trata de un delito de emprendimiento. En Corte Suprema, 21 de octubre de 2009, Rol N° 7.485-08, “contra Danilo Riquelme Urbina”, se rechaza la casación contra el fallo que establece que el acusado se dedicaba a la comercialización de pasta base de cocaína a lo menos desde el día 11 de noviembre de 2004, siendo detenido el día 4 de julio de 2005 portando clorhidrato de cocaína, lo que el juez de la instancia calificó como delito de tráfico de estupefacientes descrito en el artículo 5° de la Ley N° 19.366 y, considerándolo como delito de emprendimiento iniciado antes de la derogación de ese cuerpo legal (16 de febrero de 2005), ajustó a éste su calificación y sanción.

111 MATUS, ob. cit., p. 245. En la misma línea CISTERNAS, ob. cit., págs. 143 y 144, RUÍZ, ob. cit., p. 410, y MAÑALICH, ob. cit., p. 350, quien señala que puede resultar



artículo 3° ó 4° de la Ley N° 20.000, es un ‘delito de emprendimiento’ y, por consiguiente, “aun de haber tenido por probado la sentencia que los acusados V.R. y B.M. participaron en dos transacciones de droga anteriores al día de su detención, considerando que se trataría de ventas a consumidores finales respecto de escasas cantidades, la calificación jurídica sería necesariamente la misma, así como el marco penal aplicable”<sup>112</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA, Gonzalo. *Informe: Características de la cannabis sativa y sus efectos en el organismo humano* [en línea], *Observatorio 2017*. Disponible en: [http://www.fiscaliadechile.cl/observatorio/documentos/publicaciones/caracteristica\\_cannabis\\_sativa\\_GA.pdf](http://www.fiscaliadechile.cl/observatorio/documentos/publicaciones/caracteristica_cannabis_sativa_GA.pdf) [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2018].

ÁNGELES, Guadalupe *et. al*, *Cannabis sativa L., una planta singular* [en línea]. *Revista Mexicana de Ciencias Farmacéuticas*. Vol. 45 N° 4, págs. 1-6. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-01952014000400004](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-01952014000400004) [fecha de consulta 4 de diciembre de 2018].

ARAVENA, Daniel. “Comentario de la Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de agosto de 2010”. En: Vargas, Tatiana (directora). *Ley de Drogas, Tráfico y Microtráfico. Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013, págs. 89-97.

---

plausible la comprensión como delito de emprendimiento “impropio”, esto es, de aquellos cuya acción se describe como un verbo final. GONZÁLEZ, ob. cit., p. 49, a su turno, plantea que el delito de microtráfico es un delito continuado, desde que una persona puede haber incurrido en varias de las conductas del artículo 4°, pero cada una de ellas no constituye un delito diferente de microtráfico, sino que uno solo, pues se trata de una pluralidad de acciones realizadas por un sujeto único que se encuentran ideológicamente conectadas, criterio aceptado aisladamente en Corte Suprema, 8 de agosto de 1995, “Orozco Prada, Edgardo”. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*. T. XCII, N° 2, Mayo-Agosto, 1995, págs. 127-136, en que atribuye al delito de tráfico de drogas el carácter de continuado, al señalar que “no obstante que los efectos del delito pueden haberse extendido a diversos países y territorios jurisdiccionales, ello no afecta al hecho de que se ha cometido un solo delito, en carácter de continuado, dado que, según la representación del autor, es obvio que un tráfico internacional de drogas es un delito que sólo puede cometerse y consumarse en forma fraccionada, mediante un sinnúmero de acciones debidamente coordinadas”. RETTIG, ob. cit., págs. 74, 75 y 81, por su parte, explica que en el delito de tráfico existen conductas propias de un delito permanente, como las señaladas en el inciso 1° del artículo 4° de la Ley N° 20.000, por cuanto la consumación se prolonga en el tiempo por la voluntad del propio sujeto activo al no cesar éste en su actividad antijurídica.

112 Corte Suprema, Rol N° 23.309-18.

ARAVENA, José. “Evolución del tratamiento jurisprudencial del tráfico ilícito de estupefacientes en Chile”. En: Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre (coordinadores) *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1998, págs. 167-245.

ARRIETA, Nicolás. “El delito de ‘microtráfico’ en la jurisprudencia: sus alcances y en especial los criterios de determinación judicial de la ‘pequeña cantidad. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 46, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2011, págs. 81-110.

ARRIETA, Nicolás. “Breve resumen y análisis de la jurisprudencia más reciente emanada de la sala penal de la Corte Suprema sobre la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 52, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2012, págs. 127-136.

BUSTOS, Juan. *Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª edición, Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009, T. III.

CASTRO, Juan. “Comenta recurso de nulidad interpuesto por la defensa en relación a la determinación precisa de la pureza de la droga como elemento de los tipos penales establecidos en la Ley N° 20.000”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 53, Santiago, Chile, 2012, págs. 131-146.

CISTERNAS, Luciano. *El Microtráfico. Análisis crítico a la normativa, doctrina y jurisprudencia*. 2ª ed., Santiago, Chile, Librotecnia, 2011.

CISTERNAS, Luciano. “Pequeñas cantidades, grandes interrogantes: propuestas de delimitación respecto del consumo y tráfico de drogas”. En Vargas, Tatiana (Director). *Ley de Drogas, Tráfico y Microtráfico. Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013, págs. 3-24.

ESCOBAR, Juan; Larrauri, Elena. “Legislación y política criminal en España en materia de drogas desde el Nuevo Código Penal de 1995”. En: POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre (coordinadores). *Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes*. Santiago, Chile, Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 2000, págs. 93-117.

FIGUEROA, José. “Sentencia sobre tráfico de semillas de cannabis sativa: una expresión del modelo político-criminal de reducción de daños”. En: *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 21 N° 1, Valdivia, Chile, 2008, págs. 171-185.

FIGUEROA, Renzo “Criterios contenidos en las sentencias dictadas por infracción a la ley N° 20.000 entre los meses de diciembre de 2007 y marzo de 2008”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 34, Ministerio Público, Santiago, Chile, 2008, págs. 129-149.

FIGUEROA, Renzo. “Criterios contenidos en las sentencias dictadas por infracción a la ley N° 20.000 durante los meses de octubre a diciembre de 2008”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 37, Ministerio Público, Santiago, Chile, 2008, págs. 105-114.

GARCÍA, Gonzalo. “El consumo personal como manifestación de la autonomía personal y centro de las valoraciones penales en la Ley N° 20.000”. En: VARGAS, Tatiana (directora). *Ley de Drogas, Tráfico y Microtráfico. Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013, págs. 25-52.

GONZÁLEZ, Marcos *El delito de tráfico de drogas*. Santiago, Chile, El Jurista, 2010.

HERNÁNDEZ, Héctor. *Las drogas ilegales en el derecho penal chileno. Análisis crítico de dogmática y política criminal*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1992.

INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA - *Guía de Pericias Químicas en el Marco de la Ley N° 20.000* [en línea]. Santiago, Chile, 2011, págs. 25. Disponible en: <http://www.ispch.cl/sites/default/files/Guia%20Ilicitos02.pdf> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2018].

HRZIC, Boris. “Comentario de la Sentencia de la Corte Suprema de 25 de julio de 2012”. En: Vargas, Tatiana (directora). *Ley de Drogas, Tráfico y Microtráfico. Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013, págs. 107-118.

MAÑALICH, Juan Pablo. “Leyes Especiales”. En: *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Comentario de la Jurisprudencia del Año 2003*. N° 1, Santiago, Chile, 2004, págs. 347-362.

MARCAZZOLO, Ximena. “El objeto material en el delito de tráfico ilícito de drogas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 41, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2009, págs. 91-102.

MARTORELL, Daniel. “Reflexiones sobre el tratamiento penal del consumo de drogas”. En: *Boletín del Ministerio Público. Edición Especial*, N° 32, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2007, págs. 242-248.

MATUS, Jean Pierre. “El tráfico ilícito de estupefacientes, en sentido amplio, como figura básica en la Ley N° 19.366”. En: POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre (coordinadores). *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1998, págs. 111-147.

MATUS, Jean Pierre. “Dogmática de los delitos relativos al tráfico de estupefacientes”. En: POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre (coordinadores). *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda, 1999, págs. 87-257.

MATUS, Jean Pierre. “Comentario preliminar a los arts. 74 y 75. Régimen concursal en la ley chilena”. En POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis (coordinadores). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, págs. 383-407.

MATUS, Jean Pierre. “Informe acerca de algunos aspectos que se han mostrado problemáticos en la aplicación práctica de la Ley N° 20.000”. En: *Revista Ius et Praxis*, Vol. 11 N° 2, Talca, Universidad de Talca, 2005, págs. 333-350.

MATUS, Jean Pierre. *El concurso aparente de leyes*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Santiago, 2008.

MATUS, Jean Pierre. “Informe sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 4° de la Ley N° 20.000, en autos sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, N° 993-2007 del Excmo. Tribunal Constitucional”. En: *Revista Ius et Praxis*, Vol.14, N° 1, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2008, 11 págs.

MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte Especial. 3ª ed., Santiago, Chile, Legal Publishing Chile, 2015.

MUÑOZ, Juan; SOTO, Susana. “El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimiento para su adquisición y consumo”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 7, 2011, págs. 49-94. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174187> [fecha de consulta: 26 de noviembre de 2018].

NAVARRO, Roberto. “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4° de la ley n° 20.000”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVI, Semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, págs. 259-293.

OXMAN, Nicolás. “Bien jurídico y estructura de imputación del delito de microtráfico de drogas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017, págs. 67-85.

PEÑA, Rodrigo. “Comentario de la Sentencia de la Corte Suprema de 25 de julio de 2012”. En: Vargas, Tatiana (directora). *Ley de Drogas, Tráfico y Microtráfico. Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013, págs. 119-125.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre. “Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”. En POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre (coordinadores). *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1998.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

REBOLLEDO, Lorena. “Inclusión de la cannabis en el artículo primero del Reglamento de la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 34, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2008, págs. 159-165.

REBOLLEDO, Lorena. “El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 60, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014, págs. 119-133.

RETTIG, Mauricio. “Naturaleza jurídica del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas”. En: VARGAS, Tatiana (directora). *Ley de Drogas, Tráfico y Microtráfico. Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013, págs. 53-84.

RODRÍGUEZ, Manuel. “Tráfico ilícito de pequeñas cantidades de cannabis sativa. Determinación de la pureza de la sustancia es innecesaria para establecer la antijuridicidad material de la conducta” [en línea]. Observatorio, Centro de Estudios de Derecho Penal, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2016, 3 págs. Disponible en: <http://www.dpenal.cl/html/observatorio.html> [fecha de consulta: 16 de noviembre de 2018].

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Traducción de la 7ª ed. alemana Joaquín Cuello y José Luis Serrano, Madrid, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000.

RUÍZ, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20.000”. En: *Revista Política Criminal*, Vol. 4, N° 8, 2009, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2009, págs. 408-429.

VALLADARES, Jorge. “Sentido y alcance del artículo 43 de la Ley 20.000”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 54, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, págs. 123-134.

VARGAS, Tatiana. “Microtráfico y salud pública”. En: *La Semana Jurídica*, N° 362, Santiago, Chile, 2007, págs. 6-7.

ZAVIDICH, Carolina “El concurso de delitos: cultivo en relación con tráfico y microtráfico”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 42, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2010, págs. 145-159.

## **JURISPRUDENCIA CITADA**

Sentencias de Corte Suprema:

- Corte Suprema, 9 de mayo de 2002, Rol N° 6-2002.
- Corte Suprema, 2 de enero de 2007, Rol N° 1.506-05.
- Corte Suprema, 19 de julio de 2005, Rol N° 2.005-05.
- Corte Suprema, 26 de julio de 2005, Rol N° 1.990-05.
- Corte Suprema, 24 de abril de 2006, Rol N° 4.401-05.
- Corte Suprema, 23 de agosto de 2006, Rol N° 2.514-04.
- Corte Suprema, 25 de enero de 2007, Rol N° 3.819-06.
- Corte Suprema, 8 de octubre de 2008, Rol N° 6.788-07.
- Corte Suprema, 18 de noviembre de 2008, Rol N° 2.980-08.
- Corte Suprema, 3 de diciembre de 2008, Rol N° 4.192-08.
- Corte Suprema, 21 de enero de 2009, Rol N° 2.763-08.
- Corte Suprema, 12 de febrero de 2009, Rol N° 6.589-08.
- Corte Suprema, 12 de febrero de 2009, Rol N° 6.822-08.
- Corte Suprema, 15 de abril de 2009, Rol N° 7.555-08.
- Corte Suprema, 23 de abril de 2009, Rol N° 4.859-08.
- Corte Suprema, 21 de octubre de 2009, Rol N° 7.485-08.
- Corte Suprema, 17 de diciembre de 2009, Rol N° 4.887-09.
- Corte Suprema, 21 de abril de 2010, Rol N° 6.996-09.
- Corte Suprema, 24 de febrero de 2011, Rol N° 10.162-10.
- Corte Suprema, 26 de abril de 2011, Rol N° 9.394-10.
- Corte Suprema, 14 de marzo de 2012, Rol N° 8.361-11.
- Corte Suprema, 25 de julio de 2012, Rol N° 4.215-12.
- Corte Suprema, 1 de septiembre de 2014, Rol N° 21.599-14.
- Corte Suprema, 20 de noviembre de 2014, Rol N° 25.488-14.
- Corte Suprema, 14 de abril de 2015, Rol N° 3421-15.
- Corte Suprema, 28 de abril de 2015, Rol N° 3707-15.
- Corte Suprema, 4 de junio de 2015, Rol N° 4.949-15.
- Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 10.602-15.
- Corte Suprema, 27 de octubre de 2015, Rol N° 14.046-15.

Corte Suprema, 11 de noviembre de 2015, Rol N° 15.920-15.  
Corte Suprema, 18 de enero de 2016, Rol N° 35.557-15.  
Corte Suprema, 21 de enero de 2016, Rol N° 28.926-15.  
Corte Suprema, 26 de enero de 2016, Rol N° 37.797-15.  
Corte Suprema, 26 de enero de 2016, Rol N° 32.110-15.  
Corte Suprema, 27 de enero de 2016, Rol N° 37.169-15.  
Corte Suprema, 27 de enero de 2016, Rol N° 37.633-15.  
Corte Suprema, 28 de enero de 2016, Rol N° 36.502-15.  
Corte Suprema, 28 de enero de 2016, Rol N° 36.788-15.  
Corte Suprema, 28 de enero de 2016, Rol N° 36837-15.  
Corte Suprema, 23 de febrero de 2016, Rol N° 172-16.  
Corte Suprema, 25 de febrero de 2016, Rol N° 4.233-16.  
Corte Suprema, 25 de febrero de 2016, Rol N° 874-16.  
Corte Suprema, 14 de marzo de 2016, Rol N° 4014-17.  
Corte Suprema, 15 de marzo de 2016, Rol N° 2.533-16.  
Corte Suprema, 17 de marzo de 2016, Rol N° 5.088-16.  
Corte Suprema, 17 de marzo de 2016, Rol N° 1.478-16.  
Corte Suprema, 22 de marzo de 2016, 7482-16.  
Corte Suprema, 22 de marzo de 2016, Rol N° 2.532-16.  
Corte Suprema, 23 de marzo de 2016, Rol N° 5.308-16.  
Corte Suprema, 23 de marzo de 2016, Rol N° 5.730-16.  
Corte Suprema, 31 de marzo de 2016, Rol N° 8.148-16.  
Corte Suprema, 4 de abril de 2016, Rol N° 8.153-16.  
Corte Suprema, 4 de abril de 2016, Rol N° 14.863-16.  
Corte Suprema, 5 de abril de 2016, Rol N° 6.909-16.  
Corte Suprema, 5 de abril de 2016, Rol N° 7.479-16.  
Corte Suprema, 5 de abril de 2016, Rol N° 8.156-16.  
Corte Suprema, 6 de abril de 2016, Rol N° 14.839-16.

Corte Suprema, 6 de abril de 2016, Rol N° 14.865-16.  
Corte Suprema, 19 de abril de 2016, Rol N° 15.960-16.  
Corte Suprema, 21 de abril de 2016, Rol N° 17095-16.  
Corte Suprema, 21 de abril de 2016, Rol N° 16.588-16.  
Corte Suprema, 26 de abril de 2016, Rol N° 17.556-16.  
Corte Suprema, 27 de abril de 2016, Rol N° 17.564-16.  
Corte Suprema, 27 de abril de 2016, Rol N° 17.715-16.  
Corte Suprema, 5 de mayo de 2016, Rol N° 19.477-16.  
Corte Suprema, 9 de mayo de 2016, Rol N° 16.560-16.  
Corte Suprema, 10 de mayo de 2016, Rol N° 19.369-16.  
Corte Suprema, 11 de mayo de 2016, Rol N° 19.610-16.  
Corte Suprema, 18 de mayo de 2016, Rol N° 18.490-16.  
Corte Suprema, 16 de junio de 2016, Rol N° 27.016-16.  
Corte Suprema, 20 de junio de 2016, Rol N° 27.018-16.  
Corte Suprema, 21 de junio de 2016, Rol N° 27073-16.  
Corte Suprema, 22 de junio de 2016, Rol N° 28.383-16.  
Corte Suprema, 6 de julio de 2016, Rol N° 27.790-16.  
Corte Suprema, 12 de julio de 2016, Rol N° 31.169-16.  
Corte Suprema, 18 de julio de 2016, Rol N° 32.867-2016.  
Corte Suprema, 20 de julio de 2016, Rol N° 34.829-16.  
Corte Suprema, 27 de julio de 2016, Rol N° 35.148-16.  
Corte Suprema, 27 de julio de 2016, Rol N° 35.154-16.  
Corte Suprema, 28 de julio de 2016, Rol N° 35.549-16.  
Corte Suprema, 4 de agosto de 2016, Rol N° 39.469-16.  
Corte Suprema, 9 de agosto de 2016, Rol N° 40.574-16.  
Corte Suprema, 9 de agosto de 2016, Rol N° 35.573-16.  
Corte Suprema, 10 de agosto de 2016, Rol N° 38.154-16.  
Corte Suprema, 10 de agosto de 2016, Rol N° 40.675-16.



Corte Suprema, 11 de agosto de 2016, Rol N° 39.466-16.  
Corte Suprema, 20 de septiembre de 2016, Rol N° 47.877-16.  
Corte Suprema, 20 de septiembre de 2016, Rol N° 49.908-16.  
Corte Suprema, 17 de octubre de 2016, Rol N° 59.026-16.  
Corte Suprema, 18 de octubre de 2016, Rol N° 59.013-16.  
Corte Suprema, 25 de octubre de 2016, Rol N° 65.315-16.  
Corte Suprema, 26 de octubre de 2016, Rol N° 65.323-16.  
Corte Suprema, 27 de octubre de 2016, Rol N° 62.205-2016.  
Corte Suprema, 14 de noviembre de 2016, Rol N° 68.800-16.  
Corte Suprema, 14 de noviembre de 2016, Rol N° 68.805-16.  
Corte Suprema, 14 de noviembre de 2016, Rol N° 68.804-16.  
Corte Suprema, 16 de noviembre de 2016, Rol N° 68.840-16.  
Corte Suprema, 16 de noviembre de 2016, Rol N° 68.832-16.  
Corte Suprema, 22 de noviembre de 2016, Rol N° 68.807-2016.  
Corte Suprema, 22 de noviembre de 2016, Rol N° 68.831-16.  
Corte Suprema, 28 de noviembre de 2016, Rol N° 76.424-16.  
Corte Suprema, 28 de noviembre de 2016, Rol N° 73.896-16.  
Corte Suprema, 1 de diciembre de 2016, Rol N° 79.002-16.  
Corte Suprema, 1 de diciembre de 2016, Rol N° 78.952-16.  
Corte Suprema, 5 de diciembre de 2016, Rol N° 82.301-16.  
Corte Suprema, 6 de diciembre de 2016, Rol N° 82.304-16.  
Corte Suprema, 12 de diciembre de 2016, Rol N° 83.390-16.  
Corte Suprema, 27 de diciembre de 2016, Rol N° 88.865-16.  
Corte Suprema, 3 de enero de 2017, Rol N° 92.886-16.  
Corte Suprema, 3 de enero de 2017, Rol N° 92.899-16.  
Corte Suprema, 3 de enero de 2017, Rol N° 87.740-16.  
Corte Suprema, 4 de enero de 2017, Rol N° 88.993-16.  
Corte Suprema, 18 de enero de 2017, Rol N° 7.915-17.

Corte Suprema, 26 de enero de 2017, Rol N° 97.773-16.  
Corte Suprema, 24 de enero de 2017, Rol N° 97.785-16.  
Corte Suprema, 24 de enero de 2017, Rol N° 95.178-2016.  
Corte Suprema, 25 de enero de 2017, Rol N° 101.762-16.  
Corte Suprema, 25 de enero de 2017, Rol N° 94.899-16.  
Corte Suprema, 25 de enero de 2017, Rol N° 99.809-16.  
Corte Suprema, 25 de enero de 2017, Rol N° 99.808-2016.  
Corte Suprema, 15 de febrero de 2017, Rol N° 99.774-16.  
Corte Suprema, 22 de febrero de 2017, Rol N° 97.789-16.  
Corte Suprema, 23 de febrero de 2017, Rol N° 101.746-16.  
Corte Suprema, 27 de febrero de 2017, Rol N° 7-2017.  
Corte Suprema, 27 de febrero de 2017, Rol N° 146-17.  
Corte Suprema, 28 de febrero de 2017, Rol N° 80-17.  
Corte Suprema, 28 de febrero de 2017, Rol N° 175-17.  
Corte Suprema, 2 de marzo de 2017, Rol N° 5-17.  
Corte Suprema, 2 de marzo de 2017, Rol N° 101.755-2016.  
Corte Suprema, 7 de marzo de 2017, Rol N° 268-17.  
Corte Suprema, 8 de marzo de 2017, Rol N° 386-17.  
Corte Suprema, 8 de marzo de 2017, Rol N° 343-17.  
Corte Suprema, 9 de marzo de 2017, Rol N° 349-17.  
Corte Suprema, 9 de marzo de 2017, Rol N° 1.720-17.  
Corte Suprema, 14 de marzo de 2017, Rol N° 2.945-17.  
Corte Suprema, 15 de marzo de 2017, Rol N° 3.681-17.  
Corte Suprema, 15 de marzo de 2017, Rol N° 4.017-17.  
Corte Suprema, 15 de marzo de 2017, Rol N° 3.994-17.  
Corte Suprema, 16 de marzo de 2017, Rol N° 2.985-17.  
Corte Suprema, 20 de marzo de 2017, Rol N° 4.689-17.  
Corte Suprema, 23 de marzo de 2017, Rol N° 4.984-17.

Corte Suprema, 29 de marzo de 2017, Rol N° 4.722-17.  
Corte Suprema, 29 de marzo de 2017, Rol N° 4.775-17.  
Corte Suprema, 6 de abril de 2017, Rol N° 6017-17.  
Corte Suprema, 6 de abril de 2017, Rol N° 6.079-17.  
Corte Suprema, 10 de abril de 2017, Rol N° 6.100-17.  
Corte Suprema, 17 de abril de 2017, Rol N° 7.893-17.  
Corte Suprema, 18 de abril de 2017, Rol N° 8.018-17.  
Corte Suprema, 18 de abril de 2017, Rol N° 7.960-17.  
Corte Suprema, 26 de abril de 2017, Rol N° 8.377-17.  
Corte Suprema, 27 de abril de 2017, Rol N° 9.224-17.  
Corte Suprema, 27 de abril de 2017, Rol N° 9.170-17.  
Corte Suprema, 27 de abril de 2017, Rol N° 9.292-17.  
Corte Suprema, 8 de mayo de 2017, Rol N° 10.249-17.  
Corte Suprema, 4 de mayo de 2017, Rol N° 10.197-17.  
Corte Suprema, 8 de mayo de 2017, Rol N° 10.455-17.  
Corte Suprema, 11 de mayo de 2017, Rol N° 11.477-17.  
Corte Suprema, 15 de mayo de 2017, Rol N° 11.617-17.  
Corte Suprema, 17 de mayo de 2017, Rol N° 9.367-17.  
Corte Suprema, 22 de mayo de 2017, Rol N° 11.791-17.  
Corte Suprema, 29 de mayo de 2017, Rol N° 15.379-17.  
Corte Suprema, 6 de junio de 2017, Rol N° 15.475-2017.  
Corte Suprema, 13 de junio de 2017, Rol N° 15.607-17.  
Corte Suprema, 15 de junio de 2017, Rol N° 15.385-17.  
Corte Suprema, 20 de junio de 2017, Rol N° 15.611-17.  
Corte Suprema, 22 de junio de 2017, Rol N° 18.340-17.  
Corte Suprema, 11 de julio de 2017, Rol N° 21.765-17.  
Corte Suprema, 11 de julio de 2017, Rol N° 21.745-17.  
Corte Suprema, 11 de julio de 2017, Rol N° 21.810-17.

Corte Suprema, 12 de julio de 2017, Rol N° 24.909-17.  
Corte Suprema, 12 de julio de 2017, Rol N° 24.914-17.  
Corte Suprema, 12 de julio de 2017, Rol N° 24.916-17.  
Corte Suprema, 18 de julio de 2017, Rol N° 24.869-17.  
Corte Suprema, 20 de julio de 2017, Rol N° 21.735-17.  
Corte Suprema, 20 de julio de 2017, Rol N°18.339-17.  
Corte Suprema, 20 de julio de 2017, Rol N°19.260-17.  
Corte Suprema, 24 de julio de 2017, Rol N° 25.082-17.  
Corte Suprema, 24 de julio de 2017, Rol N° 24.860-17.  
Corte Suprema, 25 de julio de 2017, Rol N° 31.666-17.  
Corte Suprema, 25 de julio de 2017, Rol N° 30.394-17.  
Corte Suprema, 26 de julio de 2017, Rol N° 31.667-17.  
Corte Suprema, 14 de agosto de 2017, Rol N° 31.669-17.  
Corte Suprema, 14 de agosto de 2017, Rol N° 33.773-17.  
Corte Suprema, 14 de agosto de 2017, Rol N° 34.315-17.  
Corte Suprema, 16 de agosto de 2017, Rol N° 34.317-17.  
Corte Suprema, 24 de agosto de 2017, Rol N° 34.153-17.  
Corte Suprema, 24 de agosto de 2017, Rol N° 34.154-17.  
Corte Suprema, 24 de agosto de 2017, Rol N° 34.158-17.  
Corte Suprema, 28 de agosto de 2017, Rol N° 35.214-17.  
Corte Suprema, 29 de agosto de 2017, Rol N° 35.217-17.  
Corte Suprema, 30 de agosto de 2017, Rol N° 35.613-17.  
Corte Suprema, 31 de agosto de 2017, Rol N° 35.761-17.  
Corte Suprema, 31 de agosto de 2017, Rol N° 35.763-17.  
Corte Suprema, 31 de agosto de 2017, Rol N° 35.690-17.  
Corte Suprema, 6 de septiembre de 2017, Rol N° 35.716-17.  
Corte Suprema, 13 de septiembre de 2017, Rol N° 36.237-17.  
Corte Suprema, 13 de septiembre de 2017, Rol N° 36.242-17.

Corte Suprema, 13 de septiembre de 2017, Rol N° 36.607-17.  
Corte Suprema, 14 de septiembre de 2017, Rol N° 36.323-17.  
Corte Suprema, 14 de septiembre de 2017, Rol N° 36.324-17.  
Corte Suprema, 14 de septiembre de 2017, Rol N° 36.785-17.  
Corte Suprema, 18 de diciembre de 2017, Rol N° 41.779-17.  
Corte Suprema, 20 de septiembre de 2017, Rol N° 36.616-17.  
Corte Suprema, 21 de septiembre de 2017, Rol N° 37.196-17.  
Corte Suprema, 21 de septiembre de 2017, Rol N° 37.177-17.  
Corte Suprema, 21 de septiembre de 2017, Rol N° 37.198-17.  
Corte Suprema, 25 de septiembre de 2017, Rol N° 37.202-17.  
Corte Suprema, 25 de septiembre de 2017, Rol N° 37.211-17.  
Corte Suprema, 27 de septiembre de 2017, Rol N° 37.281-17.  
Corte Suprema, 28 de septiembre de 2017, Rol N° 37.373-17.  
Corte Suprema, 28 de septiembre de 2017, Rol N° 37.400-17.  
Corte Suprema, 2 de octubre de 2017, Rol N° 37.895-17.  
Corte Suprema, 2 de octubre de 2017, Rol N° 37.862-17.  
Corte Suprema, 2 de octubre de 2017, Rol N° 37.842-17.  
Corte Suprema, 3 de octubre de 2017, Rol N° 37.236-17.  
Corte Suprema, 3 de octubre de 2017, Rol N° 37.282-17.  
Corte Suprema, 4 de octubre de 2017, Rol N° 37.283-17.  
Corte Suprema, 12 de octubre de 2017, Rol N° 37.973-17.  
Corte Suprema, 12 de octubre de 2017, Rol N° 37.989-17.  
Corte Suprema, 16 de octubre de 2017, Rol N° 38.688-17.  
Corte Suprema, 16 de octubre de 2017, Rol N° 38.686-17.  
Corte Suprema, 17 de octubre de 2017, Rol N° 38.669-17.  
Corte Suprema, 19 de octubre de 2017, Rol N° 59.022-16.  
Corte Suprema, 30 de octubre de 2017, Rol N° 38.725-17.  
Corte Suprema, 30 de octubre de 2017, Rol N° 38.693-17.  
Corte Suprema, 30 de octubre de 2017, Rol N° 38.694-17.

Corte Suprema, 31 de octubre de 2017, Rol N° 39.432-17.  
Corte Suprema, 31 de octubre de 2017, Rol N° 38.837-17.  
Corte Suprema, 9 de noviembre de 2017, Rol N° 39.637-17.  
Corte Suprema, 9 de noviembre de 2017, Rol N° 39.641-17.  
Corte Suprema, 9 de noviembre de 2017, Rol N° 39.779-17.  
Corte Suprema, 13 de noviembre de 2017, Rol N° 39.746-17.  
Corte Suprema, 13 de noviembre de 2017, Rol N° 39.677-17.  
Corte Suprema, 14 de noviembre de 2017, Rol N° 39.774-17.  
Corte Suprema, 14 de noviembre de 2017, Rol N° 38.833-17.  
Corte Suprema, 14 de noviembre de 2017, Rol N° 38.834-17.  
Corte Suprema, 14 de noviembre de 2017, Rol N° 39.749-17.  
Corte Suprema, 14 de noviembre de 2017, Rol N° 39.753-17.  
Corte Suprema, 15 de noviembre de 2017, Rol N° 39.757-17.  
Corte Suprema, 15 de noviembre de 2017, Rol N° 40.104-17.  
Corte Suprema, 15 de noviembre de 2017, Rol N° 40.103-17.  
Corte Suprema, 20 de noviembre de 2017, Rol N° 40.696-17.  
Corte Suprema, 22 de noviembre de 2017, Rol N° 40.750-17.  
Corte Suprema, 27 de noviembre de 2017, Rol N° 40.871-17.  
Corte Suprema, 27 de noviembre de 2017, Rol N° 40.873-17.  
Corte Suprema, 29 de noviembre de 2017, Rol N° 41.415-17.  
Corte Suprema, 29 de noviembre de 2017, Rol N° 41.412 -17.  
Corte Suprema, 30 de noviembre de 2017, Rol N° 40.287-17.  
Corte Suprema, 30 de noviembre de 2017, Rol N° 40.772-17.  
Corte Suprema, 30 de noviembre de 2017, Rol N° 41.555-17.  
Corte Suprema, 5 de diciembre de 2017, Rol N° 40.867-17.  
Corte Suprema, 5 de diciembre de 2017, Rol N° 41.354-17.  
Corte Suprema, 5 de diciembre de 2017, Rol N° 41.356-17.  
Corte Suprema, 12 de diciembre de 2017, Rol N° 16.685-17.  
Corte Suprema, 14 de diciembre de 2017, Rol N° 41.854-17.

Corte Suprema, 14 de diciembre de 2017, Rol N° 41.926-17.  
Corte Suprema, 21 de diciembre de 2017, Rol N° 42.392-17.  
Corte Suprema, 28 de diciembre de 2017, Rol N° 42.399-2017.  
Corte Suprema, 28 de diciembre de 2017, Rol N° 42.386-17.  
Corte Suprema, 28 de diciembre de 2017, Rol N° 42.683-17.  
Corte Suprema, 28 de diciembre de 2017, Rol N° 42.396-17.  
Corte Suprema, 2 de enero de 2018, Rol N° 43.080-17.  
Corte Suprema, 2 de enero de 2018, Rol N° 43.083-17.  
Corte Suprema, 2 de enero de 2018, Rol N° 43.163-17.  
Corte Suprema, 2 de enero de 2018, Rol N° 42.692-17.  
Corte Suprema, 3 de enero de 2018, Rol N° 42.020-17.  
Corte Suprema, 3 de enero de 2018, Rol N° 41.995-17.  
Corte Suprema, 3 de enero de 2018, Rol N° 43.281-17.  
Corte Suprema, 22 de enero de 2018, Rol N° 43.545-17.  
Corte Suprema, 22 de enero de 2018, Rol N° 44.550-17.  
Corte Suprema, 22 de enero de 2018, Rol N° 43.544-17.  
Corte Suprema, 24 de enero de 2018, Rol N° 44.368-17.  
Corte Suprema, 24 de enero de 2018, Rol N° 44.451-17.  
Corte Suprema, 24 de enero de 2018, Rol N° 44.300-17.  
Corte Suprema, 25 de enero de 2018, Rol N° 45.134-17.  
Corte Suprema, 25 de enero de 2018, Rol N° 45.306-17.  
Corte Suprema, 25 de enero de 2018, Rol N° 44.549-17.  
Corte Suprema, 30 de enero de 2018, Rol N° 44.261-17.  
Corte Suprema, 30 de enero de 2018, Rol N° 43.780-17.  
Corte Suprema, 31 de enero de 2018, Rol N° 45.364-17.  
Corte Suprema, 31 de enero de 2018, Rol N° 45.414-17.  
Corte Suprema, 6 de febrero de 2018, Rol N° 45.519-17.  
Corte Suprema, 6 de febrero de 2018, Rol N° 45.639-17.  
Corte Suprema, 19 de febrero de 2018, Rol N° 792-18.

Corte Suprema, 19 de febrero de 2018, Rol N° 362-18.  
Corte Suprema, 19 de febrero de 2018, Rol N° 361-18.  
Corte Suprema, 21 de febrero de 2018, Rol N° 912-18.  
Corte Suprema, 21 de febrero de 2018, Rol N° 45.873-17.  
Corte Suprema, 21 de febrero de 2018, Rol N° 45.853-17.  
Corte Suprema, 27 de febrero de 2018, Rol N° 45.630-17.  
Corte Suprema, 28 de febrero de 2018, Rol N° 360-18.  
Corte Suprema, 28 de febrero de 2018, Rol N° 356-18.  
Corte Suprema, 28 de febrero de 2018, Rol N° 354-2018.  
Corte Suprema, 6 de marzo de 2018, Rol N° 910-18.  
Corte Suprema, 6 de marzo de 2018, Rol N° 854-18.  
Corte Suprema, 6 de marzo de 2018, Rol N° 903-2018.  
Corte Suprema, 7 de marzo de 2018, Rol N° 1.275-18.  
Corte Suprema, 8 de marzo de 2018, Rol N° 1.351-18.  
Corte Suprema, 8 de marzo de 2018, Rol N° 1.355-18.  
Corte Suprema, 8 de marzo de 2018, Rol N° 1.063-18.  
Corte Suprema, 12 de marzo de 2018, Rol N° 1.529-18.  
Corte Suprema, 12 de marzo de 2018, Rol N° 1.454-17.  
Corte Suprema, 13 de marzo de 2018, Rol N° 2.257-18.  
Corte Suprema, 14 de marzo de 2018, Rol N° 2.297-18.  
Corte Suprema, 14 de marzo de 2018, Rol N° 2.346-18.  
Corte Suprema, 19 de marzo de 2018, Rol N° 1.523-18.  
Corte Suprema, 20 de marzo de 2018, Rol N° 2.229-18.  
Corte Suprema, 20 de marzo de 2018, Rol N° 2.276-18.  
Corte Suprema, 26 de marzo de 2018, Rol N° 2.927-18.  
Corte Suprema, 26 de marzo de 2018, Rol N° 2.740-18.  
Corte Suprema, 26 de marzo de 2018, Rol N° 2.716-2018.  
Corte Suprema, 27 de marzo de 2018, Rol N° 2.707-18.  
Corte Suprema, 28 de marzo de 2018, Rol N° 2.798-18.



Corte Suprema, 28 de marzo de 2018, Rol N° 2.860-18.  
Corte Suprema, 28 de marzo de 2018, Rol N° 2.861-18.  
Corte Suprema, 29 de marzo de 2018, Rol N° 2.926-18.  
Corte Suprema, 2 de abril de 2018, Rol N° 2.984-18.  
Corte Suprema, 2 de abril de 2018, Rol N° 2.449-18.  
Corte Suprema, 9 de abril de 2018, Rol N° 3.430-18.  
Corte Suprema, 17 de abril de 2018, Rol N° 2.987-18.  
Corte Suprema, 17 de abril de 2018, Rol N° 3.378-18.  
Corte Suprema, 25 de abril de 2018, Rol N° 4.183-18.  
Corte Suprema, 26 de abril de 2018, Rol N° 4.563-18.  
Corte Suprema, 26 de abril de 2018, Rol N° 4.563-18.  
Corte Suprema, 30 de abril de 2018, Rol N° 5.117-18.  
Corte Suprema, 30 de abril de 2018, Rol N° 4.575-18.  
Corte Suprema, 30 de abril de 2018, Rol N° 4.588-18.  
Corte Suprema, 2 de mayo de 2018, Rol N° 5.122-18.  
Corte Suprema, 2 de mayo de 2018, Rol N° 5.258-18.  
Corte Suprema, 3 de mayo de 2018, Rol N° 5.261-18.  
Corte Suprema, 3 de mayo de 2018, Rol N° 5.259-18.  
Corte Suprema, 17 de mayo de 2018, Rol N° 6.075-18.  
Corte Suprema, 5 de junio de 2018, Rol N° 6.218-18.  
Corte Suprema, 5 de junio de 2018, Rol N° 6.095-18.  
Corte Suprema, 6 de junio de 2018, Rol N° 6.286-2018.  
Corte Suprema, 11 de junio de 2018, Rol N° 7.574-18.  
Corte Suprema, 11 de junio de 2018, Rol N° 7.474-18.  
Corte Suprema, 14 de junio de 2018, Rol N° 6.602-18.  
Corte Suprema, 14 de junio de 2018, Rol N° 6.475-18.  
Corte Suprema, 19 de junio de 2018, Rol N° 7.995-18.  
Corte Suprema, 28 de junio de 2018, Rol N° 8.501-18.  
Corte Suprema, 3 de julio de 2018, Rol N° 8.658-18.

Corte Suprema, 3 de julio de 2018, Rol N° 8.502-18.  
Corte Suprema, 11 de julio de 2018, Rol N° 8.279-18.  
Corte Suprema, 11 de julio de 2018, Rol N° 8.047-18.  
Corte Suprema, 11 de julio de 2018, Rol N° 8.049-18.  
Corte Suprema, 30 de julio de 2018, Rol N° 12.389-18.  
Corte Suprema, 30 de julio de 2018, Rol N° 14.916-18.  
Corte Suprema, 30 de julio de 2018, Rol N° 12.387-18.  
Corte Suprema, 1 de agosto de 2018, Rol N° 12.869-18.  
Corte Suprema, 6 de agosto de 2018, Rol N° 10.835-18.  
Corte Suprema, 13 de agosto de 2018, Rol N° 14.929-18.  
Corte Suprema, 14 de agosto de 2018, Rol N° 13.140-18.  
Corte Suprema, 14 de agosto de 2018, Rol N° 13.139-18.  
Corte Suprema, 14 de agosto de 2018, Rol N° 14.926-2018.  
Corte Suprema, 16 de agosto de 2018, Rol N° 14.922-18.  
Corte Suprema, 16 de agosto de 2018, Rol N° 12.564-18.  
Corte Suprema, 20 de agosto de 2018, Rol N° 15.395-18.  
Corte Suprema, 21 de agosto de 2018, Rol N° 15.145-18.  
Corte Suprema, 22 de agosto de 2018, Rol N° 15.155-18.  
Corte Suprema, 23 de agosto de 2018, Rol N° 12.864-18.  
Corte Suprema, 23 de agosto de 2018, Rol N° 12.840-18.  
Corte Suprema, 23 de agosto de 2018, Rol N° 12.831-18.  
Corte Suprema, 26 de septiembre de 2018, Rol N° 19.154-18.  
Corte Suprema, 26 de septiembre de 2018, Rol N° 19.155-2018.  
Corte Suprema, 26 de septiembre de 2018, Rol N° 18.635-2018.  
Corte Suprema, 27 de septiembre de 2018, Rol N° 15.203-18.  
Corte Suprema, 1 de octubre de 2018, Rol N° 19.734-18.  
Corte Suprema, 2 de octubre de 2018, Rol N° 20.427-18.  
Corte Suprema, 2 de octubre de 2018, Rol N° 20.441-18.  
Corte Suprema, 2 de octubre de 2018, Rol N° 16.670-18.

Corte Suprema, 2 de octubre de 2018, Rol N° 18.640-18.  
Corte Suprema, 10 de octubre de 2018, Rol N° 20.627-18.  
Corte Suprema, 10 de octubre de 2018, Rol N° 20.806-18.  
Corte Suprema, 10 de octubre de 2018, Rol N° 20.630-18.  
Corte Suprema, 30 de octubre de 2018, Rol N° 22.867-18.  
Corte Suprema, 30 de octubre de 2018, Rol N° 22.891-18.  
Corte Suprema, 31 de octubre de 2018, Rol N° 22.002-18.  
Corte Suprema, 31 de octubre de 2018, Rol N° 22.932-18.  
Corte Suprema, 5 de noviembre de 2018, Rol N° 23.005-18.  
Corte Suprema, 7 de noviembre de 2018, Rol N° 24.597-18.  
Corte Suprema, 7 de noviembre de 2018, Rol N° 23.063-18.  
Corte Suprema, 8 de noviembre de 2018, Rol N° 16.921-18.  
Corte Suprema, 12 de noviembre de 2018, Rol N° 23.302-18.  
Corte Suprema, 22 de noviembre de 2018, Rol N° 19.051-18.  
Corte Suprema, 22 de noviembre de 2018, Rol N° 21.796-18.  
Corte Suprema, 22 de noviembre de 2018, Rol N° 19.097-18.  
Corte Suprema, 6 de diciembre de 2018, Rol N° 26.278-18.  
Corte Suprema, 6 de diciembre de 2018, Rol N° 26.415-18.  
Corte Suprema, 6 de diciembre de 2018, Rol N° 26.491-18.  
Corte Suprema, 18 de diciembre de 2018, Rol N° 23.309-18.  
Corte Suprema, 19 de diciembre de 2018, Rol N° 26.102-18.  
Corte Suprema, 10 de diciembre de 2018, Rol N° 26.100-18.  
Corte Suprema, 17 de diciembre de 2018, Rol N° 24.896-18.  
Corte Suprema, 19 de diciembre de 2018, Rol N° 26.167-18.  
Corte Suprema, 20 de diciembre de 2018, Rol N° 28.127-18.  
Corte Suprema, 26 de diciembre de 2018, Rol N° 26.863-18.  
Corte Suprema, 26 de diciembre de 2018, Rol N° 28.307-18.

### **Sentencias de otros Tribunales:**

Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de noviembre de 2008, Rol N° 1.862-08.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, 4 de septiembre de 2018, Rit N° 78-18.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, 13 de noviembre de 2018, Rit N° 34-18.

Tribunal Constitucional, 13 de mayo de 2008, Rol N° 993-07. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 4° de la Ley N° 20.000, en la causa Rit N° 073/2007 RUC 070000159-4, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco”.

### **Fallos contenidos en Revistas:**

Corte Suprema, 24 de mayo de 1973. En: *Revista de Ciencias Penales*, N° 2, T. XXXI, 3ª época, mayo-diciembre 1972, págs. 195-204.

Corte Suprema, 7 de agosto de 1973. En: *Revista de Ciencias Penales*. N° 2, T. XXXI, 3ª época, mayo-diciembre 1972, págs. 187-192.

Corte Suprema, 5 de junio de 1984. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. 2ª parte, Sec. 4ª, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, págs. 72-75.

Corte Suprema, 16 de diciembre de 1985. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. 2ª parte, Sec. 4ª, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, págs. 264-266.

Corte Suprema, 2 de diciembre de 1991. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, T. LXXXVIII, N° 3, septiembre-diciembre, 1991, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, págs. 154-157.

Corte Suprema, 14 de octubre de 1992. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*. T. LXXXIX, N° 2, mayo-agosto, 1992, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, págs. 226-229.

Corte Suprema, 11 de abril de 1995. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, T. XCII, N° 2, mayo-agosto, 1995, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, págs. 28-31.

Corte Suprema, 25 de mayo de 1995. En: *Gaceta Jurídica*, N° 180, junio 1995, págs. 92-94.

Corte Suprema, 8 de agosto de 1995. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*. T. XCII, N° 2, mayo-agosto, 1995, págs. 127-136.

Corte Suprema, 16 de abril de 1996. En: *Gaceta Jurídica*, N° 190, abril 1996, págs. 100-104.



UNIDAD DE COOPERACIÓN  
INTERNACIONAL Y  
EXTRADICIONES

---



## LA ORDEN DE DETENCIÓN NACIONAL Y SU ROL EN EL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN ACTIVA

Daniel Soto Betancourt<sup>1</sup>

---

### Introducción

El proceso extradicional tiene por objeto la entrega de una persona de un Estado a otro, previo requerimiento o solicitud formal, para que este segundo Estado pueda ejercer el *ius puniendi* respecto de quien cometió un delito en su territorio, o habiendo sido condenado, cumpla la pena impuesta. La extradición se desarrolla a través de distintas etapas, en las cuales se deben establecer ciertos requisitos procesales, los que no siempre se encuentran completamente homologados en el derecho interno de los Estados.

Para los propósitos de este artículo, calificaremos la extradición como un procedimiento compuesto, atendido que siempre tendrá dos caras o se puede analizar desde dos puntos de vista. Por un lado, desde la perspectiva del Estado que requiere la entrega de una persona, lo que se conoce como extradición activa. Y desde el punto de vista del Estado que es requerido, procedimiento que se conoce como extradición pasiva.

Es importante hacer presente que no existen dos procesos distintos, la extradición siempre es una, aunque su tramitación implique distintas etapas que se deben agotar en cada uno de los Estados intervinientes<sup>2</sup>.

Enfocándonos en nuestra legislación, el Código Procesal Penal regula la tramitación de la etapa correspondiente a la extradición activa en su Título VI, párrafo 1°, artículos 431 al 439. En este título encontramos las normas procedimentales que regulan la extradición estableciendo dos fases, una ante el Juzgado de Garantía, y otra ante la Corte de Apelaciones respectiva, quien, conociendo en única instancia, se pronuncia sobre la procedencia o no de la extradición.

---

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

2 PRADO SALDARRIAGA, Victor. "La Extradición: Presente y Futuro" [en línea]. Lima, Perú. Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_64.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_64.pdf). [Fecha de consulta: 02 de mayo de 2019].



El presente análisis no tiene por objeto estudiar el procedimiento completo que se debe seguir ante los tribunales nacionales para obtener la concesión de una extradición activa, sino que nos enfocaremos en un aspecto en concreto dentro del procedimiento, la necesidad de contar con una orden de detención nacional del artículo 127 del Código Procesal Penal para el éxito del procedimiento de extradición, la falta de regulación sobre esta exigencia y las consecuencias de ello en las interpretaciones jurisprudenciales.

Como explicaremos más adelante, esta ausencia o falta de regulación en nuestra legislación nacional, es la que ha llevado a los tribunales nacionales a no decretar una orden de detención en contra de una persona que se encuentra en el extranjero y respecto de quien se está solicitando su extradición, toda vez que han entendido que ello no es requisito para su solicitud ante el Estado extranjero.

En el presente estudio, pretendemos explicar por qué la orden de detención nacional es un requisito preliminar para conceder la detención previa y extradición, a pesar que nuestra normativa nacional no la contempla como tal. Ello porque, como se explicará, su base jurídica encuentra su sustento eminentemente en los tratados internacionales sobre extradición.

De esta forma, pretendemos abordar la problemática presentada en torno a la necesidad de contar con una orden de detención nacional en el procedimiento de extradición activa, en particular teniendo presente la interpretación que han dado los juzgados de garantía a las normas que regulan la extradición en el Código Procesal Penal y, de esta forma, clarificar cuál es el rol de esta institución dentro de este procedimiento.

### **Problema que genera la interpretación del rol de la orden de detención nacional en el procedimiento de extradición activa**

Desde la perspectiva de la tramitación de la extradición activa, el Código Procesal Penal establece los requisitos que deben cumplirse para conceder y dar curso a esta solicitud. Estas exigencias se encuentran reguladas particularmente en los artículos 431 y 432 del mencionado cuerpo normativo, las que establecen como requisitos para acceder por parte de los tribunales chilenos a una solicitud de extradición los siguientes: el principio de mínima gravedad, esto es, que el delito por el cual se solicita la extradición tenga asignada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año<sup>3</sup>. Además, debe encontrarse acreditado en el proceso el lugar y país donde se encuentra actualmente la persona cuya extradición se

---

3 Artículo 431 del Código Procesal Penal.

requiere, así como debe ser evaluado por el juez de garantía un estándar de seriedad de los antecedentes investigativos, lo que se cumple en la medida que se acrediten los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Procesal Penal<sup>4</sup>.

Por su parte, el artículo 436 del cuerpo legal antes citado, señala los documentos que deben acompañarse en lo que llamaremos el expediente de extradición. La mencionada disposición establece que deben acompañarse a la solicitud o pedido formal de extradición, copia de la formalización en ausencia realizada en contra de la persona requerida, los antecedentes investigativos con los que cuenta la Fiscalía, copia de la sentencia condenatoria, si se requiere la extradición para cumplimiento de condena, así como copia de los textos legales que tipifican y sancionan el delito. Asimismo, deben adjuntarse las normas referentes a la prescripción de la acción penal y de la pena en su caso, y todos aquellos documentos que acrediten los datos sobre filiación de la persona cuya extradición se solicita.

Si analizamos las normas nacionales, podemos concluir que ellas no contemplan como exigencia para acceder a la solicitud de extradición la orden de detención nacional. Esta falta de regulación en nuestra legislación interna, ha generado una de las principales dificultades que se presenta durante la tramitación de la extradición activa, cual es la reticencia o negativa de algunos juzgados de garantía de decretar en contra de la persona requerida una orden de detención al amparo del artículo 127 del Código Procesal Penal en el marco de un procedimiento de extradición, por entender que no es procedente y/o que no tienen facultades para ello.

Para graficar el problema, haremos referencia a tres requerimientos de extradición activa tramitados por el Ministerio Público ante distintos juzgados de garantías del país. Los casos que explicaremos, reflejan las principales dificultades que genera la interpretación que hacen los tribunales chilenos en esta materia.

1.- En primer lugar, nos referiremos a una solicitud de extradición activa, seguida ante el Juzgado de Garantía de Graneros respecto de un imputado investigado por el delito de abuso sexual, en el cual la Fiscalía solicitó su extradición para ser requerido a los Estados Unidos de América<sup>5</sup>. En dicho procedimiento, el fiscal del caso formalizó en ausencia al imputado ante el Juzgado de Garantía de Graneros. El tribunal dio por acreditados los

4 Artículo 432 del Código Procesal Penal.

5 Juzgado de Garantía de Graneros Causa, 11 de noviembre de 2014, RUC N° 0700252517-2, Fiscalía Local de Graneros. RIT N° 1248-2008.

requisitos del artículo 432 del Código Procesal Penal<sup>6</sup>, y ordenó elevar los antecedentes ante la Corte de Apelaciones respectiva. Vista la causa por la Corte de Rancagua, resolvió acoger la solicitud de extradición en contra del requerido y ordenó oficiar al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile para formalizar el pedido<sup>7</sup>.

Sin perjuicio de ello, y con posterioridad a su concesión, el Ministerio Público solicitó al juez de garantía que decretara orden de detención en contra del requerido, toda vez que no se había despachado previamente, y sustentó su solicitud en el hecho de que la orden de detención nacional es un requisito para formular la solicitud de extradición ante el Estado donde se encuentra el imputado. El juez de garantía, rechazó la solicitud por estimarse incompetente, por lo que el Ministerio Público apeló de dicha resolución. La Corte de Apelaciones resolviendo el recurso interpuesto, lo rechazó, pronunciándose en cuanto al fondo de la petición de la siguiente forma:

“3.- Que conforme al artículo 127 del Código Procesal Penal, el tribunal, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera su comparecencia podría verse demorada o dificultada.

La norma citada faculta al tribunal para disponer la detención de un imputado, a fin que comparezca a las actuaciones del procedimiento en forma personal a requerimiento.

6 Artículo 432, Código Procesal Penal: “Tramitación ante el juez de garantía. Se podrá formalizar la investigación respecto del imputado ausente, el que será representado en la audiencia respectiva por un defensor penal público, si no contare con defensor particular. Al término de la audiencia, previo debate, el juez de garantía accederá a la solicitud de extradición si estimare que en la especie concurren los requisitos del artículo 140. Si el juez de garantía diere lugar a la solicitud de extradición a petición del fiscal o del querellante, declarará la procedencia de pedir, en el país extranjero, la prisión preventiva u otra medida cautelar personal respecto del imputado, en caso de que se cumplan las condiciones que permitirían decretar en Chile la medida respectiva. Para que el juez eleve los antecedentes a la Corte de Apelaciones, será necesario que conste en el procedimiento el país y lugar en que el imputado se encontrare en la actualidad”.

7 “II.- Que, se acoge la solicitud de extradición planteada por el Ministerio Público respecto del ciudadano norteamericano D.J.H., a fin de que comparezca personalmente a enfrentar el proceso seguido en su contra en este país por su eventual participación como autor del delito de abuso sexual de menor de 14 años contemplado en el artículo 366 bis del Código Penal. Para el cumplimiento de lo resuelto, diríjase oficio al señor Ministro de Relaciones Exteriores, a fin de que se sirva ordenar la práctica de las gestiones diplomáticas necesarias, encaminadas a ese objetivo”. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, 30 de junio de 2014, Rol Corte N° 288-2014.

4.- Que no obstante lo anterior, la citada norma anterior establece como requisito indispensable que la comparecencia del imputado o formalizado pudiera verse demorada o dificultada.

5.- Que en la especie no se ha acreditado por el Ministerio Público tal circunstancia, de manera tal que mientras no se demuestre la demora o dificultad en la comparecencia a las actuaciones del procedimiento, no corresponde decretar la citada orden de detención sin previa citación”<sup>8</sup>.

Analizando los fundamentos y razonamientos de la Corte de Apelaciones de Rancagua, se concluye que rechazó la solicitud de decretar orden de detención en contra del imputado, por entender que no se acreditó la demora o dificultad en la comparecencia a las actuaciones del procedimiento. Sin embargo, ya se había formalizado en ausencia al requerido, el juez de garantía había dado por concurrentes los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal y estaba suficientemente establecido en el proceso que la persona se encontraba fuera del país. Por otro lado, la misma Corte ya había accedido a solicitar la extradición vía Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile<sup>9</sup>, con lo cual da cuenta que se había acreditado suficientemente que la persona requerida se encontraba en situación de fuga fuera del territorio chileno. Como se puede colegir de la lectura de esta resolución, en ella detectamos la habitual confusión por parte de los tribunales sobre la forma de interpretar los sentidos y alcances de una orden de detención nacional en la extradición y en particular con la necesidad de cautela.

2.- El segundo caso al que haremos referencia, es una solicitud de formalización en ausencia por el delito de maltrato animal, tramitada ante el Juzgado de Garantía de Río Negro, donde se logró acreditar que el imputado estaba ubicable en Nueva Zelanda<sup>10</sup>. En dicha audiencia, el Ministerio Público realizó tres solicitudes:

- a) Solicitó previo al inicio de la discusión de la formalización en ausencia, se despachara orden de detención del artículo 127 del Código Procesal Penal en contra del imputado, con la finalidad de continuar con la prosecución del procedimiento de extradición.
- b) Comunicó la formalización en ausencia del requerido.

8 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, 21 de noviembre de 2014, Rol N° 586-2014-RPP.

9 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, 30 de junio de 2014, Rol Corte N° 288-2014.

10 Juzgado de Garantía de Río Negro, 26 de abril de 2019, RUC N° 1800751863-K, RIT N° 450-2019.

- c) Solicitó se elevaran los antecedentes ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva, para continuar con la tramitación de la extradición activa.

El Tribunal, tuvo por formalizada en ausencia la investigación, pero no accedió a despachar la orden de detención en contra del imputado, ni accedió a la continuación del procedimiento de extradición por los siguientes motivos:

- a) Que, no se daban los presupuestos del artículo 127 inciso primero del C.P.P., toda vez que existen normas especiales para decretar la prisión preventiva u otra medida cautelar establecidas en el artículo 432 del Código Procesal Penal. Interpreta esta norma, en el sentido que ella es explícita en señalar que el juzgado de garantía no decreta en este procedimiento ninguna medida cautelar que restrinja la libertad de un requerido. Y que sólo debe declarar la procedencia de pedir la prisión preventiva u otra medida cautelar en el Estado requerido.
- b) Que no se cumple con el requisito de pena mínima establecido en el artículo 431 del Código Procesal Penal, toda vez que se trata de una pena en abstracto, y aun cuando se haya formalizado por hechos reiterados y se aplique la regla de reiteración de delitos de una misma especie del artículo 351 del C.P.P., ello es una regla de determinación de pena.

Para efectos del presente estudio nos enfocaremos en la primera resolución que niega decretar la orden de detención nacional. En esta resolución, el juzgado de garantía concluyó que existe norma expresa en el artículo 432 del Código Procesal Penal, el cual regula los presupuestos para decretar la prisión preventiva u otra medida cautelar en la solicitud de extradición. Sostiene el Tribunal, que esta norma es explícita en señalar que el juzgado de garantía no decreta en este procedimiento ninguna medida cautelar que restrinja la libertad de un requerido, y finalmente, que sólo debe declarar la procedencia de pedir la prisión preventiva u otra medida cautelar en el Estado requerido. Si bien coincidimos en el sentido que en la audiencia de formalización en ausencia no se decreta la prisión preventiva ni ninguna medida cautelar respecto de una persona cuya extradición se está solicitando, sino que se debe declarar la procedencia de pedir estas medidas al Estado requerido, no podemos confundir esta situación con la necesidad de contar con una orden de detención nacional. Al efecto, no encontraremos el fundamento de la necesidad de contar con la orden de detención dentro de las normas nacionales que regulan la extradición activa. Por el contrario, su fundamento encuentra sustento jurídico en las normas internacionales sobre la materia, razón por la cual entendemos que una negativa a decretar una orden de detención en contra de una persona que se encuentra en el extranjero, no puede fundarse en lo dispuesto en el artículo 432 del Código Procesal Penal.

Ante estas resoluciones, el Ministerio Público apeló ante la Corte de Apelaciones de Valdivia, la que si bien revocó la resolución que rechazó la extradición y por consiguiente ordenó continuar con la solicitud de extradición, compartiendo los argumentos del Ministerio Público en el sentido que se cumplía con el requisito de la mínima gravedad, rechazó la parte de la apelación en que se solicitaba la revocación del rechazo a decretar orden de detención. La Corte estimó inadmisibles estas partes del recurso por entender que la resolución que rechaza la solicitud es inapelable, según sostiene en su considerando tercero:

*“En efecto, al no haber norma expresa que contemple la apelación contra la negativa a decretar orden de detención; y no dándose tampoco ninguna de las situaciones que describe la letra a) del artículo 370 del Código Procesal Penal, en particular, de imposibilidad de continuar la prosecución penal, se estima que esta resolución no es apelable”.*

*“Se difiere del criterio que sostiene el ente persecutor, pues la negativa a decretar, en esta etapa procesal, la detención contra el futuro imputado no tiene incidencia en la prosecución penal, ya que para acceder o denegar a la solicitud de extradición, el juez de garantía, no debe atender a esta medida como requisito previo (artículo 431 y 432 del Código Procesal Penal no lo contempla), por ello la denegatoria de la detención no tiene incidencia en la prosecución de la tramitación de la solicitud de extradición”<sup>11</sup>.*

*“Por su parte, en la eventualidad que correspondiere, la Corte de Apelaciones para pronunciarse sobre la procedencia de la solicitud de extradición, tampoco tiene como exigencia que la mentada detención se haya decretado (artículos 433, 434, 435 y 436 del Código citado, pues en estas normas se alude a la detención previa, instituto distinto de la detención por cuya negativa se apela y que no la considera como antecedente indispensable)”<sup>12</sup>.*

Si bien la resolución del juzgado de garantía fue revocada en su parte principal, y por consiguiente se ordenó continuar con el procedimiento de extradición, la Corte de Apelaciones de Valdivia en concreto entendió que la orden de detención no es un requisito del procedimiento de extradición y que el hecho de no contar con ella no impide la continuación de la solicitud de extradición. Funda su razonamiento básicamente en el hecho que esta exigencia no se encuentra contemplada en ninguna norma en nuestra legislación nacional.

En la vista de este recurso, el Ministerio Público sostuvo categóricamente que la exigencia de la orden de detención no se encuentra establecida en nuestra legislación nacional, sino que debe atenderse a la normativa internacional ratificada por Chile y que se encuentra vigente, y por tanto son los tratados

11 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, 22 de mayo de 2019, Rol 375-2019.

12 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, 22 de mayo de 2019, Rol 375-2019.

internacionales de extradición los que contemplan la exigencia de acompañar una orden de detención nacional al pedido de extradición, y que no contar con ella hace imposible continuar con el procedimiento, porque faltará un requisito contemplado en estas normas lo que incidirá en un eventual rechazo por parte del Estado requerido.

La Corte de Apelaciones de Valdivia no se hizo cargo de estas alegación y resolvió de acuerdo a lo señalado precedentemente, lo que como se indicará en el desarrollo de este artículo, nos parece que no está en concordancia con la regulación de la extradición, la que debe considerarse compuesta no sólo por las normas nacionales sobre la materia, sino también los tratados de extradición suscritos por Chile y que tienen el rango de ley interna.

3.- Finalmente, y en tercer lugar, haremos referencia a una solicitud de extradición activa seguida por la Fiscalía Local Santiago Poniente, por el delito de homicidio, respecto de un imputado ubicable en la República de Perú<sup>13</sup>. En este caso, en la audiencia de formalización en ausencia, el juzgado de garantía dio por acreditados los requisitos del artículo 432 del Código de Procesal Penal y accedió a la solicitud de extradición. Sin embargo, con posterioridad a esta resolución, el Ministerio Público debió solicitar la orden de detención nacional, la que no había sido requerida previamente durante la tramitación del procedimiento. Para fundamentar esta solicitud, la Fiscalía sustentó su petición argumentando el rol que cumple la orden de detención nacional en el procedimiento de extradición, ante lo cual el juzgado de garantía resolvió favorablemente, acogiendo los argumentos del Ministerio Público:

*“Que, la Fiscal Adjunto ha solicitado que se decrete la detención del imputado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 127 inciso 1° del Código Procesal Penal, tanto para asegurar su comparecencia, como para el éxito del procedimiento de extradición y concesión de la detención previa por parte del Estado requerido.*

*Por consiguiente, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 127 inciso 1° del Código Procesal Penal, se resuelve:*

*Que se hace lugar a la petición del Fiscal y, se ordena la detención del imputado, de nacionalidad peruana; a fin de poder continuar con el proceso de extradición activa; quien deberá ser puesto a disposición del Centro de Justicia dentro de las 24 horas siguientes a la detención”<sup>14</sup>.*

Esta resolución, si bien es bastante sucinta, acoge los argumentos del Ministerio Público. Primero, reconoce el rol de la orden de detención nacional y afirma

13 Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, 03 de noviembre de 2015, RUC N° 1200386012-2, RIT N° 182-2013.

14 Ibid.

que es necesaria para el éxito del procedimiento y, en segundo lugar, la reconoce como un requisito para solicitar la detención previa al Estado requerido.

Ahora bien, teniendo presente estos tres casos citados, podemos establecer que ninguna de las resoluciones anteriores interpreta correctamente, a nuestro juicio, el rol que cumple la orden de detención en el procedimiento de extradición. Incluso aquella resolución que concede la orden, tampoco fundamenta contundentemente su decisión, ni analiza las exigencias jurídicas que permiten concluir que la orden de detención nacional es un requisito base de una solicitud de extradición. Teniendo presente lo expuesto y el criterio observado por los tribunales nacionales, en adelante revisaremos los fundamentos legales para concluir que la orden de detención es un requisito previo en el procedimiento extradicional.

## **Orden de detención nacional como requisito del procedimiento de extradición**

Como señalamos al comienzo, la regulación de la extradición se encuentra establecida en el Título VI del Libro IV del Código Procesal Penal en sus artículos 431 al 454. En este articulado, el legislador regula las distintas etapas del procedimiento de extradición activa, desde su procedencia y requisitos generales (Art. 431), la tramitación ante el juez de garantía (Art. 432), la tramitación que debe llevarse ante la Corte de Apelaciones (Art. 433), la formalización del pedido de extradición ante el Estado requerido por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores (Art. 436), hasta finalmente la llegada del extraditado a nuestro país (Art. 437).

Sin embargo, debemos hacer presente un elemento relevante que debe ser considerado por los tribunales al momento de resolver un pedido de extradición, nos referimos a los tratados internacionales sobre extradición. Al respecto, debemos tener presente que los tratados internacionales ratificados por Chile tienen validez en el plano interno y, por tanto, deben ser aplicados por nuestros tribunales.

Al efecto, en el caso de Chile, una vez ratificado un tratado internacional, debe ser aprobado por el Congreso Nacional para posteriormente ser promulgado y publicado en el Diario Oficial. Cumplida esta formalidad, el tratado tendrá plena validez en el plano interno, teniendo igual valor y fuerza que una ley interna<sup>15</sup>. Por consiguiente, lo dispuesto en ellos debe ser considerado por

---

15 BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Universitaria, 1993, p.100.



los juzgados de garantías y Cortes de Apelaciones al momento de tramitar un procedimiento de extradición<sup>16</sup>. De lo anterior podemos concluir que las normas que regulan la extradición no se encuentran exclusivamente en nuestro Código Procesal Penal, sino que, además, debemos respetar y cumplir aquellas reguladas en la normativa internacional.

Así las cosas, para poder materializar en la práctica un pedido de extradición ante otro Estado, el Ministerio de Relaciones Exteriores lleva a cabo las gestiones diplomáticas necesarias para formalizar esta solicitud ante el Estado requerido (Art. 437). Para ejecutarlo, la Cancillería a través de la Dirección de Asuntos Jurídicos, remite por canales diplomáticos una nota verbal acompañando de lo que denominaremos “*cuaderno o expediente de extradición*”.

Este expediente debe contener, a lo menos, los documentos que se indican en el artículo 436 del Código Procesal Penal, a saber: copia de la formalización de la investigación, entendiéndose por ello a la formalización en ausencia del formalizado, regulada en el artículo 432 del Código Procesal Penal; copia de los antecedentes que la hubieren motivado, lo que se refiere a la copia de los antecedentes investigativos más relevantes que sustentan los hechos por los que se pide la extradición; o en el caso que se solicite la extradición para el cumplimiento de una pena, se debe acompañar copia de la sentencia definitiva condenatoria; los textos legales que tipifican y sancionan el delito; los relativos a la prescripción de la acción penal o de la pena y todos los datos en relación a la identidad de la persona requerida<sup>17</sup>.

Sin embargo, además de estos documentos requeridos en nuestra legislación interna al momento de formalizar una solicitud de extradición, debemos observar también la documentación y requisitos exigidos en el tratado aplicable al caso concreto. En este sentido, no sólo debemos cumplir adjuntando al expediente lo establecido en la normativa nacional, sino que, además, lo que exigen los tratados aplicables.

Si analizamos los requisitos o documentos que se deben acompañar al pedido formal de extradición al amparo de la normativa internacional, podemos mencionar que todos los tratados de extradición exigen acompañar materialmente la orden de detención, o su similar, decretada por los tribunales del Estado requirente. Este documento da cuenta que la persona es actualmente buscada en dicha jurisdicción, lo que constituye la premisa básica para iniciar

16 MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo*. 3ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing Chile, 2015, p. 403.

17 Artículo 436 del Código Procesal Penal.

un procedimiento de esta naturaleza. Para demostrar esta exigencia, haremos referencia a los principales tratados internacionales sobre extradición:

- El Tratado de extradición entre la República de Chile y la República del Perú de 1932, artículo XII: *“se debe acompañar al pedido de extradición respecto de los presuntos delincuentes, copia legalizada de la ley penal aplicable a la infracción que motiva la demanda y del auto de prisión”*<sup>18</sup>.
- El Tratado de extradición entre la República de Chile y la República de Ecuador de 1899, artículo 3°: *“Acompañarán a la demanda la sentencia condenatoria, notificada en forma legal, si el reo reclamado hubiere sido juzgado y condenado, o el mandato de prisión expedido por el Tribunal competente y con la designación exacta del delito que la motivare y de la fecha de su perpetración, si el presunto delincuente estuviese solo procesado”*<sup>19</sup>.
- El Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República de Chile y el Reino de España de 1992, establece en su artículo 15, numeral 2: *“a la solicitud de extradición deberá acompañarse: a) Copia o transcripción de la sentencia condenatoria, o del auto de procesamiento, prisión o resolución análoga según la legislación de la Parte requirente, con relación sumaria de los hechos, lugar y fecha en que ocurrieron y, en caso de sentencia condenatoria, certificación de que la misma no se ha cumplido totalmente, indicándose el tiempo que faltare por cumplir”*<sup>20</sup>.
- El Tratado de Extradición entre la República de Chile y la República Italiana y su Protocolo Adicional, del año 2002 artículo X en su numeral 1, respecto de documentos que sustentan la solicitud: *“La solicitud de extradición debe ser acompañada por el original o por una copia certificada de la orden restrictiva o privativa de libertad personal o de la sentencia irrevocable de condena, con indicación de la pena aún por cumplir”*<sup>21</sup>.

18 Tratado de extradición entre Chile y Perú, Diario Oficial del 27 de agosto de 1936.

19 Convención sobre extradición entre Chile y Ecuador, Diario Oficial del 09 de octubre de 1899.

20 Tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal entre los gobiernos de Chile y España, Diario Oficial del 11 de abril de 1995.

21 Tratado de Extradición entre la República de Chile y la República Italiana y su Protocolo Adicional, Diario Oficial del 04 de agosto de 2017.

- El Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América, del año 2013, en su artículo 8 numeral 3, letra a), indica que la solicitud de extradición debe estar respaldada entre otros documentos: a) una copia del auto u orden de detención que dicte un juez u otra autoridad competente<sup>22</sup>.

Destacamos que estos dos últimos tratados internacionales son los más modernos y actuales que regulan la extradición entre nuestro país y otros Estados. Esto nos sirve para sostener que la exigencia de una orden de detención nacional se ha mantenido constante a través del tiempo. Por otro lado, y continuando el análisis de la normativa internacional, los tratados multilaterales en materia de extradición también exigen que se acompañe al pedido formal de extradición la orden de detención nacional. Al efecto, podemos citar como ejemplo:

- El Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR, en su artículo 18 numeral 2° sostiene: *“Cuando se tratare de una persona no condenada, la solicitud de extradición deberá ser acompañada por el original o copia de la orden de prisión o resolución equivalente, conforme a la legislación del Estado Parte requerido, emanado de la autoridad competente”*<sup>23</sup>.
- El Tratado de Extradición de Montevideo de 1933, artículo 5° letra b): *“Cuando el individuo es solamente un acusado, una copia auténtica de la orden de detención, emanada de juez competente; una relación precisa del hecho imputado, una copia de las leyes referentes a la prescripción de la acción o de la pena”*<sup>24</sup>.
- El Código de Bustamante, también contemplan su artículo 365: *“Con la solicitud definitiva de extradición deben presentarse: 1. Una sentencia condenatoria o un mandamiento o auto de prisión o un documento de igual fuerza, o que obligue al interesado a comparecer periódicamente ante la jurisdicción represiva, acompañado de las actuaciones del proceso que suministren pruebas o al menos indicios racionales de la culpabilidad de la persona de que se trate”*<sup>25</sup>.

22 Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América, Diario Oficial del 18 de abril de 2017.

23 Acuerdo Sobre Extradición Entre Los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Diario Oficial del 18 de abril de 2012.

24 Convención sobre Extradición, suscrita en Montevideo el 26 de Diciembre de 1933, Diario Oficial del 19 de agosto de 1935.

25 Código de Derecho Internacional Privado, Diario Oficial del 25 de abril de 1934.

De la revisión de los textos sobre extradición mencionados, claramente podemos concluir como denominador común, que la orden de detención nacional es un documento requerido que se debe acompañar al expediente formal de extradición. A pesar de ello, si analizamos con detención cada una de las disposiciones citadas, no se explica el motivo por el cual se exige este requisito y tampoco hemos encontrado jurisprudencia o doctrina que motive o justifique esta exigencia.

Para buscar argumentos jurídicos que justifiquen la exigencia de acompañar materialmente copia de la orden de detención nacional o su símil, analizaremos lo dispuesto en el artículo 365 del Código de Bustamante, el cual dispone que se debe acompañar a la solicitud de extradición un *“mandamiento o auto de prisión o un documento de igual fuerza, o que obligue al interesado a comparecer periódicamente ante la jurisdicción represiva”*. Es en esta última expresión donde encontramos, a nuestro juicio, el fundamento para exigir el acompañamiento de una orden de detención o su equivalente. Ello atendido que si un Estado está solicitando a otro la entrega de una persona con fines de juzgamiento o cumplimiento, se debe acreditar ante el Estado requerido que esta persona está siendo actualmente buscada por la jurisdicción represiva. Esta situación se logra demostrando que existe una orden de detención vigente emanada por un tribunal competente del Estado requirente.

El hecho de acompañar una orden nacional de detención demuestra que ha existido un control jurisdiccional previo, el cual da garantía suficiente de que no se trata de un acto discrecional o arbitrario. Además, con ello se puede descartar que nos encontramos en presencia de un mero acto político o del ejecutivo, realizado sin intervención judicial.

Para entender este análisis y para sustentar nuestra interpretación, haremos referencia a la definición de extradición dada por Matus y Ramírez, quienes la definen como un acto donde un Estado reclama a otro Estado la entrega de una persona para juzgarla penalmente o ejecutar una pena ya impuesta<sup>26</sup>. Teniendo presente este concepto, podemos sostener que la solicitud de extradición parte de la base que la persona requerida está siendo actualmente buscada o reclamada por el Estado requirente, toda vez que no ha comparecido a las actuaciones del procedimiento penal seguido en su contra y/o no habiendo comparecido, además, ha sido imposible su ubicación.

En otros términos, la primera acción que adopta cualquier sistema judicial ante una situación como la descrita, es decretar la detención judicial de la persona. Esto nos lleva a sostener que la orden de detención constituye la

---

26 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 403.

forma jurídica de ejecutar materialmente la búsqueda de una persona que es requerida en el ámbito penal.

Para profundizar este análisis, recurriremos a una institución que ha sustituido el clásico procedimiento de extradición en el ámbito de la Unión Europea, nos referimos a la Orden de Detención Europea, conocida también como “euro orden”. Esta institución tiene su origen en la Decisión-Marco adoptada por el Consejo de Ministros de Justicia de la Unión Europea de fecha 13 de junio del 2002<sup>27</sup>, y que devino aplicable a partir del 1 de enero del 2004. Como concepto podemos entenderla de la siguiente forma:

*“Una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro, de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad”<sup>28</sup>.*

Si examinamos la Decisión Marco, podemos concluir que el objetivo de la *euro orden* es sustituir el procedimiento de extradición por un sistema de entrega entre autoridades judiciales, creando una tramitación simplificada de entrega de personas condenadas o sospechosas. Con ello se pretende sustituir las relaciones clásicas entre Estados, el que está basado en un sistema complejo de solicitudes de extradición, mediante la creación de un nuevo sistema simplificado de entrega<sup>29</sup>.

Dentro de las conclusiones y regulaciones de la Decisión Marco, se establece que las *euro orden* deben someterse a suficientes controles, por lo que la decisión de entregar a una persona que es requerida deberá ser tomada por una autoridad judicial del Estado miembro en el que ha sido detenida esta persona<sup>30</sup>. A pesar de ello, se debe acompañar como contrapartida copia de la orden de detención o resolución judicial que tenga la misma fuerza<sup>31</sup>. Esto es de toda lógica, considerando que la *euro orden* está concebida como un sistema de entrega entre autoridades judiciales, con la finalidad de simplificar la persecución penal.

En otras palabras, la Unión Europea reconociendo la necesidad de acelerar los procedimientos de extradición<sup>32</sup>, establece la orden de detención europea

27 Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI).

28 Ibid.

29 Ibid. Considerandos 5, 6 y 7.

30 Ibid. párrafo 8.

31 Ibid. párrafo 8 numeral 1 letra c).

32 Ibid. párrafo 1.

como la primera concreción en el ámbito del derecho penal del principio del reconocimiento mutuo, lo que el Consejo Europeo ha calificado como “piedra angular” de la cooperación judicial<sup>33</sup>. En consecuencia, mediante esta Decisión Marco, se sustituyen las solicitudes formales de extradición entre Estados miembros, por el reconocimiento de la *euro orden*. Ahora, si bien existe esta sustitución, la base de todo este nuevo procedimiento de entrega simplificado, parte de la premisa que existe una orden de detención emanada por el tribunal competente que persigue penalmente a la persona requerida, resolución que es plenamente reconocida y aceptada por los Estados de la Comunidad Europea.

Esto nos lleva a concluir y reforzar, que la base de cualquier procedimiento de entrega de una persona por un Estado a otro, es la existencia de una orden de detención nacional. Esto da garantía al Estado requerido que la persona reclamada es buscada en virtud de una orden de detención emanada por un tribunal competente del Estado requirente y que no es una solicitud meramente política, sino por el contrario, ha existido un control jurisdiccional que da fe que existen antecedentes y fundamento.

### **Orden de detención en ausencia de tratado internacional**

Sin perjuicio de lo antes mencionado, podría cuestionarse el argumento basado en que la exigencia de la orden de detención encuentra su fundamento en los textos de los tratados internacionales sobre la materia, respecto de aquellas solicitudes de extradición con países con los cuales no se cuenta con ningún tratado que pueda invocarse.

Sin embargo, en ausencia de tratado, es perfectamente posible cursar pedidos de extradición. Al efecto, las Cortes de Apelaciones del país, así como la Corte Suprema, son claras en establecer que a falta de tratado debe recurrirse a los Principios Generales del Derecho Internacional, los que tienen su fundamento en particular en las normas del Código de Bustamante y la Convención de Montevideo en materia de extradición del año 1933. De esta forma, por ejemplo, la Corte Suprema en causa Rol N° 37.531-2015 de fecha 02 de mayo de 2016 en procedimiento de extradición pasiva requerido por la República Federal Alemana, concluye:

*“OCTAVO: Que en lo que dice relación a la exigencia contenida en la letra b) del artículo 449 del Código Procesal Penal, es menester tener en consideración que a falta de tratado que autorice la extradición debe recurrirse a los principios del Derecho Internacional, específicamente a las normas del Derecho Internacional*

---

33 Ibid. párrafo 6.

*Privado o Código de Bustamante y a las de la Convención de Montevideo de diciembre de 1933”.*

Y luego analiza los requisitos que deben cumplirse en el pedido de extradición al amparo de la Convención de Montevideo, donde debe constar la orden nacional de detención:

*“Por su parte el artículo V del Tratado de Montevideo de 1933, sobre extradición, exige en su letra b) que el Estado requirente adjunte los siguientes documentos: Copia auténtica de la orden de detención, emanada de juez competente, la que en estos autos consta a fojas 49”<sup>34</sup>.*

Teniendo presente esta resolución, debemos concluir necesariamente que, al amparo de la regulación internacional en materia de extradiciones, aun cuando no exista tratado bilateral o multilateral entre las partes, la orden de detención nacional es uno de los documentos exigidos que se deben acompañar materialmente al pedido formal de extradición. Tanto es así que en el evento que un pedido de extradición no contenga este documento, se corre el riesgo que la solicitud sea rechazada por parte del Estado requerido, por no contar con todos los antecedentes necesarios que den cuenta que una persona es actualmente buscada o requerida por el Estado requirente.

### **Orden de detención como requisito para solicitar la detención previa del artículo 434 del Código Procesal Penal**

Otra de las dificultades de interpretación que se genera en los tribunales chilenos, dice relación con la detención previa o preventiva, la cual encuentra su sustento en nuestra legislación en el artículo 434 inciso 2° del Código Procesal Penal. Esta norma regula la solicitud de detención previa la cual dispone que *“la solicitud de la Corte de Apelaciones deberá consignar los antecedentes que exigiere*

34 El mismo requisito establecen todos los tratados de extradición, por ejemplo, el artículo XII del Tratado Bilateral de Extradición entre Chile y Perú, contempla dentro de los requisitos de procedencia, que “las demandas de extradición serán presentadas por medio de los Agentes Diplomáticos o consulares respectivos y, a falta de éstos directamente de Gobierno a Gobierno, e irán acompañadas de los siguientes documentos: 3° “respecto de los presuntos delincuentes, copia legalizada de la ley penal aplicable a la infracción que motivase la demanda y del auto de prisión”.

Al efecto, los últimos tratados de extradición que entraron en vigencia, publicados en el Diario Oficial el 18 de Abril de 2017, el Tratado de Extradición entre la República de Chile y los Estados Unidos de América, en su artículo 8 numeral 3 letra a), y el Tratado de Extradición entre la República Italiana y la República de Chile del D.O. de fecha 03 de mayo de 2017 art. X numeral 1, establecen también como requisito adjuntar la orden nacional de detención, la que es completamente distinta a las solicitudes de detención previa, que son reguladas en normas distintas.

*el tratado aplicable para solicitar la detención previa, o falta de tratado, al menos los antecedentes contemplados en el artículo 442*". Esta disposición contempla un instituto completamente distinto a la orden judicial de detención del 127 del Código Procesal Penal, las que habitualmente tienden a confundirse por parte de los tribunales nacionales.

Sostenemos que la detención previa es un instituto completamente distinto a la detención judicial, pues las Cortes de Apelaciones no la decretan, sino que únicamente pedirán a las autoridades del Estado requerido, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, que ellas decreten la detención previa de la persona requerida, en tanto nuestro país prepara y remite el expediente o cuaderno formal de extradición. En definitiva, la corte no concede ninguna orden de detención judicial en contra de la persona requerida, sino que únicamente valora los antecedentes presentados, para estimar que hay argumentos investigativos suficientemente acreditados para solicitar al Estado requerido, que sea él quien despache una orden de detención o decrete medidas cautelares en contra del requerido para asegurar su comparecencia ante el procedimiento de extradición pasiva que se lleva a cabo en dicho Estado.

Si analizamos el artículo 442 del Código Procesal Penal, disposición enmarcada en la extradición pasiva que regula la detención previa a propósito de dicho procedimiento, dispone que sólo se podrá decretar la detención previa solicitada por otro Estado, en la medida que se hubiere dispuesto en el tratado respectivo o bien lo requiriere el Estado extranjero mediante una solicitud que contemple las menciones mínimas allí señaladas, dentro de las cuales se destaca la letra b), que dispone que debe existir una orden restrictiva o privativa de libertad personal del imputado.

Como puede apreciarse, la institución de la detención previa con fines de extradición es totalmente diversa de aquella orden de detención nacional contemplada bajo los alcances del artículo 127 del Código Procesal Penal y, sin lugar a confusión, la existencia de una orden de detención nacional es requisito previo para que sean los jueces del Estado requerido quienes decreten la detención previa del requerido dentro de su territorio.

## **Orden de detención y el rol del juez de garantía en el artículo 432 del Código Procesal Penal**

Ya hemos dejado establecido que la orden de detención nacional es un requisito previo que se debe acompañar al pedido formal de extradición, y, además, es un requisito esencial para solicitar la detención previa. Corresponde ahora, analizar el alcance de lo dispuesto en el artículo 432 del Código Procesal Penal.



Podemos sostener que la redacción del artículo 432 del Código Procesal Penal que regula la tramitación de la extradición activa ante el juzgado de garantía, es poco clara y aplica instituciones internas a este procedimiento. Esta situación, habitualmente genera confusiones en torno a la interpretación que debe darse a los presupuestos del artículo 140 del Código Procesal Penal en la tramitación de la extradición.

Es recurrente que los juzgados de garantía tiendan a resolver decretando la prisión preventiva del requerido, cuestión que como explicaremos, no es procedente y no debe confundirse con la prisión preventiva.

El artículo 432 del Código Procesal Penal, a nuestro entender, establece básicamente dos requisitos que se deben acreditar, a saber:

- Que conste lugar y país donde se encuentra la persona cuya extradición se requiere.
- Que concurren los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal.

Para poder entender el alcance de este último requisito, necesariamente debemos analizar en conjunto los incisos segundo y tercero de la norma.

El inciso segundo, establece la obligación del juez de garantía de analizar los elementos del artículo 140 del Código Procesal Penal, estableciendo su concurrencia como requisitos para acceder a la solicitud de extradición. Este es el primer punto en que debemos detenernos, toda vez que la concurrencia de los presupuestos establecidos en dicha norma no se acreditan para decretar la prisión preventiva en Chile, sino para acceder a la petición de extradición.

Por su parte el inciso tercero establece que, habiéndose accedido a la solicitud de extradición, el juez *“declarará la procedencia de pedir, en el país extranjero, la prisión preventiva u otra medida cautelar...” “en caso de que se cumplan las condiciones que permitirían decretar en Chile la medida respectiva”*.

Esta redacción genera confusión, pero si la analizamos en detalle, el juez no debe decretar la prisión preventiva, sino que declara la procedencia de pedir en el otro país una medida cautelar y que los antecedentes presentados en la audiencia son suficientes para acceder a esta solicitud. En este punto debemos considerar dos cosas:

1.- Lo que debe realizar el juez de garantía es un análisis o *control de jurisdiccionalidad*, concluyendo que el Ministerio Público cuenta con antecedentes serios para cursar un pedido de extradición. En definitiva, se debe acreditar que existen antecedentes que permiten presumir la existencia del delito y participación del requerido, he aquí la razón de analizar la concurrencia de los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal.

Por consiguiente, teniendo por acreditado este estándar de valoración de antecedentes, es posible cursar un pedido de extradición.

2.- Y, en segundo lugar, esta norma debemos interpretarla en relación con lo dispuesto en el artículo 434 del Código Procesal Penal, respecto a la solicitud de detención previa. Esto es, que existen antecedentes suficientes para que la Corte de Apelaciones respectiva resuelva pedir al Ministerio de Relaciones Exteriores, que solicite en representación del Estado de Chile ante el Estado requerido, la detención previa o provisoria del requerido, mientras se tramita el pedido formal de extradición.

Realizado este análisis, no puede confundirse la necesidad de la existencia de una orden de detención nacional en los términos del artículo 127 del Código Procesal Penal, con lo dispuesto en el artículo 432 del mismo cuerpo legal.

Al efecto, el artículo 432 del cuerpo legal antes mencionado, es la base para que la Corte de Apelaciones solicite al Ministerio de Relaciones Exteriores que pida al Estado requerido la detención previa, cuya finalidad es asegurar en el país extranjero a una persona que será requerida en un procedimiento de extradición, como ya se explicó. Por otro lado, la acreditación de los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Procesal Penal, constituye el estándar de seriedad y control jurisdiccional que debe acreditarse para cursar un pedido de extradición y en ningún caso implica que el juez de garantía deba decretar la prisión preventiva del imputado.

En este sentido, citamos un fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia que, conociendo un recurso de amparo interpuesto en favor del extraditado, resuelve distinguiendo claramente el rol o papel que cumple el artículo 140 del Código Procesal Penal en la audiencia de formalización en ausencia, así como interpreta correctamente su rol al momento de decidir sobre si conceder o no una solicitud de detención previa:

*“Que el procedimiento de extradición contemplado en el artículo 431 y siguientes del Código Procesal Penal, requiere de formalización en ausencia del imputado ante el Juez de Garantía, el que accederá a la solicitud de extradición si estimare que concurren los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal, debiendo elevarse los antecedentes de la respectiva Corte de Apelaciones, la que resolverá en forma fundada si debe o no solicitarse la extradición del imputado. Es en dicho proceso, que la Corte de Apelaciones, puede conocer de la solicitud de medida cautelar mediante la respectiva solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores, para que se decreten ciertas cautelares en el país donde se encuentre el imputado de acuerdo a su normativa propia”<sup>35</sup>.*

35 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, 16 de marzo 2017, Rol Amparo N° 45-2017.

Como se desprende de este fallo, la Corte de Apelaciones de Valdivia razona adecuadamente entendiendo el rol que cumple el artículo 140 del Código Procesal Penal, como una forma de medir el estándar de los antecedentes y seriedad de los mismos para pedir una solicitud de extradición a otro Estado. Y, por otro lado, reconoce que ni el juzgado de garantía ni la propia Corte son los llamados a decretar la detención previa, sino por el contrario, debe solicitar vía Ministerio de Relaciones Exteriores al Estado requerido, quien resolverá de acuerdo a su propia legislación si acoge o no la solicitud de detención previa que pueda formular el Estado de Chile.

## Conclusiones

Si bien el procedimiento de extradición es uno solo, independiente de las partes o Estados que intervengan, debemos distinguir dos etapas, por un lado, la extradición activa, que debe llevarse a cabo en el Estado requirente de acuerdo a su legislación nacional. Y desde otro punto de vista, el procedimiento de extradición pasiva, que se lleva a cabo en el Estado requerido y de acuerdo a su legislación.

En el presente artículo nos enfocamos en la extradición activa y su regulación normativa, específicamente el rol que cumple la orden de detención nacional en su tramitación.

Como quedó de manifiesto, generalmente se genera confusión en cuanto a la forma en que deben interpretarse las normas procesales que regulan el procedimiento de extradición activa, en particular en lo referente a la solicitud de la orden de detención nacional en el contexto de este tipo de solicitudes.

De acuerdo a lo analizado, en la práctica existen diversas resoluciones de los juzgados de garantías negando la solicitud de decretar órdenes de detención nacional en contra de personas que se encuentran fuera del territorio jurisdiccional chileno. Esto muchas veces tiene explicación por la falta de regulación en nuestra legislación nacional, la que no establece como requisito la existencia de una orden de detención. Además, de la confusión que se genera en torno a los conceptos de orden de detención nacional, detención previa y el rol que cumple el artículo 140 del Código Procesal Penal.

Sin embargo, y como se mencionó, la orden de detención contemplada en el artículo 127 del Código Procesal Penal es un requisito previo tanto para el pedido formal de extradición, como para poder solicitar la detención previa de la persona requerida. En otras palabras, la orden de detención se debe acompañar materialmente al expediente de extradición, dando cuenta con ello al Estado requerido que la persona es actualmente buscada y requerida en nuestro país.

Finalmente, es importante clarificar que el rol del artículo 140 del Código Procesal Penal en la audiencia de formalización en ausencia ante el juzgado de garantía, es para acreditar que existen antecedentes suficientemente serios para formular el pedido de extradición, por ello hablamos de un control de jurisdiccionalidad que da fuerza a la solicitud ante el Estado requerido. Ello garantiza que ha existido un filtro judicial de la solicitud, y que no es solamente un acto discrecional del Estado requirente.



UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN DERECHOS HUMANOS,  
VIOLENCIA DE GÉNERO Y  
DELITOS SEXUALES

---



## MALTRATO EN CONTRA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD: UN ANÁLISIS A DOS AÑOS DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 21.013

*Maurizio Sovino Meléndez<sup>1</sup>*

---

### I. Introducción

Históricamente, el ejercicio de violencia por parte de los grupos dominantes ha sido un instrumento de poder y sumisión. El castigo físico, las agresiones verbales, los tratos degradantes, las agresiones y abusos sexuales, entre otras formas y manifestaciones de violencia, se han configurado como un mecanismo social por el que se fuerza a determinados grupos a permanecer en una situación de subordinación respecto de otros.

Es en esta realidad en la que se encuentran niños, niñas y adolescentes, personas adultas mayores, y personas en situación de discapacidad<sup>2</sup>. Si bien desde hace unas décadas existe una mayor visibilización social y preocupación sobre estas temáticas, ninguna sociedad ha podido erradicar este tipo de comportamientos, entre otras razones, debido a que se valida la utilización de la violencia como una forma de relacionarse con estas personas (por ejemplo a través de castigos físicos “correctivos” y actos de humillación “para educar”).

Respecto a niños, niñas y adolescentes, análisis estadísticos realizados en América Latina y el Caribe por UNICEF, han concluido que 64% de los niños y niñas menores de 15 años experimentan regularmente algún tipo de disciplina violenta (agresión emocional o castigo corporal). Por su parte, uno de cada dos sufre maltratos físicos<sup>3</sup>. En Chile, la Encuesta Nacional de

---

1 Abogado de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Para efectos del presente artículo, se denominará a estos grupos como “personas en situación de vulnerabilidad”.

3 FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, UNICEF. *Disciplina violenta en América Latina y el Caribe. Un análisis estadístico* [en línea]. 2018. Disponible en: <https://www.unicef.org/lac/informes/disciplina-violenta-en-am%C3%A9rica-latina-y-el-caribe> [fecha de consulta: 6 de abril de 2019].



Polivictimización, aplicada a más de 19.000 personas bajo los 18 años, arrojó que el 65% ha estado expuesto a violencia en su comunidad; el 46% ha sido víctima de un delito común con ataque físico; y el 34% ha sido víctima del maltrato por parte de sus padres o cuidadores<sup>4</sup>.

Por su parte, alrededor de una de cada seis personas adultas mayores sufre algún tipo de maltrato (141 millones de personas en el mundo), según un estudio financiado por la Organización Mundial de la Salud<sup>5</sup>. De la revisión de 52 estudios en 28 países, la prevalencia de maltrato psicológico llegó a un 11,6%; de negligencia a 4,2%; maltrato físico 2,6%; y agresiones sexuales a un 0,9%. En el país, uno de los estudios encargados por Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA) indicó que 35,3% de las personas mayores de la muestra había sufrido alguna vez maltrato psicológico, 9,2% negligencia en el cuidado y 5,6% maltrato físico<sup>6</sup>.

Por último, en relación con la población que presenta alguna discapacidad, la mayoría de los estudios mundiales apunta a la prevalencia de la violencia hacia las mujeres. El Fondo de Población de las Naciones Unidas ha indicado que las niñas, adolescentes y mujeres jóvenes en situación de discapacidad, enfrentan hasta 10 veces más violencia de género que aquellas sin discapacidades. Dentro de este grupo, las niñas y adolescentes con discapacidad intelectual, son particularmente vulnerables a la violencia sexual<sup>7</sup>.

Al constituir el ejercicio de violencia contra las personas en situación de vulnerabilidad, una violación a sus derechos humanos, los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos han establecido

- 
- 4 CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA. *Análisis Multivariable de Estudio Polivictimización en Niños, Niñas y Adolescentes realizado por la Pontificia Universidad Católica de Chile*. Santiago, Chile, Consejo Nacional de la Infancia, 2018.
  - 5 YON, Yongjie. "Elder abuse prevalence in community settings: a systematic review and meta-analysis" [en línea]. En: *The Lancet Global Health*, vol. 5, issue 2, Londres, Reino Unido, The Lancet, 2017, págs. 147-156. Disponible en: [https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X\(17\)30006-2/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X(17)30006-2/fulltext) [fecha de consulta: 27 de abril de 2019].
  - 6 SERVICIO NACIONAL DEL ADULTO MAYOR, SENAMA. *Maltrato contra las personas mayores: Una mirada desde la realidad chilena* [en línea]. Santiago, Chile, Ediciones Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2013, p. 4. Disponible en: <http://www.flacsochile.org/wp-content/uploads/2013/11/SENAMA-Cuadernillo3-CAMBIOS-6-de-noviembre-2013.pdf> [fecha de consulta: 11 de marzo de 2019].
  - 7 FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, UNFPA. *Cinco cosas que no sabías sobre la discapacidad y la violencia sexual* [en línea]. Nueva York, Estados Unidos, Naciones Unidas, 2018. Disponible en: <https://www.unfpa.org/es/news/cinco-cosas-que-no-sab%C3%ADas-sobre-la-discapacidad-y-la-violencia-sexual> [fecha de consulta: 11 de marzo de 2019].

diversas obligaciones para los Estados, entre las que se cuentan prevenir y erradicar toda forma de discriminación y maltrato. Una de las vías para hacer efectivos estos mandatos es a través de la tipificación de nuevas figuras penales, que sancionen aquellas conductas que se estimen de mayor gravedad para la sociedad.

En este marco surge la Ley N° 21.013, publicada el 6 de junio de 2017, *que tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación de vulnerabilidad*. A dos años de la entrada en vigencia de dicha normativa, se ha estimado necesario efectuar una revisión de la regulación sobre la sanción de la violencia contra estas personas, junto con analizar cómo el Sistema de Justicia Penal ha recibido esta reforma, para poder concluir si ésta cumplió o no con las expectativas del Legislativo y Ejecutivo al momento de su promulgación.

## II. Regulación de la violencia en contra de personas en situación de vulnerabilidad

### 1. Normativa internacional. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

#### 1.1. Violencia contra niños, niñas y adolescentes<sup>8</sup>

La principal fuente normativa en el caso de este grupo de personas es la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos<sup>9</sup>. La Convención prescribe, en su artículo 19, que la violencia contra estas personas incluye “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”.

Respecto a esta definición, el Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su observación general N° 13 sobre el derecho de los

8 Una sistematización de la definición y alcances de este concepto, puede consultarse en ESPEJO, Nicolás. “El desafío de superar la violencia contra los niños, niñas y adolescentes en Chile”. En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Violencia sexual contra la infancia. El avance legislativo y sus desafíos*. Valparaíso, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2015.

9 La Convención fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, promulgada mediante Decreto N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 14 de agosto de 1990. Diario Oficial 27 de septiembre de 1990. Este instrumento cuenta con tres protocolos facultativos, dos de los cuales hacen referencia a la violencia contra niños, niñas y adolescentes: el primero sobre la participación en los conflictos armados; y el segundo respecto a la venta y explotación sexual de estas personas.

niños, niñas y adolescentes a no ser objeto de ninguna forma de violencia, desarrolla un catálogo de diversas formas de maltrato, entre las que se cuentan:

- La *violencia física*, que incluye “[t]odos los castigos corporales y todas las demás formas de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y la intimidación física y las novatadas por parte de adultos o de otros niños”<sup>10</sup>. Asimismo, el Comité se pronuncia sobre los *castigos corporales*, definiéndolos como “todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve”<sup>11</sup>. Da como ejemplos, pegar con la mano o con algún objeto, dar puntapiés, zarandear o empujar, arañar, pellizcar, morder, tirar del pelo o de las orejas, obligar a ponerse en posturas incómodas, producir quemaduras, obligar a ingerir alimentos hirviendo u otros productos. “El Comité opina que el castigo corporal es siempre degradante”<sup>12</sup>.
- La *violencia mental*, describiéndola como “maltrato psicológico, abuso mental, agresión verbal y maltrato o descuido emocional”<sup>13</sup>.
- El *descuido o trato negligente*, entendido como el no satisfacer sus necesidades físicas y psicológicas, no protegerlo/a del peligro y no proporcionarle servicios médicos, de inscripción del nacimiento y de otro tipo cuando las personas responsables de su atención tienen los medios, el conocimiento y el acceso a los servicios necesarios para ello<sup>14</sup>.

El Comité también señala que “es esencial asegurar y promover los derechos fundamentales de los niños al respeto de su dignidad humana e integridad física y psicológica, mediante la prevención de toda forma de violencia”<sup>15</sup>. Junto con esto, establece que los Estados deben actuar con la debida diligencia, es decir, adoptando todas las medidas que estén a su alcance para evitar o responder frente a las violaciones de los derechos humanos de estas

10 COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general N° 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia* [en línea]. 2011, párr. 22. Disponible en: [https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.doc) [fecha de consulta: 6 de abril de 2019].

11 COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ob. cit., párr. 24.

12 COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ob. cit., párr. 24.

13 COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ob. cit., párr. 21.

14 COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ob. cit., párr. 20.

15 COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ob. cit., párr. 13.

personas<sup>16</sup>, investigando y castigando a las personas que hayan cometido las conductas, y protegiendo a los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas o testigos de violencia<sup>17</sup>. Cabe recordar que la violencia transgrede los derechos fundamentales de la infancia y adolescencia, y es por esto que la respuesta estatal a este tipo de hechos, debe ser su interrupción<sup>18</sup>.

## 1.2. Violencia contra personas adultas mayores

En el caso de la violencia contra personas adultas mayores, es posible encontrar algunas referencias en instrumentos del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, como del Interamericano.

Sin lugar a dudas, el principal y más reciente instrumento es la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada el año 2015 por la Organización de los Estados Americanos<sup>19</sup>:

- En su preámbulo, se destaca que “la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”.
- En su artículo 2° define *maltrato* hacia estas personas como “acción u omisión, única o repetida, contra una persona mayor que produce daño a su integridad física, psíquica y moral y que vulnera el goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales, independientemente de que ocurra en una relación de confianza”. Asimismo, define *negligencia* como “error involuntario o falta no deliberada, incluido entre otros, el descuido, omisión, desamparo e indefensión que le causa un daño o sufrimiento a una persona mayor, tanto en el ámbito público como privado, cuando no se hayan tomado las precauciones normales necesarias de conformidad con las circunstancias”.

16 Sobre el deber de actuar con la debida diligencia ante violaciones a los derechos humanos, puede consultarse una síntesis en SEPÚLVEDA, Ivonne y SOVINO, Maurizio. “Violencia de género e investigación penal: deberes y desafíos para el Ministerio Público”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017, págs. 125-171, págs. 147 y sgtes.

17 COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ob. cit., párr. 5.

18 DUQUE, Catalina. “Maltrato infantil y los delitos sexuales”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 54, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, págs. 151-158, p. 151.

19 Adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 15 de junio de 2015, promulgada mediante Decreto N° 162 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 01 de septiembre de 2017. Diario Oficial 07 de octubre de 2017.

- Dentro del catálogo de garantías, se incluye el “derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia”, entendiendo *violencia contra la persona mayor* como “cualquier acción o conducta que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la persona mayor, tanto en el ámbito público como en el privado”. Comprende, entre otros, “distintos tipos de abuso, incluso el financiero y patrimonial, y maltrato físico, sexual, psicológico, explotación laboral, la expulsión de su comunidad y toda forma de abandono o negligencia” (artículo 9°).
- Establece como obligaciones para los Estados, adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar “el aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, expulsiones de la comunidad, la negación de nutrición, infantilización, tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, entre otras, y todas aquellas que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor” (artículo 4° letra a). También se establece el imperativo de adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para prevenir, investigar, sancionar y erradicar los actos de violencia contra la persona mayor (artículo 9° letra a).

Junto con lo anterior, respecto a la violencia contra las mujeres adultas mayores, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha indicado que los Estados tienen la obligación de redactar leyes que reconozcan y prohíban todo tipo de violencia, incluidas la doméstica, sexual e institucional, particularmente en el caso de mujeres adultas afectadas por discapacidad. Asimismo, deben investigar, enjuiciar y castigar todos los actos de violencia contra estas personas<sup>20</sup>.

### 1.3. Violencia contra personas en situación de discapacidad

En el ámbito universal, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>21</sup> hace presente en su preámbulo, que estas personas son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación, siendo las mujeres y niñas quienes están expuestas “a un mayor riesgo de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación”. En su artículo 16. 1.

20 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos* [en línea]. 2010, párr. 37. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8335.pdf> [fecha de consulta: 22 de abril de 2019].

21 Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, promulgada mediante Decreto N° 201 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 25 de agosto de 2008. Diario Oficial 17 de septiembre de 2008.

obliga a los Estados Partes a adoptar “todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género”. Dentro de estas medidas se menciona legislar “para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados” (artículo 16. 2.).

Por su parte, en el Sistema Interamericano, se encuentra vigente la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad<sup>22</sup>. Este instrumento, si bien no se pronuncia expresamente sobre la sanción de la violencia, hace presente que las personas con discapacidad son objeto de discriminación en múltiples formas y manifestaciones (entre las que se debe incluir el ejercicio de violencia) y de tratos no acordes con su dignidad.

## 2. Normativa nacional previa a la dictación de la Ley N° 21.013

Uno de los grandes problemas que presenta el ordenamiento jurídico chileno es la ausencia de cuerpos legales que reconozcan y aborden, de forma integral y con una perspectiva de derechos humanos, los derechos de niños, niñas y adolescentes, personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad; junto con las obligaciones estatales a su respecto (políticas de protección, adopción de medidas especiales -administrativas y judiciales-, aspectos relacionados con procesos de justicia, entre otros). Cabe señalar que Chile y Cuba son los únicos países latinoamericanos que luego de suscribir la Convención sobre Derechos del Niño, no han llevado a cabo un proceso integral de adecuación sustancial (ni formal) al espíritu y la letra de dicho instrumento<sup>23</sup>.

22 Adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 7 de junio de 1999, promulgada mediante Decreto N° 99 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 25 de marzo de 2002. Diario Oficial 20 de junio de 2002.

23 DÁVILA, Paulí y NAYA, Luis María. “Infancia, Educación y Códigos de la Niñez en América Latina. Un análisis comparado” [en línea]. En: *Revista Española de Educación Comparada*, n° 16, Madrid, España, UNED, 2010, págs. 213-233, p. 219. Disponible en: [https://www.unicef.org/peru/spanish/Codigo\\_de\\_la\\_ninez\\_en\\_LAC.pdf](https://www.unicef.org/peru/spanish/Codigo_de_la_ninez_en_LAC.pdf). [fecha de consulta: 27 de marzo de 2019]; y MORLACHETTI, Alejandro. *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe* [en línea]. Santiago, Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2013, págs. 21 y 28. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4040/1/S2012958\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4040/1/S2012958_es.pdf) [fecha de consulta: 20 de marzo de 2019].

Esta falta de sistematización complejiza la tarea de las instituciones del Sistema de Justicia al momento de determinar cuáles conductas constitutivas de maltrato contra estos grupos en situación de vulnerabilidad son reconocidas y sancionadas por la ley. Para esta labor interpretativa, se estima que es siempre necesario atender a tres factores diversos: el tipo de violencia sufrida; el sujeto pasivo de la violencia; y la calidad del sujeto activo que ejerce el maltrato. De esta forma, se propone el siguiente esquema:

Tipo de violencia <sup>24</sup>	Sujeto pasivo	Sujeto activo
Física o corporal Psíquica o psicológica Negligencia o desatención	Niño, niña o adolescente Persona adulta mayor Persona en situación de discapacidad	Cualquier persona Persona con vínculo intrafamiliar <sup>25</sup> Persona funcionaria pública <sup>26</sup>

Tomando en consideración estos elementos, es posible analizar el escenario normativo antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.013, determinando las conductas sancionadas penalmente<sup>27</sup>, las que traían aparejada sólo una sanción civil y las que no eran castigadas por el ordenamiento jurídico nacional.

24 En el presente artículo sólo se desarrollarán estos tipos de violencia por guardar directa relación con las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.013.

25 Según lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, se apreciará este vínculo en los casos en que la víctima sea o haya sido el/la cónyuge o conviviente del sujeto activo; su pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive; o pariente de este tipo de su cónyuge o actual conviviente. Asimismo, reconoce este vínculo entre padre y madre de un hijo común; o si el maltrato recae sobre un niño, niña o adolescente, persona adulta mayor o en situación de discapacidad que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

26 También se incluye en esta categoría la persona particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un/a empleado/a público/a, o con el consentimiento o aquiescencia de éste/a, ejecutare estos actos, según lo indicado en el artículo 150 A del Código Penal.

27 En el ámbito penal, el presente análisis apunta a sistematizar las principales figuras que sancionan el ejercicio de violencia en contra de personas en situación de vulnerabilidad, con el objetivo de visibilizar los vacíos normativos previos a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.013, sin que tenga un afán de exhaustividad. Por ejemplo, exceden a este ejercicio la inclusión de otros ilícitos en los que se sanciona, principalmente como figura agravada, la causación de lesiones u otras afectaciones físicas a las víctimas, como la sustracción de menores, robos calificados o el abandono de niños y personas desvalidas. Asimismo, no se incluyen delitos pluriofensivos o complejos, como el delito de trata de personas.

## 2.1. Violencia física o corporal

Desde las primeras regulaciones sociales se han establecido sanciones al ejercicio de violencia física, principalmente debido a la causación de resultados materiales fácilmente apreciables para terceras personas. Justamente la existencia de estos menoscabos, huellas o secuelas corporales, han establecido el piso de la sanción estatal, castigando sólo a quienes, a través del ejercicio de violencia física, matan o lesionan a otra persona.

Sólo en casos excepcionales, incorporados en las últimas décadas, el legislador ha establecido una regulación más amplia, sancionando el mero ejercicio de violencia física que no cause lesiones<sup>28</sup>. En esta situación se encuentra el maltrato físico -ocasional/único o habitual- intrafamiliar, sancionado por la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar<sup>29</sup>; y el maltrato de niños, niñas y adolescentes, descrito en el artículo 62 de la aún vigente Ley de Menores de 1967<sup>30</sup>.

Teniendo en consideración lo anterior, las conductas sancionadas ante este tipo de violencia en contra de las personas en situación de vulnerabilidad objeto del presente análisis, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.013, podrían sistematizarse de la siguiente manera:

- 
- 28 Por este motivo Matus y Ramírez señalan que de forma vergonzosa, es posible concluir que, por regla general, el maltrato de personas no es punible en Chile (MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Segunda Edición, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 116).
- 29 La Ley N° 20.066 sanciona el maltrato, afectando la vida, integridad física o psíquica, a alguna de las personas incluidas en el artículo 5° de dicha normativa (ver supra, nota n° 25). Si el acto es ocasional, constituye un ilícito civil sancionado con multa (artículo 8°); si es habitual, da lugar al delito de maltrato habitual (artículo 14).
- 30 El artículo 62 de la Ley N° 16.618 (cuyo texto fue refundido, coordinado y sistematizado por el Decreto con Fuerza de Ley n° 1 del Ministerio de Justicia, de 30 de mayo de 2000), castiga civilmente el “maltrato resultante de una acción u omisión que produzca menoscabo en la salud física o psíquica de los menores, no comprendido en leyes especiales sobre materias similares”. Asimismo, establece una figura penal en su inciso primero, sancionando a quien lleve a cabo conductas relacionadas con una eventual explotación laboral de niños, niñas y adolescentes, en condiciones tales que afectarían su normal desarrollo (MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 163). Esta última figura también podría constituir una forma de sanción penal a conductas de maltrato físico, si éstas se ejecutaran en el contexto de las hipótesis establecidas en el artículo.



**a) Niños, niñas o adolescentes**

Sujeto activo	Conductas sancionadas	
Cualquier persona	Sanción penal	Homicidio (artículo 391 del Código Penal) Lesiones (artículos 395 y siguientes, y 494 N° 5° del Código Penal)
	Sanción civil	Maltrato que produzca menoscabo en la salud física (artículo 62 de la Ley N° 16.618)
Persona con vínculo intrafamiliar	Sanción penal	Parricidio (artículo 390 inciso 1° del Código Penal) Femicidio (artículo 390 inciso 1° del Código Penal) Homicidio (artículo 391 del Código Penal) Infanticidio (artículo 394 del Código Penal) Lesiones (artículos 395 y siguientes, y 494 N° 5° del Código Penal) Maltrato habitual (artículo 14 de la Ley N° 20.066)
	Sanción civil	Maltrato ocasional/único que afecte la vida o integridad física (artículo 8° de la Ley N° 20.066)
Persona funcionaria pública	Sanción penal	Tortura, apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 150 A y siguientes del Código Penal) Abusos de funcionarios/as públicos/as contra particulares (artículo 255 del Código Penal)

Como es posible apreciar, en el caso de niños, niñas o adolescentes, la protección dada por el ordenamiento jurídico es amplia. La interpretación sistémica de las disposiciones del Código Penal, Ley de Violencia Intrafamiliar y Ley de Menores permite sancionar, ya sea a título penal o civil (por medio de multas o la adopción de medidas con el fin de rehabilitar al/la agresor/a), todas las conductas de maltrato, es decir aquellas que causen o puedan causar un daño o afectación a la vida, salud, integridad física o dignidad de estas personas<sup>31</sup>.

31 Según lo dispuesto principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño y por el Comité de los Derechos del Niño (supra, II, 1, 1.1).

Por ser el ejercicio de violencia física una forma frecuente de trato (principalmente con fines disciplinarios) utilizado por madres y padres con sus hijos/as, cobra relevancia analizar la extensión del llamado derecho de corrección, reconocido en el inciso primero del artículo 234 del Código Civil<sup>32</sup>. Expresamente la norma establece el límite superior de este derecho, excluyendo toda forma de maltrato físico y psicológico, por lo que el ejercicio de violencia corporal difícilmente se encuentra autorizado por esta vía. Así, sólo se incluirían hipotéticamente aquellas vías de hecho que no causaren, o pudieren causar, una afectación a la salud, integridad física o dignidad, lo que excluye claramente conductas que provoquen cualquier tipo de secuela corporal o dolor en la víctima.

**b) Personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad**

Sujeto activo	Conductas sancionadas	
Cualquier persona	Sanción penal	Homicidio (artículo 391 del Código Penal) Lesiones (artículos 395 y siguientes, y 494 N° 5° del Código Penal)
Persona con vínculo intrafamiliar	Sanción penal	Parricidio (artículo 390 inciso 1° del Código Penal) Femicidio (artículo 390 inciso 1° del Código Penal) Homicidio (artículo 391 del Código Penal) Lesiones (artículos 395 y siguientes, y 494 N° 5° del Código Penal) Maltrato habitual (artículo 14 de la Ley N° 20.066)
	Sanción civil	Maltrato ocasional/único que afecte la vida o integridad física (artículo 8° de la Ley N° 20.066)
Persona funcionaria pública	Sanción penal	Tortura, apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 150 A y siguientes del Código Penal) Abusos de funcionarios/as públicos/as contra particulares (artículo 255 del Código Penal)

32 La norma dispone que “[l]os padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño”.

En el caso de estas personas, previamente a la dictación de la Ley N° 21.013, no existía sanción para el maltrato corporal no constitutivo de delito, cometido por personas fuera del ámbito intrafamiliar. Debido a esto, las vías de hecho o malos tratos de obra que no dejaran huellas corporales -a pesar de producir o poder causar un daño a su salud o integridad física-, quedaban impunes.

## 2.2. Violencia psíquica o psicológica

Si bien todos los estudios de victimización indican una alta prevalencia de ejercicio tanto de violencia física como psíquica contra personas en situación de vulnerabilidad<sup>33</sup>, la regulación estatal sólo de forma reciente ha establecido sanciones al maltrato psicológico. Esta histórica invisibilización de este fenómeno, a pesar de ser un modo habitual de trato por parte de quienes son parte del entorno cercano o están a cargo del cuidado de estas personas, parece deberse a la ausencia de evidencias físicas que permitan reconocerlo, tanto para quien lo sufre como para quienes podrían denunciarlo. De esta forma, la violencia psíquica es naturalizada por la sociedad, quedando sólo en el ámbito privado.

Al igual que ante el maltrato corporal, niños, niñas y adolescentes cuentan con una mayor protección por parte de la ley. En cambio, la violencia psíquica contra personas adultas mayores y aquellas en situación de discapacidad, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.013, no era regulada ni sancionada de forma especial.

### a) Niños, niñas o adolescentes

Sujeto activo	Conductas sancionadas	
Cualquier persona	Sanción civil	Maltrato que produzca menoscabo en la salud psíquica (artículo 62 de la Ley N° 16.618) <sup>34</sup>
Persona con vínculo intrafamiliar	Sanción penal	Maltrato habitual (artículo 14 de la Ley N° 20.066)
	Sanción civil	Maltrato ocasional/único que afecte la integridad psíquica (artículo 8° de la Ley N° 20.066)
Persona funcionaria pública	Sanción penal	Tortura, apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 150 A y siguientes del Código Penal)

33 Supra, I.

34 Cabe hacer presente la misma consideración respecto a la figura penal contenida en este artículo, formulada en nota n° 30.

En este caso, la protección penal sólo se circunscribía a hechos constitutivos de delitos cometidos habitualmente por personas del ámbito intrafamiliar, o cometidos por funcionarios/as públicos/as o particulares en el ejercicio de estas funciones (en el caso de verificarse los restantes requisitos y ejecutarse en los contextos de las respectivas normas). Otras personas eventualmente podrían haber sido objeto de reproche civil a través de la figura establecida en el artículo 62 de la Ley de Menores, sancionándose con asistencia a programas terapéuticos, realización de trabajos en beneficio de la comunidad o multa a beneficio municipal.

**b) Personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad**

Sujeto activo	Conductas sancionadas	
Persona con vínculo intrafamiliar	Sanción penal	Maltrato habitual (artículo 14 de la Ley N° 20.066)
	Sanción civil	Maltrato ocasional/único que afecte la integridad psíquica (artículo 8° de la Ley N° 20.066)
Persona funcionaria pública	Sanción penal	Tortura, apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 150 A y siguientes del Código Penal)

Tal como fue señalado anteriormente, todo acto constitutivo de maltrato psíquico contra estos grupos fuera del ámbito intrafamiliar o del ejercicio de violencia institucional, no recibía sanción alguna.

2.3. Negligencia o desatención

Si bien para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el maltrato hacia niños, niñas y adolescentes, personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad, incluye el descuido o trato negligente por parte de quienes están a cargo de su cuidado o protección<sup>35</sup>, en el ordenamiento nacional son escasas las normas que permiten sancionar estas conductas. Estos actos u omisiones sólo podrían subsumirse en el

35 Supra, II, 1.

delito del artículo 62 de la Ley de Menores, en el caso de niños, niñas y adolescentes explotados laboralmente por sus cuidadores en alguna de las hipótesis contenidas en la norma; o, eventualmente, en el tipo de maltrato habitual, siempre que el sujeto activo sea parte del ámbito intrafamiliar, y las conductas de negligencia puedan categorizarse como “ejercicio habitual de violencia física o psíquica”, tal como requiere el tipo.

### III. Reformas introducidas por la Ley N° 21.013<sup>36</sup>

#### 1. Antecedentes generales

La Ley N° 21.013 tiene su origen en diversas mociones parlamentarias refundidas<sup>37</sup>, que buscaban, entre otras modificaciones, sancionar penalmente de forma expresa las conductas de maltrato físico (sin huellas o secuelas corporales) y psíquico contra niños, niñas y adolescentes, personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad<sup>38</sup>. Si bien

36 Los principales aspectos de la Ley N° 21.013 fueron recogidos en una minuta explicativa elaborada el año 2017 por la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, y la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional. Se agradece especialmente la colaboración de la abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, María José Taladriz Eguiluz.

37 Boletines número 9279-07, “Sanciona el maltrato infantil”; 9435-18, “Modifica Código Procesal Penal, en materia de acción penal y de principio de oportunidad, en el caso de los delitos cometidos contra adultos mayores”; 9849-07, “Modifica el Código Penal para aumentar las sanciones en el delito de lesiones cometido contra infantes y adultos mayores”; 9877-07, “Modifica el Código Penal con el objeto de tipificar el delito de maltrato de menores y otras personas vulnerables”; 9904-07, “Modifica el Código Penal y el decreto ley N° 645, de 1925, sobre el Registro General de Condenas, con el propósito de aumentar las penas en el caso de delito de lesiones cometidos en contra de menores y de establecer inhabilidades para condenados por esos ilícitos”; y 9908-07, “Modifica el Código Penal para aumentar la pena al delito de lesiones cometido contra menores por quienes los tienen bajo su cuidado”.

38 Cabe indicar que a través de una indicación del Ejecutivo durante el Segundo Trámite Constitucional, se buscó ampliar los sujetos activos a todas las personas referidas en el artículo 5° de la Ley N° 20.066 (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley n° 21.013. Tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial* [en línea]. Valparaíso, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2017, p. 235. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6281/> [fecha de consulta: 11 de marzo de 2019]), lo que fue restringido durante la discusión de la Comisión Mixta a conductas cometidas por cónyuges o convivientes, actuales o pasados (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 447). Finalmente, el Tribunal Constitucional concluye que esta inclusión excede las ideas matrices de las mociones parlamentarias, por lo que declara su inconstitucionalidad y ordena su eliminación (Tribunal Constitucional, 20 de abril de 2017, Rol N° 3407-17, considerando decimoprimer).

en un comienzo de la discusión se pretendió castigar sólo las conductas ejecutadas por sujetos externos al ámbito intrafamiliar (dándose como ejemplos trabajadoras/es de casa particular, funcionarios/as de jardines infantiles y quienes están a cargo de cuidar a personas adultas mayores o en situación de discapacidad), en definitiva se amplió a las cometidas por cualquier persona.

De forma principal, la nueva normativa viene a establecer un nuevo piso mínimo de sanción penal en los casos de ejercicio físico de violencia, a través del castigo de conductas de maltrato corporal relevante en contra de estos grupos. Junto con esto, regula penalmente conductas de maltrato físico, psíquico o, eventualmente, negligencia o desatención, que tengan la capacidad de humillar a estas personas, al crear el tipo de trato degradante.

Además de crear estos nuevos tipos penales, y para efectos de dar mayor coherencia entre otros delitos relacionados, la ley:

- Eleva la penalidad del delito de maltrato habitual, aumentando el marco en un grado (presidio menor en su grado mínimo a medio). Asimismo, elimina la llamada “precalificación” o remisión de antecedentes por parte de los Tribunales de Familia, permitiendo que pueda darse inicio al proceso penal de forma ordinaria<sup>39</sup>.
- Establece la prohibición para el tribunal de calificar como leves las lesiones cometidas contra estos grupos en situación de vulnerabilidad (artículo 494 N° 5 del Código Penal). Además, añade a la agravante especial del artículo 400 del Código Penal, la circunstancia de cometer un delito de lesiones contra alguna de estas personas, por quien tenga encomendado su cuidado.
- Crea una nueva pena consistente en la “inhabilitación absoluta [temporal o perpetua] para cargos, empleos, oficios o profesiones

39 La eliminación de este trámite previo había sido parte del debate en organizaciones internacionales y fue incluida dentro de las recomendaciones hechas al Estado por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53° periodo de sesiones (1° al 19° de octubre de 2012)* [en línea]. 2012, párr. 19. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsoVqDbaslinb8oXgzpEhivgrcpRvrGV%2BzOfjUe6Nm tijkiBZ1uhrnbZVtABzERETtMuGtiBAi%2FbDbVuq7zDnqSxNUb8%2BNLVgt xH8MUOkfkRLjArGG9EW4DK%2B9rGSHUPw%3D%3D> [fecha de consulta: 22 de abril de 2019]).

ejercidos en ámbitos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad” (nuevo artículo 39 ter, en relación con el también creado 403 quáter, ambos del Código Penal). Esta pena procede en toda condena por un delito de los párrafos 1 (homicidio), 3 (lesiones) y 3 (maltrato) bis del Título VIII, cometido contra una persona en situación de vulnerabilidad. Cabe indicar que esta inhabilitación se inscribe en una nueva sección del Registro General de Condenas, denominada “Inhabilitaciones impuestas por Delitos contra la vida, integridad física o psíquica de menores de dieciocho años de edad, adultos mayores y personas en situación de discapacidad”, la que puede ser consultada por cualquier persona natural o jurídica en los casos indicados por la norma<sup>40</sup>.

- Incorpora nuevas penas accesorias facultativas para el mismo catálogo de delitos antes mencionado (artículo 403 sexies del Código Penal), consistentes en la asistencia a programas de rehabilitación para maltratadores o el cumplimiento de un servicio comunitario. También hace aplicables, como penas o medidas accesorias facultativas, la prohibición de acercamiento a la víctima; la prohibición de porte y tenencia, y el comiso de armas de fuego; y la asistencia a programas de tratamiento para la rehabilitación del consumo problemático de drogas o alcohol.

## 2. Sujetos de protección

Dado que la nueva regulación centra su ámbito de aplicación en un grupo determinado de personas<sup>41</sup>, es necesario clarificar qué entiende la ley por

40 Según el artículo 6° bis del Decreto sobre el Registro General de Condenas (Decreto Ley N° 645, de 1925, del Ministerio de Justicia), cualquier persona natural o jurídica podrá consultar el Registro con el fin de contratar o designar a una persona para un empleo, cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual con niños, niñas, adolescentes, adultos mayores o personas en situación de discapacidad, o para cualquier otro fin similar. En el caso de instituciones públicas o privadas que, por la naturaleza de su objeto o el ámbito específico de su actividad, requiera contratar o designar a una persona determinada para algún empleo, cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual con las personas antes señaladas, tienen la obligación de consultar este Registro previamente a la contratación o designación. La sanción por acceder al Registro con un fin diverso es una multa, impuesta por el Juzgado de Policía Local respectivo.

41 En opinión de Navarro, las razones que subyacerían a esta decisión serían la existencia de una situación objetiva de inferioridad defensiva ante conductas de personas que

“niño, niña o adolescente menor de dieciocho años”, “persona adulta mayor” y “persona en situación de discapacidad”.

Respecto a *niños, niñas y adolescentes*, la norma es clara en señalar que en esta categoría se incluyen a todas las personas que aún no cumplan los 18 años de edad, sin importar las características personales de la víctima. De esta forma, es sujeto de protección cualquier niño o niña (personas que no han cumplido 14 años) y adolescente (desde los 14 años hasta que cumpla los 18 años de edad)<sup>42</sup>.

En el caso de las *personas adultas mayores*, el legislador, siguiendo lo señalado en el artículo 1° de la Ley N° 19.828, que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA), también adoptó un criterio basado exclusivamente en la edad, por lo que todas las personas que han cumplido sesenta años serán sujetos pasivos de estas normas, sin requerir condiciones o situaciones de vulnerabilidad adicionales<sup>43</sup>. Esto también es coherente con lo dispuesto en el artículo 489 inciso final del Código Penal, que excluye de la aplicación de esa excusa legal absolutoria a las víctimas mayores de sesenta años<sup>44</sup>.

Al momento de referirse a las *personas en situación de discapacidad*, se hace referencia expresa a la Ley N° 20.422, que establece normas

---

pudieran prevalecerse de esta condición; y un deber de solidaridad común a toda la sociedad respecto a este colectivo de personas (NAVARRO, Roberto. *Los nuevos delitos de maltrato corporal relevante y trato degradante*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2018, p. 28).

42 Definiciones legales establecidas en el artículo 16 de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia; y en el artículo 1° de la Ley N° 21.057, que regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales. Estas regulaciones se vinculan a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 1° que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

43 Es posible encontrar referencias a esta decisión en el Primer Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, durante el Primer Trámite Constitucional (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 32); y en el Segundo Informe de Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., págs. 192 y 201). Cabe indicar que esta definición de *persona mayor* es acorde con lo dispuesto en el artículo 2° de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. En el mismo sentido MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 139; y NAVARRO, ob. cit., p. 31.

44 NAVARRO, ob. cit., p. 31.



sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. Así, debe entenderse protegida por estas disposiciones, toda persona “que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Ley N° 20.422, artículo 5°)<sup>45</sup>. La amplitud de este precepto, principalmente en lo que respecta al tipo de condiciones de salud y su temporalidad, permite subsumir un sinnúmero de situaciones en las que una persona puede encontrarse, sin que se requiera previamente una calificación médica o certificación administrativa<sup>46</sup>.

### 3. Interpretación sistémica

Complementando lo expuesto en la sección anterior<sup>47</sup>, el escenario normativo actual respecto a la sanción del maltrato contra personas en situación de vulnerabilidad con la vigencia de la Ley N° 21.013, sería el siguiente:

45 Definiciones similares se encuentran en el artículo 1° de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que prescribe que “[e]l término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

46 La calificación y certificación de la discapacidad por parte de las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN), y la posterior inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad, son sólo requisitos administrativos para poder optar a beneficios y prestaciones sociales, lo que queda de manifiesto del mismo texto de la Ley N° 20.422 (artículo 4°, inciso 5°, y artículos 13 y siguientes), en su Reglamento (artículo 2°) y de la interpretación dada por el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS) (SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD, SENADIS. *Manual sobre la Ley N° 20.422* [en línea]. Santiago, Chile, Servicio Nacional de la Discapacidad, s/f, p. 10. Disponible en: <https://www.senadis.gob.cl/descarga/i/655> [fecha de consulta: 11 de marzo de 2019]).

Respecto a este punto, durante la discusión parlamentaria, el senador Ossandón presentó una indicación para incorporar la voz “certificada” en el artículo 403 bis, lo que en definitiva no fue acogido tras el debate, indicándose por parte del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que “no es razonable incorporar una condición objetiva de punibilidad, como lo sería la certificación propuesta, para que se brinde protección penal al sujeto pasivo (...) se estaría imponiendo a la víctima una carga adicional para obtener la referida protección” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 206).

47 Supra, II, 2.

3.1. Violencia física o corporal

a) Niños, niñas o adolescentes

Sujeto activo	Conductas sancionadas	
Cualquier persona	Sanción penal	Homicidio (artículo 391 del Código Penal) Lesiones (artículos 395 y siguientes, y 494 N° 5° del Código Penal) <b>Trato degradante (artículo 403 ter del Código Penal)</b> <b>Maltrato corporal relevante (artículo 403 bis del Código Penal)</b>
	Sanción civil	Maltrato no relevante que produzca menoscabo en la salud física (artículo 62 de la Ley N° 16.618)
Persona con vínculo intrafamiliar	Sanción penal	Parricidio (artículo 390 inciso 1° del Código Penal) Femicidio (artículo 390 inciso 1° del Código Penal) Homicidio (artículo 391 del Código Penal) Infanticidio (artículo 394 del Código Penal) Lesiones (artículos 395 y siguientes, y 494 N° 5° del Código Penal) Maltrato habitual (artículo 14 de la Ley N° 20.066) <b>Trato degradante (artículo 403 ter del Código Penal)</b> <b>Maltrato corporal relevante (artículo 403 bis del Código Penal)</b>
	Sanción civil	Maltrato ocasional/único <b>no relevante</b> que afecte la vida o integridad física (artículo 8° de la Ley N° 20.066)
Persona funcionaria pública	Sanción penal	Tortura, apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 150 A y siguientes del Código Penal) Abusos de funcionarios/as públicos/as contra particulares (artículo 255 del Código Penal)

**b) Personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad**

Sujeto activo	Conductas sancionadas	
Cualquier persona	Sanción penal	Homicidio (artículo 391 del Código Penal) Lesiones (artículos 395 y siguientes, y 494 N° 5° del Código Penal) <b>Trato degradante (artículo 403 ter del Código Penal)</b> <b>Maltrato corporal relevante (artículo 403 bis del Código Penal)</b>
Persona con vínculo intrafamiliar	Sanción penal	Parricidio (artículo 390 inciso 1° del Código Penal) Femicidio (artículo 390 inciso 1° del Código Penal) Homicidio (artículo 391 del Código Penal) Lesiones (artículos 395 y siguientes, y 494 N° 5° del Código Penal) Maltrato habitual (artículo 14 de la Ley N° 20.066) <b>Trato degradante (artículo 403 ter del Código Penal)</b> <b>Maltrato corporal relevante (artículo 403 bis del Código Penal)</b>
	Sanción civil	Maltrato ocasional/único <b>no relevante</b> que afecte la vida o integridad física (artículo 8° de la Ley N° 20.066)
Persona funcionaria pública	Sanción penal	Tortura, apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 150 A y siguientes del Código Penal) Abusos de funcionarios/as públicos/as contra particulares (artículo 255 del Código Penal)

## 3.2. Violencia psíquica o psicológica

## a) Niños, niñas o adolescentes

<b>Sujeto activo</b>	<b>Conductas sancionadas</b>	
Cualquier persona	Sanción penal	Trato degradante (artículo 403 ter del Código Penal)
	Sanción civil	Maltrato que produzca menoscabo en la salud psíquica (artículo 62 de la Ley N° 16.618)
Persona con vínculo intrafamiliar	Sanción penal	Maltrato habitual (artículo 14 de la Ley N° 20.066) <b>Trato degradante (artículo 403 ter del Código Penal)</b>
	Sanción civil	Maltrato ocasional/único que afecte la integridad psíquica (artículo 8° de la Ley N° 20.066)
Persona funcionaria pública	Sanción penal	Tortura, apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 150 A y siguientes del Código Penal)

## b) Personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad

<b>Sujeto activo</b>	<b>Conductas sancionadas</b>	
Cualquier persona	Sanción penal	<b>Trato degradante (artículo 403 ter del Código Penal)</b>
Persona con vínculo intrafamiliar	Sanción penal	Maltrato habitual (artículo 14 de la Ley N° 20.066) <b>Trato degradante (artículo 403 ter del Código Penal)</b>
	Sanción civil	Maltrato ocasional/único que afecte la integridad psíquica (artículo 8° de la Ley N° 20.066)
Persona funcionaria pública	Sanción penal	Tortura, apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 150 A y siguientes del Código Penal)

### 3.3. Negligencia o desatención

En el caso de conductas activas u omisivas que puedan encuadrarse dentro de la negligencia o desatención en contra de estas personas en situación de vulnerabilidad, el catálogo indicado anteriormente<sup>48</sup> se ve reforzado por el nuevo delito de trato degradante del artículo 403 ter del Código Penal, el que puede ser cometido por cualquier persona (dentro o fuera del ámbito intrafamiliar).

## IV. Interpretación y aplicación de la Ley N° 21.013 a dos años de su entrada en vigencia

A dos años de la entrada en vigencia de la ley, es de interés analizar la recepción por parte del Sistema de Justicia Penal de las reformas antes indicadas, en especial respecto a la creación de las nuevas figuras penales de maltrato corporal relevante y trato degradante. Para este fin, en la presente sección, se abordarán los principales aspectos de estas modificaciones, a la luz de la escasa jurisprudencia y doctrina penal<sup>49</sup> existentes hasta la fecha.

### 1. Artículo 403 bis. Maltrato corporal relevante

#### 1.1. Cifras estadísticas<sup>50</sup>

Desde la publicación y entrada en vigencia de la ley el 06 de junio de 2017, en 5.259 casos ingresados al Ministerio Público, los hechos han sido calificados

48 Según lo señalado supra, II, 2, 2.3.

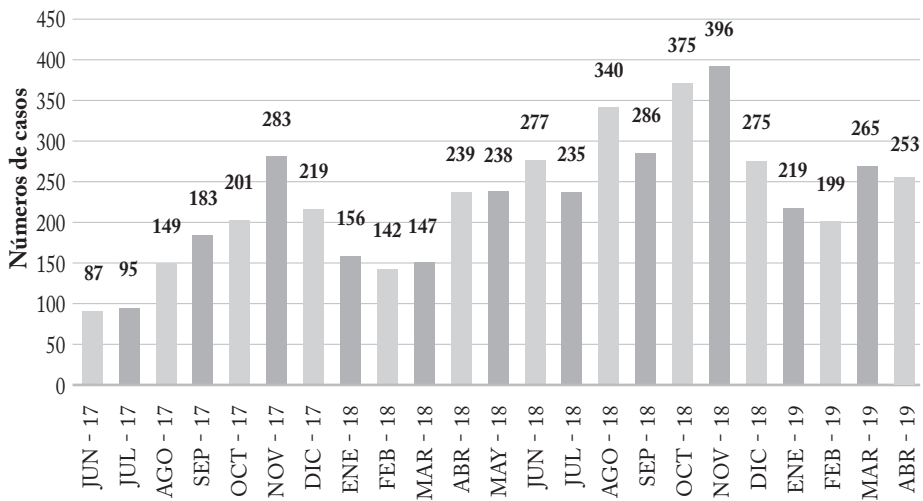
49 Respecto a este punto, se destaca la reflexión que lleva a cabo Navarro en su obra “Los nuevos delitos de maltrato corporal relevante y trato degradante”, indicando que por la baja penalidad de estas figuras, los convierte en poco atractivos para los estudios dogmático-penales, a pesar de la incidencia estadística que puedan tener (NAVARRO, ob. cit., págs. 9 y 10). Esto impide que los/as operadores/as del Sistema de Justicia cuenten con mayor material de consulta para orientar su trabajo, lo que ciertamente impacta en las decisiones que estas personas adoptan y, por lo tanto, en las víctimas y personas imputadas por la comisión de estos ilícitos.

50 Información extraída y procesada desde la base de datos del Sistema de Apoyo a los Fiscales (SAF) de acuerdo con los criterios establecidos en el documento metodológico Técnicas de Conteo en los Informes Estadísticos, elaborado en mayo de 2009 por la División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión, de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público. Se consideran los casos (por Rol Único de Causa -RUC-) ingresados y terminados por los dos delitos del artículo 403 bis del Código Penal (códigos 763, MALTR. CORPORAL A MEN. O PERS. VULNERAB. ART. 403 BIS INC 1 y 764, MALTRATO POR PERSONA CON DEB. DE CUIDAR ART 403 BIS INC FIN), desde el 06 de junio de 2017 hasta el 20 de abril de 2019. Dado que esta calificación corresponde a una primera aproximación que cumple principalmente fines administrativos, para este análisis se ha optado por agrupar las cifras correspondientes a las dos figuras de maltrato corporal relevante.

como constitutivos de los delitos de maltrato corporal relevante contra personas en situación de vulnerabilidad.

En el desglose de ingresos mensuales, se aprecia un aumento de casos al comparar iguales períodos entre los años. Asimismo, al analizar el comportamiento de las cifras, es posible proyectar que esta alza continuará durante los próximos meses.

### Casos de maltrato corporal relevante



Cabe indicar que esta alza en las cifras se explica, en parte, por el mayor conocimiento de la ley por parte de los/as funcionarios/as a cargo de recibir denuncias, lo que trae consigo una identificación y calificación más temprana de los hechos a título de estas figuras. Asimismo, se aprecia un mayor número de derivaciones provenientes de los Tribunales de Familia.

Por otro lado, no es posible descartar un efectivo aumento en las denuncias por el ejercicio de violencia contra personas en situación de vulnerabilidad, debido a una mayor visibilización social de este fenómeno que, usualmente, permanece circunscrito a la esfera del secreto y lo privado. En este marco, el aumento en los ingresos constituye una oportunidad para que el Sistema de Justicia Penal conozca estos hechos, lo que favorece, principalmente, la adopción oportuna de las medidas de protección necesarias para las víctimas.

Respecto a su tramitación, 2.585 investigaciones penales sobre estos delitos continúan vigentes. Por su parte, 2.674 casos concluyeron según el siguiente desglose:

<b>Términos judiciales</b>	
Facultad para no investigar	332
Suspensión condicional del procedimiento	172
Sentencia definitiva condenatoria	38
Sobreseimiento definitivo	27
Acuerdo reparatorio	17
Sentencia definitiva absolutoria	11
Sobreseimiento temporal	5
Otras causales de suspensión	5
<b>Total términos judiciales</b>	<b>607</b>
<b>Términos no judiciales</b>	
Archivo provisional	1.634
Agrupación	251
Incompetencia	94
Principio de oportunidad	51
Decisión de no perseverar	34
Otras causales de término	2
<b>Total términos no judiciales</b>	<b>2.066</b>
<b>Términos totales</b>	<b>2.673</b>

Estas cifras se explican, en parte, por la compleja acreditación de estos hechos, al no contar con evidencias materiales y, en la mayoría de los casos, con testigos presenciales. Esto queda demostrado en la revisión de las sentencias absolutorias que se dictaron en el período analizado, de las cuales 10 se fundan principalmente en la falta de pruebas para arribar a una decisión condenatoria, incluyendo la ausencia de la víctima a la audiencia de juicio (por su deserción al proceso o por su imposibilidad de comparecer<sup>51</sup>). Esto puede explicarse al

51 Cabe recordar que se está ante niños, niñas y adolescentes, personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad, para quienes no es fácil participar en los procesos debido a la falta de medidas especiales que faciliten su efectivo acceso a justicia. Puede consultarse a este respecto, las denominadas Reglas de Brasilia, acordadas por la Cumbre

analizar el contexto en que se cometieron los hechos: dinámicas de violencia intrafamiliar, en las que, por regla general, el agresor (hombre) es un referente afectivo y sostenedor económico de la víctima.

## 1.2. Aspectos generales

El artículo 403 bis establece dos figuras: en su inciso primero, un delito base con sujeto activo común, y en el inciso segundo, una hipótesis agravada que sólo se configura si la persona que comete la conducta tiene un “deber especial de cuidado o protección” respecto de la víctima. Son delitos residuales, al contener en ambos casos cláusulas expresas de subsidiaridad (“salvo que el hecho fuere constitutivo de un delito de mayor gravedad”).

En ambos casos, el bien jurídico protegido sería la integridad física o corporal de las personas<sup>52</sup>. Esto queda de manifiesto por las numerosas referencias hechas a este bien jurídico durante la tramitación legislativa, junto con la explicación del representante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la indicación del Ejecutivo que dio origen al texto definitivo del artículo: “el ilícito en comento considera al maltrato corporal como una figura residual dentro de los delitos contra la integridad física, que no requiere como resultado para su configuración una lesión visible u ostensible en la persona de la víctima”<sup>53</sup>. A mayor abundamiento, la misma ley ordena que las inhabilitaciones absolutas creadas por la ley, aplicables para estos delitos, se inscriban en una sección del Registro General de Condenas que hace referencia a delitos contra “la vida, *integridad física* o psíquica de menores de dieciocho años de edad, adultos mayores y personas en situación de discapacidad”.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt se pronunció al respecto, indicando que “la relevancia de este maltrato corporal de que fueron víctimas los menores [ser tomados fuertemente del cuello dos niños, de diez meses y dos años de edad, por su padre] (...) fue suficiente para afectar el bien jurídico protegido, a saber, la integridad física de la persona vulnerable”<sup>54</sup>.

---

Judicial Iberoamericana (CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. *Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* [en línea]. 2008. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037> [fecha de consulta: 6 de abril 2019]).

52 Otra opinión en NAVARRO, ob. cit., p. 13, quien indica que lo protegido es la salud.

53 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 201. Intervención del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

54 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, 18 de julio de 2018, RIT N° 62-2018, RUC N° 1701027564-4, considerando decimoprimer.



Respecto a su penalidad, la figura base tiene una pena principal de falta (prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales)<sup>55</sup>, por lo que, entre otras consecuencias procesales y sustantivas, los/as adolescentes no responderían penalmente por estos hechos<sup>56</sup>. El delito calificado o agravado eleva la sanción a presidio menor en su grado mínimo.

Por último, ambos delitos son de acción penal pública (artículo 403 septies).

### 1.3. El concepto de maltrato corporal y la relevancia de la conducta

Tal como fue señalado en la sección precedente<sup>57</sup>, la voz *maltrato corporal*, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hace referencia a un sinnúmero de conductas constitutivas de violencia física, las cuales causan o pueden causar en la víctima un daño o perjuicio a sus derechos.

Siguiendo una interpretación sistémica, en el caso del artículo 403 bis se incluyen aquellas conductas que no pueden subsumirse en los otros tipos penales que protegen la integridad física (lesiones), justamente por no ocasionar alteraciones orgánicas o fisiológicas perceptibles. De esta forma, *maltratar corporalmente* para este delito debe interpretarse de forma restrictiva, sólo relacionado con malos tratos de obra o vías de hecho que no causen menoscabos, huellas o secuelas físicas. Es por esto que se está ante la presencia de un delito de mera actividad, ya que “la conducta sancionada consiste en maltratar, lo que debe entenderse como agresión física a la víctima, sin necesidad de un resultado de lesión corporal”<sup>58</sup>.

55 Esta interpretación también es acogida por uno de los votos de disidencia del Tribunal Constitucional al momento de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley (Tribunal Constitucional, 20 de abril de 2017, Rol N° 3407-17, considerando primero de la disidencia de los ministros Aróstica, Brahm, Letelier y Vásquez). En cambio, para parte de los/as autores/as, esta figura sería un simple delito, al traer aparejada la pena accesoria de inhabilitación por la referencia contemplada en el artículo 403 quáter (MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 138; y NAVARRO, ob. cit., p. 12).

56 Al no estar incluida en el catálogo del inciso 3° del artículo 1° de la Ley N° 20.084. De esta forma, estas personas sólo podrán ser perseguidas por la figura agravada.

57 Supra, II, 1.

58 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, 17 de abril de 2019, RIT N° 17-2019, RUC N° 1701039743-K, considerando noveno. En el mismo sentido IRARRÁZAVAL, Cristián. Minuta sobre las modificaciones introducidas por la ley 21.013, que “tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial” [en línea]. Santiago, Chile, Defensoría Penal Pública, Departamento de Estudios, 2017, p. 16. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/12254.pdf> [fecha de consulta: 20 de marzo de 2019]. Otra opinión en NAVARRO, ob. cit., p. 26, quien señala que se estaría igualmente en presencia de un delito de resultado, consistente en efectos en la víctima distintos a huellas físicas, como por ejemplo, dolor.

Durante la discusión parlamentaria de las mociones que dieron origen a la Ley N° 21.013, se discutió *in extenso* sobre cuáles conductas debían ser penadas mediante esta nueva figura y cuáles seguirían siendo sancionadas civilmente (o incluso permanecer atípicas). Esto adquirió aún más importancia para los/as legisladores/as al momento de extender el ámbito de aplicación de la norma al contexto intrafamiliar<sup>59</sup>. Debido a la falta de acuerdo entre ambas Cámaras, el proyecto pasó a Comisión Mixta, dado que “se consideró que la conducta típica establecida (“el que maltratare corporalmente”) presenta una apertura demasiado amplia, que no permite diferenciar con claridad qué conductas se considerarían dentro de dicha hipótesis y cuáles no. De ese modo, se sugirió que tal conducta presente algún tipo de adjetivo, que se incorpore al ilícito como un elemento objetivo adicional, a fin de poder distinguir con certeza las acciones que resultarían penadas, por una parte, de las que no merecen reproche penal, por otra”<sup>60</sup>. El resultado de este debate fue añadir la palabra *relevante* para excluir situaciones que culturalmente no merecen un reproche penal<sup>61</sup>.

La inclusión del término *relevante* no solucionó los problemas interpretativos del tipo, como fue explicitado en la discusión en Sala del texto del informe de la Comisión Mixta<sup>62</sup> y en los votos disidentes del fallo del Tribunal Constitucional que declara constitucional la norma. En estos últimos, se señala que los incisos del artículo 403 bis, por incluir la expresión de *manera relevante*, “son contrarios a la Constitución por constituir una ley penal en blanco propia o abierta, al entregar la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez”<sup>63</sup>.

Debido a esto, para determinar cuáles conductas pueden sancionarse a título de maltrato corporal relevante, es necesario atender al significado literal de la voz *relevante*, que según la Real Academia Española es “sobresaliente, destacado”, o “importante, significativo”<sup>64</sup>. Por su parte, también es útil

59 Cabe reiterar que varios de los proyectos originales sólo buscaban la sanción penal de las conductas cometidas fuera del contexto intrafamiliar, por ejemplo de las personas que trabajan en establecimientos educacionales y de cuidado de personas mayores.

60 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 329.

61 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., págs. 333 y sgtes.

62 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., págs. 352 y sgtes.

63 Tribunal Constitucional, 20 de abril de 2017, Rol N° 3407-17, considerandos sexto y octavo de la disidencia de los ministros Aróstica, Brahm, Letelier y Vásquez.

64 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española [en línea]. 2019. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=VpzDZF6> [fecha de consulta: 28 de abril de 2019].

revisar la interpretación dada a este concepto en el contexto de otras normas penales, por ejemplo la referencia en el artículo 366 ter, que ha sido entendida como conductas de cierta entidad, importancia o gravedad, que importan un atentado contra el bien jurídico protegido. De esta forma, en este caso se debería entender que será de relevancia toda conducta que tenga la potencialidad de lesionar o poner en riesgo la integridad física de la víctima. Queda de manifiesto que para esto es necesario considerar objetivamente diversas circunstancias del caso en concreto, como la edad de la víctima, su condición física, su estado de salud, el contexto en que ocurrieron los hechos, entre otros factores<sup>65</sup>.

Los Tribunales han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la relevancia exigida en el tipo:

- “[S]e requiere que el maltrato sea relevante, lo que implica una afectación del bien jurídico protegido por la ley, se trata de un nivel mínimo de manifestación de la conducta en relación con el efecto objetivo que se causa”<sup>66</sup>.
- “La relevancia de este maltrato corporal de que fueron víctimas los menores [ser tomados fuertemente del cuello dos niños, de diez meses y dos años de edad, por su padre], esto es, su carácter sobresaliente, destacado, importante o significativo (significado que el Diccionario de la Real Academia española confiere al término relevante), resulta demostrada a partir de las características de la acción ejecutada contra ambas víctimas, acción que si bien no se vio reflejada en lesiones en ellas (lo que habría mutado la calificación jurídica de los hechos), fue suficiente para afectar el bien jurídico protegido, a saber, la integridad física de la persona vulnerable (...) representa una acción violenta, carente de toda proporcionalidad, y que nuestro ordenamiento sanciona a través de la consagración del tipo penal en análisis”<sup>67</sup>.
- “[El artículo 403 bis] no tipifica toda forma de violencia física no constitutiva de lesiones. La disposición exige que la conducta para adecuarse a la prohibición legal debe constituir un maltrato corporal relevante, elemento normativo cuyos contornos no fueron en concepto

65 De estimarse que la conducta no es relevante en el caso concreto, se deberá examinar si puede sancionarse civilmente, según lo dispuesto en la Ley N° 20.066 o, en el caso de niñas, niños o adolescentes, en la Ley de Menores (supra, III, 3, 3.1, a).

66 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, 17 de abril de 2019, RIT N° 17-2019, RUC N° 1701039743-K, considerando noveno.

67 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, 18 de julio de 2018, RIT N° 62-2018, RUC N° 1701027564-4, considerando decimoprimerero.

de este juez suficientemente delimitados en la descripción típica de la conducta, dejando al análisis del caso, su determinación (...) [la víctima] habría agredido la niña a su madre, golpeándola y mordiéndola, de manera que el contexto en que la actividad agresiva de la madre se despliega no parece que esta acción exceda las conductas que socialmente se entienden adecuadas frente a la situación límite experimentada por la imputada”<sup>68</sup>.

En resumen, las siguientes han sido las conductas que se han estimado subsumidas en las figuras del artículo 403 bis:

<b>Niños, niñas y adolescentes</b>		
<b>Relación del/a agresor/a con la víctima</b>	<b>Edad y características de la víctima</b>	<b>Hechos</b>
<b>Padre</b>	Niño de 2 años / niño de 10 meses	Tomar y apretar fuertemente el cuello <sup>69</sup>
	Niña de 2 años	Golpear en la cabeza <sup>70</sup>
	Niña de 4 años	Golpear en el cuerpo <sup>71</sup>
	Niño de 5 años	Golpear en la cabeza <sup>72</sup>
	Niño de 10 años	Zamarrear <sup>73</sup>
	Niño de 11 años	Dar un rodillazo en la pierna y un golpe en la cabeza <sup>74</sup>
	Niña de 11 años	Propinar una cachetada y golpear <sup>75</sup>
	Niña de 12 años	Golpear con la mano <sup>76</sup>
	Niño de 13 años	Golpear en el pecho <sup>77</sup>
	Niña de 13 años	Golpear, tomar del pelo y arrastrar por el suelo <sup>78</sup>
	Mujer adolescente de 15 años	Propinar una cachetada <sup>79</sup>
	Mujer adolescente de 15 años	Tomar del cuello y lanzarla contra una pared <sup>80</sup>
	Mujer adolescente de 16 años	Propinar una cachetada <sup>81</sup>
	Mujer adolescente de 16 años	Golpear con puños y patadas <sup>82</sup>

<sup>68</sup> Juzgado de Garantía de La Serena, 09 de marzo de 2019, RIT N° 6328-2018, RUC N° 1800771350-5, considerando séptimo.

<b>Madre</b>	Niño de 7 años	Golpear con su mano en la cabeza <sup>83</sup>
	Niño de 9 años	Golpear en diferentes partes del cuerpo <sup>84</sup>
	Mujer adolescente de 14 años	Golpear con una cuchara de palo en el brazo y espalda <sup>85</sup>
<b>Conviviente de la madre</b>	Niño de 12 años	Empujar a la víctima, quien se golpea contra un muro, para luego apretar su cuello con el brazo <sup>86</sup>
	Mujer adolescente de 17 años	Golpear con pies y puños <sup>87</sup>
<b>Abuelo</b>	Niño de 6 años	Tomar de los brazos y zamarrear <sup>88</sup>
	Mujer adolescente de 17 años	Golpear en la cabeza <sup>89</sup>
<b>Tío</b>	Adolescente de 14 años	Propinar cachetadas, patadas y golpear con un escobillón <sup>90</sup>
<b>Técnica en Educación Parvularia de un jardín infantil</b>	Niña de 3 años	Tirar fuertemente el pelo <sup>91</sup>
<b>Educador de una residencia de niños, niñas y adolescentes</b>	Mujer adolescente de 16 años	Propinar una cachetada <sup>92</sup>
<b>Sin relación</b>	Niño 3 años	Zamarrear <sup>93</sup>
	Niña de 10 años / niña de 10 años	Tirar el pelo <sup>94</sup>
	Hombre adolescente de 16 años	Golpear en la cara <sup>95</sup>

<b>Personas adultas mayores</b>		
<b>Relación del/a agresor/a con la víctima</b>	<b>Edad y características de la víctima</b>	<b>Hechos</b>
<b>Conviviente de la hija</b>	Mujer de 60 años	Empujar, cayendo la víctima de rodillas al suelo <sup>96</sup>
<b>Nieto</b>	Mujer de 85 años	Tomar fuertemente de la cabeza y brazos <sup>97</sup>
	Mujer de 75 años	Lanzar un recipiente plástico a la cabeza de la víctima <sup>98</sup>

<b>Sobrino</b>	Mujer de 64 años	Golpear en la espalda <sup>99</sup>
<b>Hijo</b>	Mujer de 71 años	Propinar una cachetada <sup>100</sup>
	Mujer de 65 años / Hombre de 81 años con déficit auditivo	Golpear <sup>101</sup>
<b>Sin relación</b>	Mujer de 68 años	Zamarrear y empujar <sup>102</sup>

- 69 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, 18 de julio de 2018, RIT N° 62-2018, RUC N° 1701027564-4. En el considerando decimoprimer del fallo, el Tribunal indica que “[d]esde luego, constituye maltrato corporal la acción consistente en tomar fuertemente del cuello a otra persona”.
- 70 Juzgado de Garantía de Punta Arenas, 06 de marzo de 2019, RIT N° 3245-2018, RUC N° 1800952518-8. Sentencia en procedimiento simplificado.
- 71 Juzgado de Garantía de Puerto Montt, 08 de noviembre de 2018, RIT N° 7890-2018, RUC N° 1801005459-8. Sentencia en procedimiento simplificado.
- 72 Juzgado de Garantía de Puerto Varas, 12 de diciembre de 2017, RIT N° 1971-2017, RUC N° 1700703794-5. Sentencia en procedimiento simplificado.
- 73 Juzgado de Garantía de Rengo, 04 de octubre de 2018, RIT N° 3364-2018, RUC N° 1800459108-5. Sentencia en procedimiento monitorio.
- 74 Juzgado de Garantía de Osorno, 24 de abril de 2018, RIT N° 5736-2017, RUC N° 1700782223-5. Sentencia en procedimiento simplificado.
- 75 Juzgado de Garantía de Quillota, 24 de enero de 2019, RIT N° 1181-2018, RUC N° 1800180387-1. Sentencia en procedimiento simplificado.
- 76 2° Juzgado de Garantía de Santiago, 22 de febrero de 2019, RIT N° 10660-2018, RUC N° 1800906160-2. Sentencia en procedimiento abreviado.
- 77 Juzgado de Garantía de Pitrufquén, 02 de abril de 2018, RIT N° 1470-2017, RUC N° 1700885925-6. Sentencia en procedimiento abreviado.
- 78 Juzgado de Garantía de Valparaíso, 27 de noviembre de 2018, RIT N° 993-2018, RUC N° 1800108257-0. Sentencia en procedimiento simplificado. Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, 02 de octubre de 2018, RIT N° 7-2018, RUC N° 1700949520-7. Sentencia en procedimiento simplificado.
- 79 Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, 02 de octubre de 2018, RIT N° 7-2018, RUC N° 1700949520-7. Sentencia en procedimiento simplificado.
- 80 2° Juzgado de Garantía de Santiago, 13 de marzo de 2019, RIT N° 10243-2017, RUC N° 1700883206-4. Sentencia en procedimiento abreviado, complementada mediante resolución de fecha 25 de marzo de 2019.
- 81 Juzgado de Letras y Garantía de Petorca, 28 de diciembre de 2017, RIT N° 202-2017, RUC N° 1700653570-4. Sentencia en procedimiento simplificado.
- 82 Juzgado de Garantía de Chillán, 04 de enero de 2019, RIT N° 3961-2018, RUC N° 1700973045-1. Sentencia en procedimiento simplificado.
- 83 Juzgado de Garantía de Pitrufquén, 27 de marzo de 2019, RIT N° 1821-2018, RUC N° 1800358238-4. Sentencia en procedimiento simplificado.
- 84 Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 06 de junio de 2018, RIT N° 12663-2018, RUC N° 1701122702-3. Sentencia en procedimiento simplificado.

#### 1.4. Figura agravada

El inciso 2° del artículo 403 bis regula una figura calificada del maltrato corporal relevante, que se configura cuando la persona que comete la conducta tiene *un deber especial de cuidado o protección*. El contenido de este deber también fue objeto de debate durante la tramitación parlamentaria de la ley.

- 
- 85 Juzgado de Garantía de Lautaro, 12 de abril de 2019, RIT N° 667-2019, RUC N° 1900289995-K. Sentencia en procedimiento monitorio.
  - 86 Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, 11 de marzo de 2019, RIT N° 1539-2018, RUC N° 1800938250-6. Sentencia en procedimiento simplificado.
  - 87 Juzgado de Garantía de Mariquina, 03 de abril de 2019, RIT N° 561-2018, RUC N° 1800658888-K. Sentencia en procedimiento simplificado.
  - 88 Juzgado de Garantía de Temuco, 10 de diciembre de 2018, RIT N° 7632-2018, RUC N° 1700966198-0. Sentencia en procedimiento simplificado.
  - 89 Juzgado de Garantía de Linares, 22 de octubre de 2018, RIT N° 2544-2018, RUC N° 1800724178-6. Sentencia en procedimiento simplificado.
  - 90 Juzgado de Garantía de Valdivia, 17 de diciembre de 2018, RIT N° 5938-2018, RUC N° 1700788899-6. Sentencia en procedimiento simplificado.
  - 91 Juzgado de Garantía de Puerto Montt, 26 de noviembre de 2018, RIT N° 3535-2018, RUC N° 1700865677-0. Sentencia en procedimiento simplificado.
  - 92 Juzgado de Garantía de Valparaíso, 21 de marzo de 2019, RIT N° 8477-2018, RUC N° 1800119676-2. Sentencia en procedimiento simplificado.
  - 93 Juzgado de Garantía de Coquimbo, 15 de septiembre de 2017, RIT N° 4634-2017, RUC N° 1700806819-4. Sentencia en procedimiento monitorio.
  - 94 Juzgado de Garantía de Melipilla, 22 de noviembre de 2017, RIT N° 5032-2017, RUC N° 1701031007-5. Sentencia en procedimiento monitorio.
  - 95 8° Juzgado de Garantía de Santiago, 08 de enero de 2019, RIT N° 165-2019, RUC N° 1800700893-3. Sentencia en procedimiento monitorio.
  - 96 Juzgado de Garantía de Collipulli, 28 de mayo de 2018, RIT N° 1085-2017, RUC N° 1700943306-6. Sentencia en procedimiento simplificado.
  - 97 Juzgado de Garantía de Lautaro, 20 de noviembre de 2018, RIT N° 482-2018, RUC N° 1800359836-1. Sentencia en procedimiento monitorio.
  - 98 Juzgado de Garantía de Lautaro, 23 de enero de 2019, RIT N° 174-2019, RUC N° 1900052210-7. Sentencia en procedimiento monitorio.
  - 99 Juzgado de Garantía de Temuco, 19 de diciembre de 2018, RIT N° 9263-2018, RUC N° 1800908058-5. Sentencia en procedimiento simplificado.
  - 100 Juzgado de Garantía de Lautaro, 17 de julio de 2018, RIT N° 518-2018, RUC N° 1810017896-2. Sentencia en procedimiento simplificado.
  - 101 Juzgado de Garantía de Pitrufquén, 06 de noviembre de 2017, RIT N° 1201-2017, RUC N° 1700726589-1. Considerando octavo.
  - 102 Juzgado de Garantía de Río Bueno, 15 de febrero de 2018, RIT N° 153-2018, RUC N° 1800006132-4. Sentencia en procedimiento monitorio.
  - 103 Juzgado de Garantía de Limache, 03 de enero de 2019, RIT N° 1870-2018, RUC N° 1800740357-3. Sentencia en procedimiento monitorio.

- Durante el Primer Trámite Constitucional, la norma sancionaba a personas que tuvieran un deber especial de cuidado “sea en razón de la ley, de una resolución judicial o dada su profesión u oficio”<sup>104</sup>.
- En el Segundo Trámite, las indicaciones del Ejecutivo eliminaron las fuentes del deber de cuidado, con el objetivo de “otorgar cierta flexibilidad a fin de que el juez luego lo defina conforme a la prueba que los intervinientes presenten”<sup>105</sup>.
- En el Tercer Trámite se incorpora, sin mayor debate y a iniciativa del Ejecutivo, el término *protección*<sup>106</sup>.

En definitiva, dentro de esta hipótesis se incluyen todas aquellas fuentes normativas que permitan atribuir a otra persona un deber específico de cuidado o protección de la integridad física del sujeto pasivo, como la ley, actos administrativos, sentencias judiciales y actos jurídicos<sup>107</sup>. Por lo tanto, podrán ser sujetos activos calificados todas las personas que tengan obligaciones emanadas de la ley en virtud de sus relaciones familiares (principalmente madres y padres respecto de sus hijos/as, y descendientes en relación a personas adultas mayores); quienes tengan contratos de trabajo en áreas relacionadas con la educación (profesores/as, parvularios/as, transportistas escolares) o cuidado de personas en situación de vulnerabilidad (trabajadores/as del hogar o de residencias); o quienes voluntariamente asumen el cuidado o protección de una de estas personas, aunque sea de forma transitoria (una persona que acepta quedarse cuidando un niño o niña).

La jurisprudencia ha estimado que concurre este deber especial de cuidado o protección en los siguientes casos:

- Un hombre, educador, en el ejercicio de sus funciones en una residencia al cuidado de niños, niñas y adolescentes, propina una cachetada a una adolescente de 16 años<sup>108</sup>.

104 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 129.

105 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 203.  
Intervención de la Ministra de Justicia y Derechos Humanos.

106 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., págs. 352 y sgtes.

107 NAVARRO, ob. cit., págs. 42 y 43.

108 Juzgado de Garantía de Valparaíso, 21 de marzo de 2019, RIT N° 8477-2018, RUC N° 1800119676-2. Sentencia en procedimiento simplificado.



- Una mujer, técnica en Educación Parvularia, en el ejercicio de sus funciones en un jardín infantil, tira fuertemente del pelo a una niña de 3 años<sup>109</sup>.
- Un hombre golpea a su madre de 65 años y a su padre de 81 años, quien además padece de un déficit auditivo. Se da por establecido que “el imputado debido a su parentesco, pues es hijo de las víctimas quienes son adultos mayores, y viviendo en el domicilio de estos, tiene un deber especial de cuidado sobre ellos”<sup>110</sup>.

Asimismo, en 9 casos, se sancionaron por esta figura a padres y madres. Cabe indicar que en sólo dos sentencias se especificó la existencia de un deber específico de cuidado o protección<sup>111</sup>; en el resto se asume este deber sólo por el hecho de ser el/la progenitor/a.

Por último, respecto a esta figura agravada, cabe indicar que incluye una hipótesis omisiva, sancionando a aquella persona que teniendo un deber especial de cuidado o protección respecto a la víctima, *no impidiere su maltrato debiendo hacerlo*.

#### 1.5. Maltrato corporal relevante cometido en contexto de violencia intrafamiliar

Por regla general, la violencia contra niños, niñas y adolescentes, personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad, se comete en ámbitos que deberían ser protectores y de cuidado para estas víctimas. De esta forma, con mucha frecuencia, quienes cometen estos ilícitos serán parte del núcleo familiar o cercano.

En el caso en que se cometa una conducta constitutiva de maltrato corporal relevante por y contra alguna de las personas indicadas en el artículo 5° de la Ley N° 20.066, se estará ante la presencia de este delito en contexto de violencia intrafamiliar. Es decir, debe aplicarse el estatuto establecido en dicha normativa, permitiendo, entre otras, la adopción de medidas cautelares aún antes de una formalización de la investigación y perseguir el incumplimiento de medidas cautelares o accesorias decretadas como desacato. Por otro lado, la comisión habitual de conductas de maltrato, puede sancionarse a través del delito de maltrato habitual.

109 Juzgado de Garantía de Puerto Montt, 26 de noviembre de 2018, RIT N° 3535-2018, RUC N° 1700865677-0. Sentencia en procedimiento simplificado.

110 Juzgado de Garantía de Pitrufquén, 06 de noviembre de 2017, RIT N° 1201-2017, RUC N° 1700726589-1. Sentencia en procedimiento simplificado. Considerando octavo.

111 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, 18 de julio de 2018, RIT N° 62-2018, RUC N° 1701027564-4; y Juzgado de Garantía de Pitrufquén, 02 de abril de 2018, RIT N° 1470-2017, RUC N° 1700885925-6. Sentencia en procedimiento abreviado.

De los casos que han concluido con una sentencia condenatoria, en más del 70% de ellos (28 casos), los hechos fueron cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, según el siguiente desglose:

Relación con la víctima	Número de casos	Porcentaje del total
Padre	14	50%
Madre	3	10,7%
Abuelo	2	7,1%
Hijo	2	7,1%
Nieto	2	7,1%
Conviviente de la madre	2	7,1%
Conviviente de la hija	1	3,6%
Sobrino	1	3,6%
Tío	1	3,6%
<b>Total</b>	<b>28</b>	<b>100%</b>

En el caso de los padres que agreden a sus hijos/as, la mayoría de los hechos se cometen en el mismo contexto en que el sujeto violenta a su madre (hijos/as son testigos de la violencia de pareja o salen en defensa de su progenitora).

Por último, cabe indicar que en nueve casos el imputado estaba en estado de ebriedad al momento de cometer las conductas de maltrato.

## 2. Artículo 403 ter. Trato degradante

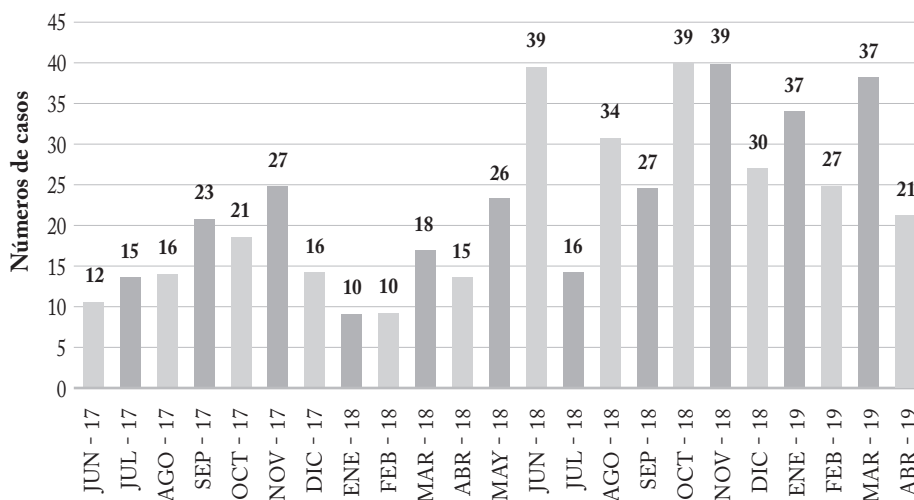
### 2.1. Cifras estadísticas<sup>112</sup>

Los ingresos por el delito de trato degradante a personas en situación de vulnerabilidad son significativamente menores que los de maltrato corporal relevante, llegando a sólo 555 casos en el período. Asimismo, de la comparación entre los distintos meses desde su entrada en vigencia, se aprecia un comportamiento más fluctuante, sin perjuicio de haberse reportado un

<sup>112</sup> Véase referencia a la extracción de datos contenida en nota n° 50. Se consideran todos los casos (por RUC) ingresados y terminados por el delito del artículo 403 ter del Código Penal (código 765 TRATOS DEGRADANTES A PERSONAS VULNERABLES. ART. 403 TER), desde el 06 de junio de 2017 hasta el 20 de abril de 2019.

aumento de ingresos en el segundo semestre del año 2018, en comparación del mismo período del año 2017.

### Casos de trato degradante



Sobre las investigaciones, 218 casos continúan vigentes. En cambio, 337 concluyeron de la siguiente forma:

<b>Términos judiciales</b>	
Facultad para no investigar	84
Suspensión condicional del procedimiento	17
Sentencia definitiva condenatoria	4
Sentencia definitiva absolutoria	4
Sobreseimiento definitivo	3
Sobreseimiento temporal	2
Acuerdo reparatorio	1
<b>Total términos judiciales</b>	<b>115</b>
<b>Términos no judiciales</b>	
Archivo provisional	182
Agrupación	19
Incompetencia	10
Decisión de no perseverar	6
Principio de oportunidad	4
Otras causales de término	1
<b>Total términos no judiciales</b>	<b>222</b>
<b>Términos totales</b>	<b>337</b>

Respecto a estas cifras, cabe hacer presente las mismas consideraciones hechas sobre los delitos de maltrato corporal relevante<sup>113</sup>.

## 2.2. Bien jurídico protegido

El artículo 403 ter sanciona a quien someta a la víctima a un trato degradante, menoscabando gravemente su dignidad. La penalidad de esta figura es presidio menor en su grado mínimo, la misma que la aparejada para el delito de maltrato corporal relevante agravado.

Uno de los temas a analizar respecto de este tipo es su bien jurídico. Desde el comienzo de la tramitación parlamentaria, la intención de los/as legisladores/as era sancionar las conductas de maltrato que lesionaran la integridad psíquica de las personas en situación de vulnerabilidad. Así, el texto despachado del Primer Trámite Constitucional sancionaba a la persona que “incurriere en maltrato o violencia síquica”, que era entendida como “todo trato denigrante cometido con la intención de menoscabar gravemente la integridad moral de la víctima”<sup>114</sup>. De esta forma, se estimaban equivalentes la integridad psíquica y la integridad moral.

Durante el Segundo Trámite, el Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, reemplaza el articulado, tomando como referencia el artículo 173 del Código Penal español, sancionando a quien “maltratarse síquicamente a una de las personas referidas en el inciso primero del artículo 403 bis, sometiéndola a un trato cruel y vejatorio, menoscabando gravemente su dignidad”; mencionando que correspondía “determinar si la dignidad, en tanto bien jurídico protegido, es lo suficientemente autónoma como para que la misma sea el soporte argumental que justifique la configuración del aludido tipo penal”<sup>115</sup>. En esa instancia, es el mismo Ejecutivo quien propone una modificación a esta redacción, quedando la figura con los elementos actuales (“trato degradante, menoscabando gravemente su dignidad”) e indicando que se asume como bien jurídico “la dignidad humana propiamente tal o la integridad moral del sujeto pasivo”<sup>116</sup>.

113 Supra, IV, 1, 1.1.

114 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 129. De esta etapa de la tramitación parlamentaria viene el nombre de la nueva sección del Registro General de Condenas “Inhabilitaciones impuestas por delitos contra la vida, integridad física o *psíquica*”, que surge a través de indicaciones presentadas por el Ejecutivo.

115 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 190. Intervención del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

116 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., págs. 210 y 211. Intervención del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. A esta misma conclusión llega Carrasco (CARRASCO, Edison.

En definitiva, la determinación del bien jurídico del delito consagrado en el artículo 403 ter se centra en dilucidar si la dignidad puede ser un bien jurídico protegido en este caso, y en delimitar qué debe entenderse por integridad moral; ambas cuestiones no resueltas unánimemente por la doctrina chilena ni comparada<sup>117</sup>. Dado que este análisis excede con creces el objetivo del presente artículo, se harán presentes algunas consideraciones generales respecto a estos temas:

- Es posible entender la dignidad humana como “la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados”<sup>118</sup>. Suele ser considerada como un valor superior del ordenamiento jurídico y el fundamento de todos los derechos fundamentales<sup>119</sup>.
- El hecho de ser considerada un valor o principio que se predica de todos los derechos y garantías reconocidas, hace que parte importante de la doctrina no la considere como un bien jurídico pasible de protección penal, principalmente por su excesiva amplitud e indeterminación<sup>120</sup>. De

---

“Incrimination del maltrato corporal relevante y de la sumisión a trato degradante de personas con déficit corporal o físico en la legislación penal chilena. Ley N° 21.013 de 2017” [en línea]. En: *Revista de derecho (Concepción)*, vol. 86, n° 243, Concepción, Chile, Universidad de Concepción, 2018, págs. 57-69, págs. 63 y 64. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-591X2018000100057&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-591X2018000100057&lng=es&nrm=iso). [fecha de consulta: 17 de abril de 2019]), quien también indica que el bien jurídico protegido sería la dignidad o la integridad moral.

117 Un extenso análisis al bien jurídico protegido por la figura consagrada en el artículo 173.1 del Código Penal español, puede consultarse en DE LA MATA, Norberto y PÉREZ, Machío. “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal” [en línea]. En: *Revista Penal*, n° 15, España, Universidad de Huelva, Universidad de Salamanca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2005, págs. 8-45. Disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12460/Concepto.pdf?sequence=2> [fecha de consulta: 27 de marzo de 2019].

118 Tribunal Constitucional, 28 de octubre de 2003, Rol N° 389-03, considerando decimoséptimo.

119 GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo. *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago, Chile, Tribunal Constitucional, 2014, p. 397.

120 Por todos, puede consultarse ALONSO, Mercedes. “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual” [en línea]. En: *Revista Penal*, n° 19, España, Universidad de Huelva, Universidad de Salamanca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, págs. 3-20. Disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12178/Protecci%C3%B3n.pdf?sequence=2> [fecha de consulta: 27 de abril de 2019]. Otra opinión en NAVARRO, ob. cit., págs. 59 y sgtes., quien indica que esta figura es pluriofensiva, protegiendo la salud y la dignidad, esta última entendida como restricción ilegítima de cualquier derecho fundamental. De esta forma, puede ser subsumida en el tipo diversas restricciones o afectaciones a una garantía reconocida en la Constitución: derecho al honor, a expresar opiniones, a la propiedad, a la integridad física o psíquica, entre otros.

esta forma, los esfuerzos por darle un contenido más acotado apuntan a conceptualizarla como la negación a una persona de su condición de ser humano, al ser tratada como medio y no como un fin en sí misma.

- En esta línea surge la idea de proteger la *integridad moral* de las personas, “que parece aludir a la esencia misma de la persona y a la necesidad de que se le tutele frente a comportamientos que, por ejemplo, humillantes o degradantes, vulneren ésta”<sup>121</sup>. Un atentado contra la integridad moral implica la realización de conductas que niegan a la víctima como persona, humillándola, degradándola, envileciéndola, tratándola como una cosa<sup>122</sup>. Muñoz Conde define este bien jurídico como “el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada, cualesquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga con otras personas”<sup>123</sup>.
- Este bien jurídico no ha sido reconocido de forma general por los/as autores/as nacionales, salvo al momento de analizar el contenido de diversos instrumentos internacionales, desarrollándola en conjunto con la integridad física y psíquica, como parte de la integridad personal de todo ser humano<sup>124</sup>. Matus y Ramírez reconocen la posibilidad de estar ante un ataque penal a la integridad moral al analizar el texto del número 1° del artículo 19 de la Constitución, que prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo (que actualmente debe entenderse como la aplicación de torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes). Si bien esta referencia se encuentra al momento de garantizar la integridad física y psíquica, en el Código Penal estas conductas se sancionan en un título diverso de los delitos contra las personas, destinado a sancionar los atentados contra los derechos garantizados por la Constitución. Así, “siendo evidente que en la clase de atentados que ahí se trata lesiona la vida y la integridad física y psíquica de las personas, su aspecto distintivo es el ataque a la integridad moral”<sup>125</sup>.

121 DE LA MATA y PÉREZ, ob. cit., p. 20.

122 ALONSO, ob. cit., p. 6.

123 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. 19ª Edición, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 173.

124 La Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”, adoptada por la Organización de Estados Americanos, 22 de noviembre de 1969, promulgada mediante Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de agosto de 1990. Diario Oficial 5 de enero de 1991), reconoce el derecho a la integridad personal, señalando que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” (artículo 5° .1.). Sobre el desarrollo e interpretación de este derecho, puede consultarse MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*. Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2005.

125 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 146.

En suma, si bien puede debatirse si el objeto de protección es la dignidad o la integridad moral, lo común a ambos conceptos es la prohibición de conductas que busquen humillar o vejar a otro/a. Dado que guarda relación con la esencia de la persona y la idea de inviolabilidad del espíritu, este bien jurídico no es disponible y para su afectación basta con comportamientos tendientes a humillar o envilecer, sin que tenga que afectarse el derecho a la libertad (no guarda relación con el doblegamiento de la voluntad ajena) o los derechos a la integridad física o psíquica (una persona puede verse afectada sin padecer una aflicción espiritual, sufrimiento o dolor)<sup>126</sup>.

### 2.3. Conductas sancionadas por el tipo penal

Tal como se señaló en el apartado precedente, el nuevo tipo penal sancionaría las conductas que tengan la capacidad de humillar y degradar a la víctima<sup>127</sup>.

Dado que está descrito como un delito de resultado (el someter a un trato degradante que menoscabe gravemente la dignidad de la víctima), las conductas deben, en concreto, afectar la dignidad o integridad moral, pero no es necesario que afecten otro derecho (por ejemplo que la conducta provoque un daño psíquico o logre doblegar la voluntad de la víctima). Si se afecta otro bien jurídico, se estará ante la presencia de un concurso de delitos (por ejemplo en el caso de tratos degradantes que impliquen violencia física, se podrá estar ante un concurso con la figura de maltrato corporal relevante).

Son diversas las conductas que pueden subsumirse en esta figura. Se puede estar en presencia de tratos degradantes por el ejercicio de violencia física, psicológica, sexual o desatención; por medio de una conducta activa u omisiva<sup>128</sup>; y ante conductas ocasionales o reiteradas, según las características del caso<sup>129</sup>. Los ejemplos dados por la doctrina y jurisprudencia española incluyen, obligar a una persona a desnudarse; simular que se le va a matar poniéndole una pistola en la sien; arrastrar a la víctima e introducirle su cabeza al inodoro; cortar el pelo al cero; y conductas constitutivas de

126 ALONSO, ob. cit., p. 7; DE LA MATA y PÉREZ, ob. cit., p. 21; y NAVARRO, ob. cit., p. 60.

127 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 152.

128 NAVARRO, ob. cit., p. 57, quien pone por ejemplo no alimentar a una persona que no es autovalente.

129 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., págs. 139 y 143, señalan que la violencia psicológica ocasional, según su contenido, puede llegar a constituir este delito. De la revisión de la tramitación legislativa se arriba al mismo resultado, dado que en el Segundo Trámite Constitucional, se eliminó la referencia a la habitualidad que exigía antes esta norma.

bullying<sup>130</sup>. Por su parte, durante la tramitación legislativa, se hizo referencia a amarrar a un poste o no cambiarle los pañales a una persona que se encuentra en una residencia de larga estadía<sup>131</sup>. Asimismo, podrían incluirse conductas discriminatorias contra personas en situación de vulnerabilidad (por ejemplo por su nacionalidad, raza, etnia, grupo social, sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, enfermedad o situación de discapacidad); la creación de perfiles falsos en redes sociales con información falsa de la víctima; y la divulgación de conversaciones o registros audiovisuales íntimos de la persona ofendida.

Al igual que la relevancia en el caso del maltrato corporal, para la determinación de la *gravidad* en este delito, es necesario considerar objetivamente diversas circunstancias del caso en concreto, como por ejemplo la edad de la víctima, su condición física, su estado de salud y el contexto en que ocurrieron los hechos<sup>132</sup>.

El Tribunal Constitucional tuvo la posibilidad de pronunciarse sobre el contenido de este tipo penal en el contexto de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Defensoría Penal Pública<sup>133</sup>, quien estimó que las expresiones “trato degradante”, “someter” y “dignidad” son vagas e imprecisas, convirtiendo la norma en una ley penal en blanco. Asimismo, argumentó que no resultaba proporcionada una sanción penal por los hechos por los cuales el Ministerio Público requirió en procedimiento simplificado al imputado<sup>134</sup>.

130 MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 174; y RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Segunda edición, Barcelona, España, Atelier, 2009, págs. 99-108.

131 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 296.

132 En el mismo sentido IRARRÁZAVAL, ob. cit., p. 56.

133 Tribunal Constitucional, 24 de enero de 2019, Rol N° 4476-18, RUC N° 1700617470-1.

134 Los hechos objeto del requerimiento son los siguientes: “El día 2 de Julio del 2017, alrededor de las 21:30 horas, el requerido llegó a su domicilio ubicado en (...), en manifiesto estado de ebriedad, su abuela, la víctima, (...) de 79 años, al ver el estado en que se encontraba le sirvió un plato de comida, el requerido sin causa ni motivo justificado la trato denigrantemente diciéndole: “vieja gueona conshesumadre, por tu culpa soy quien soy” al mismo tiempo que botó el plato con comida al suelo y sacó toda la comida del refrigerador y también la tiro al piso, por lo que la víctima lo dejó solo y se encerró en su dormitorio”. Cabe indicar que esta causa concluye con una sentencia definitiva absolutoria, debido al silencio de la víctima en la audiencia de juicio, en virtud del artículo 302 del Código Procesal Penal (Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 04 de marzo de 2019, RIT N° 7101-2017, RUC N° 1700617470-1. Sentencia en procedimiento simplificado).



Esta Magistratura constitucional rechaza el recurso, haciendo presente las siguientes consideraciones:

- Todas las expresiones utilizadas por el legislador en el artículo 403 ter “pueden ser comprendidas cabalmente por el profano”<sup>135</sup>. No existe en la especie indeterminación, dado que la norma contiene “una conducta evidente y que es someter a un maltrato indigno a las personas establecidas en el tipo penal dado que están en una condición de vulnerabilidad ante el agresor”<sup>136</sup>.
- No se ve afectado el principio de taxatividad por el uso de términos que permitan “un espacio de interpretación del juez para situaciones que el propio legislador no pudo imaginar”<sup>137</sup>. El Tribunal indica que, tal como *defraudar* en el delito de estafa, el verbo *someter* habilita al juez a subsumir una multiplicidad de conductas, limitado sólo por la prohibición de la analogía.
- Sobre la proporcionalidad, el Tribunal indica que no le corresponde pronunciarse sobre la resolución en el caso concreto ni calificar los hechos de la causa. Sin embargo, hace presente, al analizar la constitucionalidad de la norma, que este delito “constituye un medio eficaz para proteger de todo abuso que pueda afectar a niños, ancianos y personas con capacidades diferentes por parte de sujetos que por razones de superioridad, de cualquier índole, los puedan denigrar, siendo la pena, respecto a los simples delitos, la más benigna que contiene el sistema penal”<sup>138</sup>.

Cabe indicar que los ministros Aróstica y Vásquez estuvieron por acoger el recurso, estimando, al igual que al momento de llevar a cabo el control de constitucionalidad del proyecto de ley, que los delitos de la Ley N°

135 Tribunal Constitucional, 24 de enero de 2019, Rol N° 4476-18, RUC N° 1700617470-1, considerando décimo séptimo. El Tribunal refuerza esta conclusión en el considerando vigésimo tercero del fallo, reiterando que “la hipótesis penal censurada describe acciones que hacen fácilmente comprensibles, en el saber y entender de toda persona, el comportamiento reprochable hacia sujetos en situación de precariedad”.

136 Tribunal Constitucional, 24 de enero de 2019, Rol N° 4476-18, RUC N° 1700617470-1, considerando décimo noveno.

137 Tribunal Constitucional, 24 de enero de 2019, Rol N° 4476-18, RUC N° 1700617470-1, considerando décimo octavo.

138 Tribunal Constitucional, 24 de enero de 2019, Rol N° 4476-18, RUC N° 1700617470-1, considerando vigésimo cuarto.

21.013 son imprecisos e implican una “persecución y sanción eventualmente arbitrarias”<sup>139</sup>.

Por último, los tribunales penales han estimado configurado el tipo penal en los siguientes casos:

- Un hombre agrede e insulta a su ex conviviente frente a dos de sus hijos, un niño de 8 meses y una niña de 3 años. El niño se encontraba en los brazos de su madre durante la agresión, mientras que la niña gritaba para que el sujeto se detuviera<sup>140</sup>.
- Un adolescente de 17 años insulta, golpea y tironea fuertemente a su pareja, una adolescente de 16 años con quien tiene un hijo en común, en la vía pública, denigrando a la víctima frente a terceras personas que se encontraban en el lugar<sup>141</sup>.
- Un hombre insulta a su hija de 7 años y, posteriormente, insulta, amenaza de muerte y lesiona a la madre de la niña en su presencia<sup>142</sup>.
- Un hombre lleva a cabo diversas conductas violentas contra su hijo de 17 años y su hija de 10 años, entre las que se cuentan golpes, insultos, dichos denigrantes y mechoneos<sup>143</sup>.
- Tres adolescentes abordaron a un compañero de curso de 15 años, intentando introducirle los dedos en el ano por encima de la ropa, con la finalidad de hostigarlo, burlándose de la víctima y humillándolo ante los demás<sup>144</sup>.

139 Tribunal Constitucional, 24 de enero de 2019, Rol N° 4476-18, RUC N° 1700617470-1, considerando 3° de la disidencia.

140 15° Juzgado de Garantía de Santiago, 03 de octubre de 2017, RIT N° 3140-2017, RUC N° 1700526920-2. Sentencia en procedimiento abreviado.

141 Juzgado de Garantía de Valdivia, 14 de febrero de 2018, RIT N° 6161-2017, RUC N° 1700880256-4. Sentencia en procedimiento simplificado.

142 Juzgado de Garantía de Valdivia, 04 de diciembre de 2018, RIT N° 4453-2018, RUC N° 1800609987-0. Sentencia en procedimiento simplificado.

143 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, 11 de julio de 2018, RIT N° 155-2018, RUC N° 1700433113-3. Cabe indicar que, si bien el fallo es absolutorio respecto a los delitos de trato degradante, el Tribunal señala que el motivo es la falta de precisión respecto a las fechas, lo que impide determinar con certeza si las conductas se cometieron antes o después de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.013 (considerando 9°).

144 Juzgado de Garantía de Osorno, 20 de marzo de 2019, RIT N° 5524-2018, RUC N° 1800813975-6. A la fecha del presente artículo, este fallo no se encuentra ejecutoriado, estando pendiente la vista de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los condenados.

### 3. Artículo 403 quáter. Inhabilitación especial<sup>145</sup>

Según el artículo 39 ter, la nueva pena de “inhabilitación absoluta para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad”, trae consigo la privación, cese e incapacidad para obtener cargos, empleos, oficios y profesiones ejercidos en los ámbitos señalados.

Respecto a la extensión de la inhabilitación, por regla general es de carácter temporal (tres años y un día a diez años), siendo divisible en la misma forma que las penas de inhabilitación absoluta y especial temporales. Sin perjuicio de esto, el artículo 403 quáter dispone que en el caso de reincidencia en delitos de la misma especie, “el juez podrá imponer la inhabilitación absoluta con el carácter de perpetua”.

De la revisión de las sentencias condenatorias sobre maltrato corporal relevante y trato degradante, sólo se ha condenado a esta inhabilitación a cuatro personas: a un tío que agrede a su sobrina (maltrato corporal relevante simple)<sup>146</sup>; a un hombre que empuja a la madre de su conviviente de 60 años (maltrato corporal relevante simple)<sup>147</sup>; a un padre que golpea a su hijo adolescente de 16 años (maltrato corporal relevante agravado)<sup>148</sup>; y a un padre que toma del cuello a su hija de 15 años y la lanza contra una pared (maltrato corporal relevante agravado)<sup>149</sup>.

Sobre este punto, llama la atención las decisiones sobre la extensión de esta pena, puesto que en uno de los casos señalados se condenó por el término de 3 años, siendo que el grado mínimo de esta sanción parte en tres años y un día. Asimismo, en otra causa, se condena al imputado a la “inhabilitación absoluta en cualquiera de sus grados”<sup>150</sup>.

145 Véase supra, III, 1.

146 Juzgado de Garantía de Valdivia, 17 de diciembre de 2018, RIT N° 5938-2018, RUC N° 1700788899-6, rectificadora mediante resolución de fecha 29 de enero de 2019.

147 Juzgado de Garantía de Collipulli, 28 de mayo de 2018, RIT N° 1085-2017, RUC N° 1700943306-6.

148 Juzgado de Garantía de Chillán, 04 de enero de 2019, RIT N° 3961-2018, RUC N° 1700973045-1.

149 2° Juzgado de Garantía de Santiago, 13 de marzo de 2019, RIT N° 10243-2017, RUC N° 1700883206-4. Sentencia en procedimiento abreviado, complementada mediante resolución de fecha 25 de marzo de 2019.

150 Juzgado de Garantía de Chillán, 04 de enero de 2019, RIT N° 3961-2018, RUC N° 1700973045-1.

Por su parte, los tribunales no se pronunciaron sobre esta inhabilitación en dos casos que justamente dieron origen a la reforma legislativa y que fueron parte de la discusión durante su tramitación parlamentaria: una técnica en Educación Parvularia que tira fuertemente del pelo a una preescolar<sup>151</sup>; y un educador que propina una cachetada a una adolescente de la residencia en la cual trabaja<sup>152</sup>.

#### 4. Artículo 494 N° 5. Prohibición de calificar como leves las lesiones contra personas en situación de vulnerabilidad

Respecto a esta modificación, la Corte de Apelaciones de Temuco ha señalado que la modificación de la Ley N° 21.013 incorpora “una obligación a los tribunales cual es no poder calificar como leves las lesiones provocadas a las personas que en él se mencionan, entre las que destacan los menores de edad. Más aún, la norma resulta claramente imperativa atenta la propia redacción, de la que se puede concluir que no podrán ser, bajo ninguna circunstancia y a pesar de la calidad de los individuos y de las circunstancias del hecho, calificadas como leves”<sup>153</sup>. Cabe indicar que en el caso analizado por el Ilustrísimo Tribunal, la persona imputada correspondía a una mujer adolescente.

## V. Reflexiones finales

En virtud de las obligaciones contraídas internacionalmente a través de diversos instrumentos de derechos humanos, el Estado de Chile se encuentra en la obligación de prevenir, investigar y sancionar todo tipo de violencia ejercida contra las personas en situación de vulnerabilidad, debido a que, en gran parte, estas conductas afectan gravemente la dignidad de estas víctimas y son una manifestación de discriminación.

La inacción del Sistema de Justicia Penal ante estos hechos, tanto en la investigación como en la sanción, trae consigo impunidad e indefensión. Esa inactividad de los/as operadores/as puede deberse a múltiples factores: desconocimiento de las herramientas para dar un castigo a quienes cometen las conductas (causado por la dispersión y falta de sistematicidad normativa);

151 Juzgado de Garantía de Puerto Montt, 26 de noviembre de 2018, RIT N° 3535-2018, RUC N° 1700865677-0.

152 Juzgado de Garantía de Valparaíso, 21 de marzo de 2019, RIT N° 8477-2018, RUC N° 1800119676-2.

153 Corte de Apelaciones de Temuco, 06 de agosto de 2018, Rol N° 611-2018, RUC N° 1800316121-4, considerando quinto.

exigencia de requisitos o elementos no incluidos en los tipos penales (lo que hace inoperante las figuras); exigencia de un estándar probatorio imposible de cumplir (sobre todo en casos en contexto intrafamiliar, donde el entorno favorece la impunidad del/a autor/a); y sesgos y prejuicios preconcebidos respecto a la sanción de algunas conductas.

Esta última consideración es especialmente importante analizarla ante los nuevos delitos de maltrato corporal relevante y trato degradante. Durante la tramitación parlamentaria se discutió de forma reiterada sobre las conductas que debían sancionarse, y las que eran adecuadas socialmente. Un tirón de orejas, una palmada o un correazo, fueron ejemplos dados para sentar las bases de las nuevas estructuras típicas, dado que el Derecho Penal no debía inmiscuirse en temas familiares. El problema de estas apreciaciones es que perpetúan justo lo que se buscaba cambiar: el uso de violencia como una forma válida de relacionarse entre una persona hacia otra, quien se encuentra en una posición fáctica desmejorada en relación con la primera, y a quien no se le reconoce su carácter de sujeto de derecho. Esta minimización del maltrato hacia niños, niñas y adolescentes, personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad, hace recordar los mismos debates que se han dado por décadas respecto a la sanción de la violencia intrafamiliar.

Debido a lo anterior, se está ante un gran desafío: dar una utilización inteligente de las herramientas puestas a disposición del Sistema de Justicia para así aportar en la generación de un cambio mayor, consistente en reconocer a estos grupos de personas su derecho a vivir una vida libre de violencia.

## VI. Referencias bibliográficas

ALONSO, Mercedes. “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual” [en línea]. En: *Revista Penal*, n° 19, España, Universidad de Huelva, Universidad de Salamanca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, págs. 3-20. Disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12178/Protecci%C3%B3n.pdf?sequence=2> [fecha de consulta: 27 de abril de 2019].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley n° 21.013. Tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial* [en línea]. Valparaíso, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2017. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6281/> [fecha de consulta: 11 de marzo de 2019].

CARRASCO, Edison. “Incrimación del maltrato corporal relevante y de la sumisión a trato degradante de personas con déficit corporal o físico en la legislación penal chilena. Ley N° 21.013 de 2017” [en línea]. En: *Revista de derecho (Concepción)*, vol. 86, n° 243, Concepción, Chile, Universidad de Concepción, 2018, págs. 57-69. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-591X2018000100057&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-591X2018000100057&lng=es&nrm=iso). [fecha de consulta: 17 de abril de 2019].

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53° período de sesiones (1° al 19° de octubre de 2012)* [en línea]. 2012. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsoVqDbaslinb8oXgzpEhivgcrpRvrGV%2BzOfJUe6NmtiJkiBZ1uhrnbZVtABzERETtMuGtiBAi%2FbDbVuq7zDnqSxNUb8%2BNLVvgtxH8MUOkfkRLjArGG9EW4DK%2B9rGSHUPw%3D%3D> [fecha de consulta: 22 de abril de 2019].

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos* [en línea]. 2010. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8335.pdf> [fecha de consulta: 22 de abril de 2019].

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general N° 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia* [en línea]. 2011. Disponible en: [https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.doc) [fecha de consulta: 6 de abril de 2019].

CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA. *Análisis Multivariable de Estudio Polivictimización en Niños, Niñas y Adolescentes realizado por la Pontificia Universidad Católica de Chile*. Santiago, Chile, Consejo Nacional de la Infancia, 2018.

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. *Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* [en línea]. 2008. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037> [fecha de consulta: 6 de abril 2019].

DÁVILA, Paulí y NAYA, Luis María. “Infancia, Educación y Códigos de la Niñez en América Latina. Un análisis comparado” [en línea]. En: *Revista Española de Educación Comparada*, n° 16, Madrid, España, UNED, 2010, págs. 213-233. Disponible en: [https://www.unicef.org/peru/spanish/Codigo\\_de\\_la\\_ninez\\_en\\_LAC.pdf](https://www.unicef.org/peru/spanish/Codigo_de_la_ninez_en_LAC.pdf). [fecha de consulta: 27 de marzo de 2019].

DE LA MATA, Norberto y PÉREZ, Machío. “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal” [en línea]. En: *Revista Penal*, n° 15, España, Universidad de Huelva, Universidad de Salamanca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2005, págs. 8-45. Disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12460/Concepto.pdf?sequence=2> [fecha de consulta: 27 de marzo de 2019].

DUQUE, Catalina. “Maltrato infantil y los delitos sexuales”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 54, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, págs. 151-158, p. 151.

ESPEJO, Nicolás. “El desafío de superar la violencia contra los niños, niñas y adolescentes en Chile”. En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Violencia sexual contra la infancia. El avance legislativo y sus desafíos*. Valparaíso, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2015.

FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, UNICEF. *Disciplina violenta en América Latina y el Caribe. Un análisis estadístico* [en línea]. 2018. Disponible en: <https://www.unicef.org/lac/informes/disciplina-violenta-en-am%C3%A9rica-latina-y-el-caribe> [fecha de consulta: 6 de abril de 2019].

FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, UNFPA. *Cinco cosas que no sabías sobre la discapacidad y la violencia sexual* [en línea]. Nueva York, Estados Unidos, Naciones Unidas, 2018. Disponible en: <https://www.unfpa.org/es/news/cinco-cosas-que-no-sab%C3%ADas-sobre-la-discapacidad-y-la-violencia-sexual> [fecha de consulta: 11 de marzo de 2019].

GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo. *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago, Chile, Tribunal Constitucional, 2014.

IRARRÁZAVAL, Cristián. *Minuta sobre las modificaciones introducidas por la ley 21.013, que “tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial”* [en línea]. Santiago, Chile, Defensoría Penal Pública, Departamento de Estudios, 2017. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/12254.pdf> [fecha de consulta: 20 de marzo de 2019].

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Segunda Edición, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2018.

MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*. Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2005.

MORLACHETTI, Alejandro. *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe* [en línea]. Santiago, Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2013. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4040/1/S2012958\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4040/1/S2012958_es.pdf) [fecha de consulta: 20 de marzo de 2019].

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. 19ª Edición, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2013.

NAVARRO, Roberto. *Los nuevos delitos de maltrato corporal relevante y trato degradante*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2018.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Segunda edición, Barcelona, España, Atelier, 2009.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española* [en línea]. 2019. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=VpzDZF6> [fecha de consulta: 28 de abril 2019].

SEPÚLVEDA, Ivonne y SOVINO, Maurizio. “Violencia de género e investigación penal: deberes y desafíos para el Ministerio Público”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017, págs. 125-171.

SERVICIO NACIONAL DEL ADULTO MAYOR, SENAMA. *Maltrato contra las personas mayores: Una mirada desde la realidad chilena* [en línea]. Santiago, Chile, Ediciones Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2013. Disponible en: <http://www.flacsochile.org/wp-content/uploads/2013/11/SENAMA-Cuadernillo3-CAMBIOS-6-de-noviembre-2013.pdf> [fecha de consulta: 11 de marzo de 2019].

SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD, SENADIS. *Manual sobre la Ley N° 20.422* [en línea]. Santiago, Chile, Servicio Nacional de la Discapacidad, s/f. Disponible en: <https://www.senadis.gob.cl/descarga/i/655> [fecha de consulta: 11 de marzo de 2019].



YON, Yongjie. “Elder abuse prevalence in community settings: a systematic review and meta-analysis” [en línea]. En: *The Lancet Global Health*, vol. 5, issue 2, Londres, Reino Unido, The Lancet, 2017, págs. 147-156. Disponible en: [https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X\(17\)30006-2/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X(17)30006-2/fulltext) [fecha de consulta: 27 de abril de 2019].

## Jurisprudencia

### Tribunal Constitucional

- Rol N° 389-03, 28 de octubre de 2003.
- Rol N° 3407-17, 20 de abril de 2017.
- Rol N° 4476-18, RUC N° 1700617470-1, 24 de enero de 2019.

### Cortes de Apelaciones

- Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 611-2018, RUC N° 1800316121-4, 06 de agosto de 2018.

### Tribunales de Juicio Oral en lo Penal

- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, RIT N° 62-2018, RUC N° 1701027564-4, 18 de julio de 2018.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, RIT N° 17-2019, RUC N° 1701039743-K, 17 de abril de 2019, considerando noveno.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT N° 155-2018, RUC N° 1700433113-3, 11 de julio de 2018.

### Juzgados de Garantía

- 2° Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N° 10660-2018, RUC N° 1800906160-2, 22 de febrero de 2019.
- 8° Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N° 165-2019, RUC N° 1800700893-3, 08 de enero de 2019.
- 15° Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N° 3140-2017, RUC N° 1700526920-2, 03 de octubre de 2017.
- Juzgado de Garantía de Chillán, RIT N° 3961-2018, RUC N° 1700973045-1, 04 de enero de 2019.
- Juzgado de Garantía de Collipulli, RIT N° 1085-2017, RUC N° 1700943306-6, 28 de mayo de 2018.

- Juzgado de Garantía de Coquimbo, RIT N° 4634-2017, RUC N° 1700806819-4, 15 de septiembre de 2017.
- Juzgado de Garantía de La Serena, RIT N° 6328-2018, RUC N° 1800771350-5, 09 de marzo de 2019.
- Juzgado de Garantía de Lautaro, RIT N° 482-2018, RUC N° 1800359836-1, 20 de noviembre de 2018.
- Juzgado de Garantía de Lautaro, RIT N° 518-2018, RUC N° 1810017896-2, 17 de julio de 2018.
- Juzgado de Garantía de Lautaro, RIT N° 174-2019, RUC N° 1900052210-7, 23 de enero de 2019.
- Juzgado de Garantía de Lautaro, RIT N° 667-2019, RUC N° 1900289995-K, 12 de abril de 2019.
- Juzgado de Garantía de Limache, RIT N° 1870-2018, RUC N° 1800740357-3, 03 de enero de 2019.
- Juzgado de Garantía de Linares, RIT N° 2544-2018, RUC N° 1800724178-6, 22 de octubre de 2018.
- Juzgado de Garantía de Mariquina, RIT N° 561-2018, RUC N° 1800658888-K, 03 de abril de 2019.
- Juzgado de Garantía de Melipilla, RIT N° 5032-2017, RUC N° 1701031007-5, 22 de noviembre de 2017.
- Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, RIT N° 7-2018, RUC N° 1700949520-7, 02 de octubre de 2018.
- Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, RIT N° 1539-2018, RUC N° 1800938250-6, 11 de marzo de 2019.
- Juzgado de Garantía de Osorno, RIT N° 5736-2017, RUC N° 1700782223-5, 24 de abril de 2018.
- Juzgado de Garantía de Osorno, RIT N° 5524-2018, RUC N° 1800813975-6, 20 de marzo de 2019.
- Juzgado de Letras y Garantía de Petorca, RIT N° 202-2017, RUC N° 1700653570-4, 28 de diciembre de 2017.
- Juzgado de Garantía de Pitrufoquén, RIT N° 1201-2017, RUC N° 1700726589-1, 06 de noviembre de 2017.
- Juzgado de Garantía de Pitrufoquén, RIT N° 1470-2017, RUC N° 1700885925-6, 02 de abril de 2018.

- Juzgado de Garantía de Pitrufquén, RIT N° 1821-2018, RUC N° 1800358238-4, 27 de marzo de 2019.
- Juzgado de Garantía de Puerto Montt, RIT N° 3535-2018, RUC N° 1700865677-0, 26 de noviembre de 2018.
- Juzgado de Garantía de Puerto Montt, RIT N° 7890-2018, RUC N° 1801005459-8, 08 de noviembre de 2018.
- Juzgado de Garantía de Puerto Varas, RIT N° 1971-2017, RUC N° 1700703794-5, 12 de diciembre de 2017.
- Juzgado de Garantía de Punta Arenas, RIT N° 3245-2018, RUC N° 1800952518-8, 06 de marzo de 2019.
- Juzgado de Garantía de Quillota, RIT N° 1181-2018, RUC N° 1800180387-1, 24 de enero de 2019.
- Juzgado de Garantía de Rengo, RIT N° 3364-2018, RUC N° 1800459108-5, 04 de octubre de 2018.
- Juzgado de Garantía de Río Bueno, RIT N° 153-2018, RUC N° 1800006132-4, 15 de febrero de 2018.
- Juzgado de Garantía de Río Bueno, RIT N° 153-2018, RUC N° 1800006132-4, 15 de febrero de 2018.
- Juzgado de Garantía de Temuco, RIT N° 7632-2018, RUC N° 1700966198-0, 10 de diciembre de 2018.
- Juzgado de Garantía de Temuco, RIT N° 9263-2018, RUC N° 1800908058-5, 19 de diciembre de 2018.
- Juzgado de Garantía de Valdivia, RIT N° 6161-2017, RUC N° 1700880256-4, 14 de febrero de 2018.
- Juzgado de Garantía de Valdivia, RIT N° 4453-2018, RUC N° 1800609987-0, 04 de diciembre de 2018.
- Juzgado de Garantía de Valdivia, RIT N° 5938-2018, RUC N° 1700788899-6, 17 de diciembre de 2018, rectificada mediante resolución de fecha 29 de enero de 2019.
- Juzgado de Garantía de Valparaíso, RIT N° 993-2018, RUC N° 1800108257-0, 27 de noviembre de 2018.
- Juzgado de Garantía de Valparaíso, RIT N° 8477-2018, RUC N° 1800119676-2, 21 de marzo de 2019.

- Juzgado de Garantía de Viña del Mar, RIT N° 12663-2018, RUC N° 1701122702-3, 06 de junio de 2018.
- Juzgado de Garantía de Viña del Mar, RIT N° 13345-2017, RUC N° 1701133963-8, 06 de julio de 2018.
- Juzgado de Garantía de Viña del Mar, RIT N° 7101-2017, RUC N° 1700617470-1, 04 de marzo de 2019.



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

---



## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL NUEVO DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

*Consuelo del Pilar Salinas Sánchez<sup>1</sup>*

---

### 1. Preámbulo / Introducción<sup>2</sup>

En los últimos años, diversas investigaciones penales, como los conocidos casos Yarur, Cascadas o La Polar, han dejado en evidencia la laguna de punibilidad existente en nuestro sistema punitivo para sancionar conductas de afectación del patrimonio ajeno por parte de quien está en una legítima posición de gestionarlo o salvaguardarlo, pero que actúa contra los intereses del mismo. Este tipo de casos son cada día más habituales, por lo cual era una deficiencia largamente reclamada por la doctrina nacional. Se trata de casos en los que el agente cuenta con un poder legítimo de disposición sobre un patrimonio ajeno que ejerce de modo irregular contra los intereses del mismo, causando con ello un perjuicio patrimonial. Mientras la estafa y la extorsión son ataques patrimoniales desde fuera, en la administración desleal el ataque proviene desde dentro<sup>3</sup>.

Si bien podríamos hablar de una especie de defraudación, la tradicional estafa no resulta suficiente para abarcar estos hechos, pues no siempre habrá engaño e incluso, si lo hubiese, es el que engaña quien finalmente realiza la disposición patrimonial, es por esto que se habla de ataques al patrimonio “desde adentro”, esto es, por parte de quien o quienes reciben el encargo de velar por los intereses de un patrimonio ajeno.

- 
- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado (ULDDECO), Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
  - 2 Agradezco al abogado Marcelo Contreras, Subdirector Jurídico de ULDDECO, por sus valiosos comentarios y sugerencias que contribuyeron a dar forma y sentido al presente trabajo. Los errores subsistentes son, por supuesto, propios.
  - 3 CONTRERAS, Marcos. Constelaciones de casos de administración desleal [en línea], 25 de enero de 2019. El Mercurio Legal. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2019/01/25/Constelaciones-de-casos-de-administracion-desleal.aspx> [fecha de consulta: 04 de mayo de 2019].



Anteriormente, a falta de un tipo penal de administración desleal, nuestra doctrina sostenía la posibilidad de encuadrar esta conducta en el delito de apropiación indebida (artículo 470 N° 1 del Código Penal), específicamente en su modalidad de distracción<sup>4</sup>. El Ministerio Público en más de alguna oportunidad echó mano de este planteamiento dogmático como mecanismo de persecución de conductas como las ya descritas, pero con un muy mal rendimiento a nivel jurisprudencial, fundamentalmente debido a que este tipo de casos versan sobre la administración de la totalidad de un patrimonio – universalidad jurídica, inmaterial– lo que supone la indeterminación del objeto material, mientras que del tenor literal del artículo 470 N° 1 se desprende que *para que exista apropiación indebida tiene que tratarse de una cosa mueble, corporal, nunca una inmaterialidad, una cosa incorpórea como el patrimonio*<sup>5</sup>.

Bajo este panorama jurídico, y en un contexto de desarrollo económico caracterizado por la formación de grandes capitales y la creciente separación entre administración y titularidad del patrimonio<sup>6</sup>, la incorporación de un tipo penal que regulara de forma autónoma el delito de administración desleal era no solo necesaria, sino que imprescindible.

Este artículo pretende ofrecer una aproximación y análisis del recientemente introducido delito de administración desleal y su estructura típica, basado fundamentalmente en la doctrina española y alemana, dando un vistazo a la legislación comparada y haciendo un diagnóstico inicial de algunas cuestiones problemáticas que la aplicación del tipo penal pudiese plantear, teniendo siempre presente que aún no se ha llevado a juicio ninguna investigación por este delito.

## Breve historia de la Ley N° 21.121

Publicada en el Diario Oficial el 20 de noviembre de 2018, la Ley N° 21.121 que modifica el Código Penal, la Ley N° 20.393, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, y la Ley N° 19.913, sobre lavado de activos, en lo relativo a diversas conductas penales relacionadas con la corrupción y conflictos

4 En este sentido: HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “La Administración desleal en el derecho penal chileno”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 2005, Semestre I, págs. 201-258; MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Apropiación y distracción indebidas. “Una propuesta de reconstrucción unificadamente dualista del art. 470 n° 1 del Código Penal”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección Estudios. Año 25 – N° 1, Antofagasta, Universidad Católica del Norte, 2018, págs. 153-180.

5 Fallo Caso Yarur, 3er Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 6 de mayo de 2014, RUC N° 1110012155-9, RIT N° 262-2013, considerando 10°.

6 HERNÁNDEZ BASUALTO, ob. cit., p. 240.

de interés, no sólo crea nuevos tipos penales, a saber: Administración desleal y Corrupción entre privados, además de aumentar las penas en algunos delitos de corrupción y realizar modificaciones sustantivas a otros, sino que aumenta el catálogo de delitos base de responsabilidad penal de la persona jurídica, incorporando, a los ya existentes –cohecho, soborno, lavado de activos, financiamiento al terrorismo y receptación– la apropiación indebida, la negociación incompatible y los dos nuevos delitos ya mencionados. Asimismo, aumenta el catálogo de delitos base de lavado de dinero del artículo 27 de la Ley 19.913, al incorporar como delitos base la apropiación indebida y la administración desleal.

El proyecto de ley se inició por moción de los H. Senadores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, basado en los lineamientos de la Convención de Naciones Unidas en contra de la Corrupción, promulgada en Chile por Decreto N°375 de 23 de noviembre de 2006 y publicada en el Diario Oficial de 30 de enero de 2007. Con la finalidad de dar cumplimiento a estos estándares internacionales es que el proyecto contempló la incorporación de del delito de administración desleal, pues la citada Convención dispone en su artículo 22 que: *“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo”*<sup>7</sup>.

Fueron invitados a participar de la discusión del proyecto los académicos Héctor Hernández, Jean Pierre Matus, y Gonzalo Medina. También participó de la discusión el Ministerio Público, en el primer y segundo trámite constitucional.

La propuesta original era incorporar el siguiente texto bajo el párrafo 7° del título VI del libro II del Código Penal de los crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas. Finalmente se optó por vincularlo a los delitos contra el patrimonio, incorporándolo al párrafo 8° del título IX del Libro II del Código Penal, donde se regulan, entre otros ilícitos, los fraudes por abuso de confianza, entendiendo que el delito de administración desleal es una especie de este género. Se agregó en definitiva una nueva hipótesis en el número 11 del artículo 470 del Código Penal, lo que permite un buen orden de coherencia punitiva en base a la regla general

7 Historia de la Ley 21.121 [en línea], p. 5. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7597/> [fecha de consulta: 11 de abril de 2019].

para ese tipo de ilícitos contenida en el artículo 467 que gradúa la pena según el perjuicio causado (en este sentido expuso Héctor Hernández).

Por último señalar que la incorporación del delito de administración desleal dentro del catálogo del artículo 27 de la Ley 19.913, se debió en parte a la observación del Ministerio Público al respecto (apoyado por Gonzalo Medina), toda vez se trata de conductas que pueden generar importantes ganancias ilícitas para sus autores, creando incentivos perversos para su ocultamiento y reingreso a la actividad económica formal.

### 3. Legislación comparada

A nivel comparado, se trata de un tipo penal presente en la mayoría de las legislaciones penales modernas. A modo ilustrativo expondremos algunos ejemplos:

- i. En Alemania, se sanciona el Untreue, figura que sirvió de base a nuestro delito de administración desleal y que se encuentra previsto y sancionado en el § 266 StGB: *“El que abusa de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se le ha conferido mediante ley, encargo de autoridad o acto jurídico, o que infringe el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, que se le ha impuesto en virtud de ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, y con ello inflinge un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa”*<sup>8</sup>.

Se trata de una figura que contempla dos tipos penales, uno de abuso y otro de infidelidad, modelo que nuestra legislación replicó y que analizaremos en el siguiente apartado. Se critica que es un tipo penal amplio e indeterminado, tanto así que se ha llegado a impugnar su constitucionalidad como infractor del principio de taxatividad. En sentencia del Tribunal Constitucional alemán de fecha 23 de junio de 2010, este se pronunció por la constitucionalidad del tipo penal<sup>9</sup>.

8 Traducción extraída de ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. “El tipo penal de administración desleal en el Derecho penal alemán”. En: Revista penal, N° 23, Logroño, Universidad de La Rioja, enero 2009. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2796972> [fecha de consulta: 07 de mayo de 2019].

9 DOLZ LAGO, Manuel. El delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida, tras la l.o.1/2015. Ponencia Centro de Estudios Jurídicos [en línea], mayo 2017, p. 29. Disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Manuel%20Jesus%20Dolz%20Lago.pdf?idFile=7b8d4609-7ef0-4bf8-bbe7-cec63158a55e](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Manuel%20Jesus%20Dolz%20Lago.pdf?idFile=7b8d4609-7ef0-4bf8-bbe7-cec63158a55e) [fecha de consulta: 09 de mayo de 2019].

- ii. En España el delito de administración desleal se introduce por primera vez en el Código Penal de 1995 y se opta por crear un delito de administración desleal societario. En 2015, mediante LO 1/2015, se decidió suprimir el artículo 295, modificar la antigua apropiación indebida e introducir un delito de administración desleal más amplio en el actual artículo 252 que reza: *“Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.*

*Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.*

Adoptando el modelo alemán, la reforma de 2015 optó por la creación de un delito genérico de administración desleal, aunque se critica igualmente la falta de taxatividad y la ambigüedad de la expresión *“infrinjan excediéndose...”*, pues no es claro para parte de la doctrina española si el modelo comprende únicamente el tipo de abuso o si se recoge además la modalidad de infidelidad<sup>10</sup>.

- iii. En Argentina el delito de administración fraudulenta se encuentra tipificado por el artículo 173, inciso 7, del Código Penal, inserto en el Capítulo 4 de los delitos contra la propiedad (Título 6 del Libro II), destinado a la agrupación de las estafas y otras defraudaciones.

El texto legal es el siguiente: *“El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos”.*

Este delito fue introducido al ordenamiento jurídico vigente por la Ley “de facto” N° 17.567, del año 1967, y mantenida después por la Ley N° 20.509, de 1973. La dogmática argentina considera que el delito pertenece al género del abuso de confianza (incluso algunos autores hablan de administración infiel) y es el delito del individuo

10 NIETO MARTÍN, Adán. “Administración Desleal y Apropiación Indebida”. En: MATA, Norberto; GOMEZ-ALLER, Jacobo; LASCURAIN, Juan Antonio; NIETO, Adán. Derecho Penal Económico y de la Empresa, Madrid, Editorial Dykinson, 2018, p. 253.

que habiendo sido nombrado gestor fiduciario para llevar a cabo una actividad administrativa en interés de otras personas, abusa de la confianza que se le otorga, al convertir indebidamente en provecho propio las cosas mismas que se le han entregado para administrarlas, o las ganancias que de su administración obtiene<sup>11</sup>.

- iv. El Código Penal peruano en el artículo 198 CP, modificado por la Ley N° 28.755, publicada el 06 de junio de 2006, y la Ley N° 29307, publicada el 31 de diciembre de 2008, recoge ocho modalidades típicas. Así, el citado artículo señala:

*“Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:*

- 1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.*
- 2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.*
- 3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.*
- 4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.*
- 5. Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.*
- 6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.*

<sup>11</sup> FIGARI, Rubén. “Pormenores de la administración fraudulenta (art. 173 inc. 7° C.P)” [en línea] En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año VI, Número 6, Argentina, Editorial La Ley, Julio 2016. Disponible en: <http://www.rubenfigari.com.ar/pormenores-de-la-administracion-fraudulenta-art-173-inc-7o-c-p/> [fecha de consulta: 07 de mayo de 2019].

7. *Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.*

8. *Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.*

- v. En Italia, hasta el año 2002 no existía tipo penal de administración desleal, este fue introducido por el Decreto Legislativo de 2002 que tipificó la *infedeltà patrimoniale*.

El delito previsto en el artículo 2634 del Código Civil Italiano tiene el siguiente contenido:

*“Los administradores, los directores generales y liquidadores que, teniendo un conflicto de intereses con la sociedad, y con el fin de obtener para sí o para terceros un beneficio injusto u otra ventaja, realizan o contribuyen en la deliberación de actos de disposición de los bienes sociales, causando intencionadamente a la sociedad un perjuicio patrimonial, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años.*

*La misma pena se aplica si los hechos son cometidos en relación a bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros, causando a estos últimos un perjuicio patrimonial.*

*En todo caso no se considera injusto el beneficio de la sociedad vinculada o del grupo, en tanto que sea compensado por ventajas, conseguidas o fundadamente previsibles, derivadas de la vinculación o pertenencia al grupo.*

*Los delitos previstos en el primer y segundo párrafo se persiguen a través de querrela de la persona ofendida”.*

Se trata entonces de un modelo de administración desleal societaria, cuyo bien jurídico protegido no es cualquier patrimonio, sino el patrimonio social. El presupuesto de la conducta típica es el conflicto de interés del administrador, quien participando de una deliberación o realizando alguna operación que suponga disposición de bienes sociales, cause un perjuicio al patrimonio social. El legislador italiano no ha incluido ninguna referencia al abuso de poderes o a la violación de deberes por parte de los sujetos cualificados<sup>12</sup>, a diferencia del legislador alemán, español y, como veremos, el chileno.

12 GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa. “El tratamiento de la administración desleal en el sistema italiano: el delito de infedeltà patrimoniale” [en línea] En: *Cuadernos de Política Criminal*. Segunda Época. Núm. 123, diciembre 2017, Madrid, Editorial Dykinson, págs. 177-212. Disponible en: <https://app.vlex.com> [fecha de consulta: 15 de abril de 2019].

#### 4. El tipo penal de administración desleal en nuestro ordenamiento jurídico

El siguiente es el texto completo que se incorporó al Código Penal en el nuevo numeral 11 del artículo 470 y cuyas particularidades revisaremos en este apartado:

*“Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado.*

*Si el hecho recayere sobre el patrimonio de una persona en relación con la cual el sujeto fuere guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad, se impondrá, según sea el caso, el máximo o el grado máximo de las penas señaladas en el artículo 467.*

*En caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial, el administrador que realizare alguna de las conductas descritas en el párrafo primero de este numeral, irrogando perjuicio al patrimonio social, será sancionado con las penas señaladas en el artículo 467 aumentadas en un grado. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero.*

*En los casos previstos en este artículo se impondrá, además, pena de multa de la mitad al tanto de la defraudación”.*

A partir de una revisión inicial del inciso primero, es posible que surjan algunas interrogantes, por ejemplo, en torno al bien jurídico protegido por este delito, o respecto de quiénes podrán ser autores, ¿es un delito de infracción de deber o de posición?, ¿cuáles serán las conductas que perfeccionarán el tipo penal?, sobre todo si se tiene presente que el tipo contempla una clausula genérica (*cualquier otra acción*) y que, generalmente, este delito se producirá en un contexto empresarial y de negocios, por lo que siempre existirá la dificultad de distinguir entre una mala administración o un negocio que fracasó y una administración destinada a defraudar.

Este delito incluye además dos hipótesis agravadas –las que dada la extensión de este trabajo no analizaremos en detalle– que imponen penas más altas a: (a) los guardadores, tutores o curadores y a los que bajo otra calidad sean administradores del patrimonio de personas incapaces de administrar sus bienes, y (b) a los administradores de sociedades anónimas abiertas o especiales.

En primer lugar, y antes de entrar en el análisis de la estructura del tipo penal, parece importante hacer una breve mención al bien jurídicamente protegido por este delito.

El tipo penal chileno adopta el modelo alemán (*Untreue*), lo que se refleja en distintos aspectos del tipo penal como más adelante veremos. En lo que respecta al bien jurídico, en Alemania históricamente se llegó a sostener que el injusto de administración desleal consistía (de forma exclusiva o junto a un menoscabo del patrimonio) en un menoscabo a la *confianza* que el titular del patrimonio había depositado en el administrador<sup>13</sup>. Hoy, sin embargo, la doctrina, tanto en Alemania como en España, está de acuerdo en que la administración desleal es un delito estrictamente patrimonial, y la infracción del deber de lealtad es el medio comisivo<sup>14</sup>.

No parece ser distinto en nuestra legislación. No sólo de la ubicación sistemática del precepto –párrafo 8 del Título IX de los Crímenes y Simples Delitos contra la Propiedad–, sino que del tenor literal del 470 N° 11 se desprende que lo que se busca proteger de forma principal es el patrimonio, pues se sanciona al que irroque perjuicio al patrimonio de otra persona, así no cualquier ejercicio abusivo de facultades de disposición ni cualquier ejecución u omisión de acciones de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio serán típicamente relevantes, sino sólo aquellas que produzcan un perjuicio en el patrimonio ajeno. Interesante es el símil que Nuria Pastor hace con el delito de estafa al señalar que el legislador no castiga la mentira en sí, sino el menoscabo del patrimonio ajeno mediante la mentira instrumentalizadora de la decisión de disposición del otro<sup>15</sup>.

Ahora bien, la ajenidad del patrimonio –“*de otra persona*” señala textual la norma–, podría dar lugar a problemas, por ejemplo, frente a la circunstancia de ser uno de los socios de una empresa quien a su vez administra el patrimonio social. Algunos autores españoles sostienen que al tratarse de sociedades, el patrimonio, como bien jurídico protegido, no es el social sino el individual de cada uno de los socios o titulares de bienes, valores o derechos sociales y bajo ese planteamiento, el patrimonio social sería el objeto material y el patrimonio individual de los socios sería el bien jurídico tutelado<sup>16</sup>. Sin

---

13 PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal* [en línea]. Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, octubre 2016, p. 3. Disponible en: [www.indret.com](http://www.indret.com). [fecha de consulta: 04 de mayo de 2019].

14 Cfr. PASTOR, ob. cit., y ROJAS, ob. cit.

15 PASTOR, ob. cit., p. 3.

16 LUZON PEÑA, Diego; ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *La Administración Desleal Societaria en el Derecho Penal Español* [en línea]. ISSN 1993-4505, N° 16, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, 2013, p. 198. Disponible en: [www.indret.com](http://www.indret.com). [fecha de consulta: 04 de mayo de 2019].



embargo, nuestro tipo penal no distingue, sino que plantea la irrogación de un perjuicio –que debe entenderse en un sentido patrimonial, en la medida que se trata de un tipo penal enmarcado dentro de los delitos patrimoniales<sup>17</sup>– al patrimonio de otra persona e incluso contempla una agravante para los casos en que el patrimonio encomendado **fuere el de una sociedad anónima abierta o especial** (énfasis añadido), parece claro que lo protegido es el patrimonio, sea que este pertenezca a una persona natural o a una persona jurídica. Si el fin de la norma penal es la protección del patrimonio y en el caso de las sociedades es, en estricto rigor, la persona jurídica la titular del patrimonio, sólo es posible entender que la función de la norma penal será la protección del patrimonio de la sociedad frente a actos de la administración, incluso de los propios socios<sup>18</sup>.

Frente a una situación en que todos los socios sean administradores (situación muy común en sociedades de responsabilidad limitada de pocos socios) y en conjunto ejecuten alguna acción que resulte manifiestamente contraria al interés de la sociedad irrogando perjuicio al patrimonio de la persona jurídica, en cuyo caso pese a que hay formalmente afectación de un “patrimonio ajeno”, en palabras de Luis Emilio Rojas, *materialmente* no hay injusto típico de administración desleal, pues quienes tienen el poder de definir los fines del patrimonio consienten en el acto perjudicial<sup>19</sup>. Eventualmente, podrían configurarse otros tipos penales de índole concursal, pero no administración desleal.

En relación con lo anterior, y tratándose en definitiva de un bien jurídicamente protegido con carácter de disponible, será entonces admisible la eficacia justificante del consentimiento del interesado<sup>20</sup> –teniendo siempre presente que si se trata de una sociedad la decisión debe haber sido tomada por unanimidad, ya que de existir oposición de alguno de los socios el

17 GARCÍA CAVERO, Percy. *La Administración Fraudulenta de Persona Jurídica* [en línea]. Argentina, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2014. Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/area2/administracion%20fraudulenta%20de%20pj.%20Garcia%20Cavero.pdf> [fecha de consulta: 11 de abril de 2019].

18 ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. “Administración Desleal y Consentimiento”. En ZIFFER, Patricia (dirección). *Jurisprudencia de Casación Penal*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, 2011, Tomo 3, págs. 27-28.

19 ROJAS, ob. cit., p. 29.

20 En este sentido CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed. actualizada, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 370; ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed. actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo I, págs. 240-242. Otros autores como Juan Bustos, Claus Roxin y Santiago Mir, han planteado que se trataría de una causal de exclusión de la tipicidad.

consentimiento no será válido— y la procedencia de los acuerdos reparatorios como salida alternativa en el proceso penal.

Sabemos que el patrimonio puede comprender bienes, derechos y obligaciones, pero, ¿qué pasa con las expectativas de ganancia que se ven frustradas producto del ejercicio abusivo de facultades de disposición o por la ejecución de una acción u omisión manifiestamente contraria al interés del titular del patrimonio? Para despejar esta interrogante es posible acudir a la dogmática de la estafa y a los conceptos de patrimonio y perjuicios desarrollados a su respecto. Según el concepto de patrimonio que se adopte podremos (o no) considerar que la frustración de una expectativa de ganancia supone un menoscabo en el patrimonio de que se trate. Adoptando el concepto mixto o económico-jurídico de patrimonio, que es el que mayoritariamente acoge la doctrina tanto española como nacional y también nuestra jurisprudencia, podrían integrar dicho concepto las expectativas de aumento patrimonial, siempre que junto con los requisitos de certeza y determinación, el valor económico de dichas expectativas pueda ser realizado a través de un negocio jurídico de cambio aprobado por el ordenamiento jurídico<sup>21</sup> y, como sostienen Pastor y Coca<sup>22</sup>, siempre que la realización del lucro dependa únicamente del administrador. Quedan así excluidas del concepto de patrimonio las expectativas generales e indeterminadas, las meras esperanzas, y aquellas expectativas sin reconocimiento jurídico o derechamente ilícitas<sup>23</sup>.

Ahora bien, entrando al análisis del elemento perjuicio, para algún sector de la doctrina española, la naturaleza esencialmente dinámica del patrimonio hace que existan peligros equivalentes al resultado perjuicio (en Chile, Héctor Hernández habla de peligros “*constitutivos de*”), de manera tal que no será necesario esperar a que se produzca la merma efectiva, porque ya ese estado podría implicar una disminución del valor económico, siempre que ya no sea posible hacer una distinción cualitativa con la configuración del perjuicio. En este sentido, pese a que se trata de un delito de resultado, bastaría con la causación de un peligro concreto para el patrimonio para castigar un hecho

21 SCHALACK MUÑOZ, Andrés. “El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa” [en línea]. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 2, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, págs. 261-292. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372008000200003#136](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000200003#136) [fecha de consulta: 01 de mayo de 2019].

22 PASTOR, ob. cit., págs. 15-16.

23 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Aproximación a la problemática de la estafa”. En: VV. AA., *Problemas actuales de Derecho Penal*, Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003, p. 174.

en grado de tentativa a título de consumación<sup>24</sup>. Así, si el administrador de una sociedad otorga un crédito a una empresa sabiendo que esta nunca podrá pagarlo, desde el momento que se otorga el crédito la empresa vale mucho menos, el crédito incobrable disminuye de inmediato el patrimonio, no será necesario esperar al vencimiento del crédito. Este planteamiento, sin embargo, y la eventual acogida que pudiese tener en nuestros tribunales, dependerá de su desarrollo a nivel dogmático en Chile, pues pese a que la jurisprudencia mayoritariamente adhiere al concepto económico-jurídico, la exigencia de un detrimento real y efectivo en el patrimonio de la víctima ha sido tradicionalmente el requisito forzoso para entender consumada la estafa.

Para terminar con este punto, es necesario precisar que el tipo penal no exige que el sujeto activo o un tercero experimenten un beneficio a partir del perjuicio causado, como sí lo hacen algunos delitos patrimoniales (como el fraude de seguros, por ejemplo). En el caso de la administración desleal la obtención de un beneficio por parte de quien irroga el perjuicio formaría parte de la fase de agotamiento del delito, pero no es un elemento integrante del tipo ni un requisito de punibilidad. Si el sujeto activo o un tercero obtienen ganancias y ocultan o disimulan los bienes o su origen, entonces podríamos estar en presencia del delito de lavado de activos pues, como ya se adelantó, este delito forma parte del catálogo de delitos base de lavado desde su incorporación al Código Penal.

Respecto al tipo subjetivo del delito de administración desleal, de acuerdo a lo expresado durante la discusión del proyecto de ley, se trata de una figura dolosa que no sanciona el mero descuido (no admite culpa), sino sólo la perpetración voluntaria del acto que implica un conflicto de interés<sup>25</sup>. No exige la concurrencia de un elemento subjetivo distinto del dolo (como sería el ánimo de lucro), basta con el dolo que consiste en conocer que existe un exceso en las facultades de disposición que genera un riesgo desaprobado de perjuicio patrimonial. Admite entonces dolo eventual<sup>26</sup>.

Interesa a continuación referirnos al sujeto activo del delito de administración desleal. Al igual que su símil alemán, se trata de un delito especial, es decir, que sólo puede ser cometido por quien tiene a su cargo la salvaguarda o gestión de todo o parte del patrimonio de otra persona. Siguiendo el planteamiento

24 Cfr. ROJAS, Luis Emilio. “Perjuicio Patrimonial e Imputación Objetiva”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2011, págs. 415 – 434; HERNÁNDEZ, “Aproximación...”, ob. cit., p. 173.

25 Historia de la Ley 21.121 [en línea], p. 195. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/7597/> [fecha de consulta: 11 de abril de 2019].

26 NIETO, ob. cit., p. 267.

de Roxin, es posible catalogar a la administración desleal como un delito de infracción de deber (en oposición a los delitos de dominio o posición), pues quien tiene a su cargo la gestión o salvaguarda del patrimonio ajeno se encontraría sujeto a un *deber jurídico especial* (al igual como ocurre en los delitos de funcionario público)<sup>27</sup>.

Este deber de salvaguarda o gestión del patrimonio (o de *tutela del patrimonio* como se denomina en el derecho penal alemán), de acuerdo al N° 11 del artículo 470, puede tener su origen en la ley (Código Civil, Código de Comercio, etc.), una orden de autoridad (por ejemplo, en el contexto de un procedimiento concursal o de interdicción) o en un acto o contrato (un mandato o mediante la designación en el cargo de Gerente General de una empresa, por ejemplo). Pero lo que realmente interesa es dar luces acerca del contenido de ese deber.

Durante la discusión del proyecto, se previó que *la noción de persona obligada a salvaguardar un patrimonio ajeno es un concepto jurídico nuevo e indeterminado, y es también muy previsible que se preste para un sinfín de discusiones probatorias*. Al respecto se señaló que la expresión “salvaguarda” apunta a la persona que, sin tener la calidad formal de administrador de los bienes de un tercero, puede estar en la posición de tener la obligación de proteger sus bienes, dando como ejemplo la situación del padre o la madre que, sin tener la patria potestad de su hijo menor de edad, puede quedar obligado a salvaguardar sus bienes, lo que implicaría una obligación de no atentar respecto de ese patrimonio.

En relación con el contenido de la obligación de salvaguardar, se explicó que la fuente de este deber está en distintas normas del derecho civil y comercial, que obligan a ciertos sujetos que, sin ser mandatarios, tienen la obligación de adoptar providencias conservativas respecto de terceros que por una situación excepcional no están en condiciones de administrar lo propio.

En este mismo sentido, la doctrina alemana entiende que el deber de tutela de intereses patrimoniales ajenos significa preocuparse de ellos en lugar del dueño, ocuparse de los mismos en beneficio y utilidad de éste, lo que conlleva asumir responsabilidad y, en consecuencia, cuidar en forma auto-responsable de los negocios por él y para conservación y aumento de los intereses confiados, que de otra manera él mismo habría tenido que realizar<sup>28</sup>. Feijoo Sánchez por su parte sostiene que, para quien detenta el rol de administrador

27 GÓMEZ MARTIN, Víctor. “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores” [en línea]. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 14-01, Granada, Universidad de Granada, 2012, ISSN 1695-0194. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf> [fecha de consulta: 04 de mayo de 2019].

28 ROJAS, ob. cit. “Administración Desleal...”, p. 145.

de una sociedad se derivan no sólo deberes negativos de “no atentar contra el patrimonio ajeno” (idea que se deriva del principio del *neminem laedere*), sino también “deberes positivos o de lealtad”. El administrador de una sociedad no recibe una “cosa” (una empresa, un patrimonio, etc.) para devolverla o entregarla, sino que adquiere un deber de gestión leal de un patrimonio organizado como sociedad derivado de sus competencias y capacidades de decisión<sup>29</sup>.

El precepto no define de forma concreta las conductas que suponen administración desleal (como sí lo hace con la estafa, por ejemplo), pero sí define las formas de infracción del deber, esto es: i) ejerciendo abusivamente las facultades para disponer del patrimonio, o ii) ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio.

La redacción del artículo 470 N° 11 permite distinguir entre el supuesto de infracción al deber fiduciario y el supuesto de abuso de poder<sup>30</sup>, o si se quiere seguir la denominación utilizada por la doctrina alemana, un tipo de abuso y un tipo de infidelidad. El tipo de abuso, supone hacer un uso excesivo de las facultades conferidas para gestionar el patrimonio ajeno, aprovechándose de dicha potestad. El tipo de infidelidad dice relación con un comportamiento que de forma evidente infringe el deber de salvaguarda. La discusión en Alemania gira en torno a si ambas hipótesis exigen por igual el vínculo entre el agente y la víctima, o si esta exigencia rige sólo para el tipo más amplio, el de infidelidad. A partir de un pronunciamiento del Tribunal Supremo Alemán, la postura dominante es la que exige un especial deber de cuidado respecto del patrimonio de la víctima en ambas hipótesis (teoría monista)<sup>31</sup>, y aunque en este trabajo se sostiene la misma postura, la tendencia de la dogmática chilena al respecto aún no es clara, máxime si la teoría monista no está exenta de críticas.

Desde la perspectiva monista, la diferencia entre ambos tipos es que el tipo de infidelidad sería el tipo genérico o residual, mientras que el de abuso, por sus características, vendría a ser la especie. El tipo de abuso requeriría la celebración, contraria a deber y perjudicial, de actos jurídicos con efecto

29 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial*. Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, mayo 2009, p. 7. Disponible en: [www.indret.com](http://www.indret.com) ob. cit., p. 35. [fecha de consulta: 04 de mayo de 2019].

30 BASCUÑÁN, Antonio. La administración desleal bien conocida. *Revista Capital* [en línea]. 15 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.capital.cl/la-administracion-desleal-bien-conocida/> [fecha de consulta: 18 de abril de 2019].

31 HERNÁNDEZ, ob. cit. “La Administración desleal...”, págs. 243-244.

vinculante para el patrimonio de la víctima, mientras que en los casos restantes sólo podría tener aplicación el tipo genérico de infidelidad<sup>32</sup>.

En el tipo de abuso, la situación de indefensión del patrimonio ante quien puede concluir negocios en nuestro nombre es notoria, pero también lo es el perjuicio que ocasiona: porque el Derecho Civil no permite a la víctima del delito anular el negocio jurídico que la persona que lo representa de una forma válida ha celebrado en su nombre. La víctima de un robo siempre puede recuperar la misma bicicleta que le robaron, pero la sociedad, aunque puede ejercer una acción de responsabilidad social, no puede recuperar el inmueble que su administrador vendió a un precio por debajo del mercado<sup>33</sup>.

En el tipo de infidelidad, que expresamente admite comportamientos activos y omisivos, el autor utiliza el poder que tiene “puertas para adentro” y lesiona el patrimonio mediante su capacidad de gestionar, ordenar o tomar decisiones que afectan a la función de activos patrimoniales<sup>34</sup>.

Seguramente, en la práctica, ambos tipos generarán dudas y problemas de interpretación. ¿Cuándo será abusiva la gestión en los casos en que se han conferido poderes amplios de administración? ¿Cómo se determina cuál es el interés del administrado?

La valoración de la conducta como típica dependerá de cómo se encuentren previamente definidas las relaciones jurídicas. El injusto penal es, obviamente, un injusto cualificado, pero el desvalor jurídico-penal de la conducta no puede ser ajeno al contexto normativo o al tipo de relaciones jurídicas establecidas en el subsistema correspondiente. En el mismo sentido, si el orden primario permite determinados comportamientos, entendiéndolos como conformes a las normas administrativas o mercantiles, ello debe ser tenido en cuenta para determinar la atipicidad o permisión de la conducta. El umbral de la tipicidad o la permisión de las conductas no se puede determinar sin tener en cuenta el sustrato normativo sobre el que se está actuando, especialmente cuando existen deberes especiales<sup>35</sup>. Así, cuando las condiciones de la delegación de facultades o el interés del administrado no estén determinadas, posiblemente la única alternativa será recurrir a las reglas del Derecho Civil y Comercial (importante tener presente la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas y su reglamento). No obstante lo anterior, la normativa extrapenal no debe

---

32 *Ibíd.*

33 NIETO, *ob. cit.*, p. 252.

34 *Ibíd.*

35 FEIJOO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 9.

ser entendida como una *ratio essendi*, sino simplemente como una *ratio cognoscendi*. Ni todo incumplimiento de una norma extrapenal representa una conducta típica, ni siempre la ausencia de infracciones extrapenales supone la constatación de una conducta permitida<sup>36</sup>.

Al respecto es importante reforzar la idea de que la sola infracción del deber de los deberes cuidado respecto a los intereses y patrimonio ajeno no completa el injusto mientras no se produzca una afectación del patrimonio, debiendo existir una conexión de imputación entre ambos elementos<sup>37</sup>. Para afirmar la imputación objetiva del resultado es necesario que la conducta haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, sin embargo, la dificultad en torno a esta figura radica en que la labor de administración de patrimonios ajenos puede ser considerada una actividad de riesgo en sí misma y que, por otra parte, los niveles de riesgo permitidos dependerán, no sólo del tipo de gestión y de quien sea el titular del patrimonio de que se trate, sino que de la propia evolución social en este ámbito. Al respecto, Feijoo hace referencia a las actuales normas de “buen gobierno corporativo”, y sostiene que inciden en mayores exigencias con respecto a los deberes de transparencia y lealtad de los administradores de sociedades, señalando además que un sistema jurídico que tiende a establecer mayores niveles de exigencia con respecto a los deberes de transparencia y lealtad de los gobiernos corporativos de las sociedades que, por ejemplo, cotizan en mercados de valores, reduce los ámbitos de riesgo permitido (restringe la libertad de los administradores), y, en consecuencia, amplía el ámbito de tipicidad de la administración desleal<sup>38</sup>.

Varios de los puntos tratados más arriba merecerían un tratamiento mucho más acabado, y quedan varios tópicos sin abordar que debiesen ser expuestos y analizados en profundidad, como por ejemplo el problema de los administradores de hecho o las figuras de coautoría y participación, temas que nos gustaría analizar más adelante, cuando ya se hayan presentado los primeros casos respecto de este delito.

## 5. Conclusiones

Resulta positiva la inclusión de un tipo de administración desleal en nuestro ordenamiento jurídico, lo que viene a dar respuesta a una deuda reclamada

---

36 Ibid., p. 32.

37 ROJAS, ob. cit. “Administración Desleal...”, p. 166.

38 Ibid., 35-36.

desde hace varios años por la doctrina y la jurisprudencia nacional, sobre todo, teniendo en consideración la sofisticación y aumento de las nuevas formas de organización empresarial, como también las normas de administración referidas a un buen gobierno corporativo.

Teniendo a la vista la tipificación penal de una serie de países, podemos advertir que nuestro legislador optó por un modelo parecido al alemán: norma de carácter amplio compuesto por dos tipos penales –uno de abuso y otro de infidelidad– que pretende abarcar la mayor cantidad de hipótesis. Al ser un delito de resultado, no bastará la sola infracción del deber de cuidado, sino que requiere de un perjuicio en el patrimonio ajeno, elemento que como ya se adelantó, seguramente será uno de los más discutidos a nivel jurisprudencial.

Resultará interesante ver la forma como los distintos operadores jurídicos aplicarán las nuevas normas introducidas, siendo relevante tener presente que el tipo penal de administración desleal es un delito base para efectos del delito de lavado de dinero y para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica. Evidentemente, lo anterior trae como consecuencia que las diversas empresas deberán actualizar sus modelos de prevención considerando los riesgos asociados a la comisión de estos nuevos delitos, que como señalamos anteriormente, tienen la particularidad de ser ataques “desde adentro”, lo que implica que las empresas deberán tomar resguardos distintos.

Quedaremos atentos a cómo se va generando un acervo jurisprudencial que permita generar límites objetivos a lo que, por ejemplo, deberemos entender por *salvaguardar un patrimonio*, ya que como se señalaba en la historia de la ley se trata de un concepto jurídico nuevo e indeterminado para cuya delimitación será necesario recurrir a normativa extrapenal.



## CONTENIDOS

### Artículos

Evolución del concepto de dolo  
*Cristóbal Hasbún López*

Jurisprudencia de la Corte Suprema del trienio  
2016-2018 sobre aspectos sustantivos de la  
Ley N° 20.000  
*Manuel Rodríguez Vega*

La orden de detención nacional y su rol  
en el procedimiento de extradición activa  
*Daniel Soto Betancourt*

Maltrato en contra de personas en situación de  
vulnerabilidad: un análisis a dos años de la entrada  
en vigencia de la Ley N° 21.013  
*Maurizio Sovino Meléndez*

Algunas consideraciones sobre el nuevo  
delito de administración desleal  
*Consuelo del Pilar Salinas Sánchez*

### Sentencias Comentadas

Comentario a sentencia definitiva del Tribunal Oral  
de Los Ángeles que condena a *Extraneus* como  
autora de delito de fraude al Fisco  
*Rodrigo Durán Fuica*