

ISSN: 0718-6479



# Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº41 - DICIEMBRE 2009

# REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

---

N°41 - Diciembre 2009

**Fiscal Nacional y Representante Legal:**

*Sabas Chahuán Sarrás*

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

*Pablo Campos Muñoz*

**Comité Editorial:**

*Pablo Campos Muñoz*  
*Coordinador*

*Sandra Luco Castro*

*Ricardo Mestre Araneda*

*María Cecilia Ramírez Guzmán*

*Manuel Zárate Campos*

**Colaboradora:**

*Andrea González Leiva*

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

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

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

E-mail: [sluco@minpublico.cl](mailto:sluco@minpublico.cl)

Teléfono: 690 9293

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

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

# ÍNDICE

## PRÓLOGO

### I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

#### Sentencias Comentadas

Sentencia de la Excma. Corte Suprema que acoge recurso de nulidad por errónea aplicación de derecho. Suspensión del curso de la prescripción de la acción penal 11

*Pablo Campos Muñoz*

Recurso de queja rechazado. Omisión de señalar cómo se invocan las causales en el recurso de nulidad 22

*Pablo Campos Muñoz*

#### Fallos

Rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa. Robo con violencia o intimidación alegando orden falsa de alguna autoridad o dándola por sí fingiéndose funcionario público. Ánimo de apropiación. *Iter criminis* 24

*Corte Suprema*

Acoge recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público. Aplicación supletoria de las normas del procedimiento ordinario en el simplificado. Ministerio Público y el debido proceso 34

*Corte Suprema*

Rechaza recurso de nulidad deducido por la parte querellante. Introducción de prueba. Informe de peritos 45

*Corte Suprema*

Rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa. Declaración de perito en juicio oral. Principio de contradicción. Trascendencia de la infracción de garantías 50

*Corte Suprema*

### II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

#### Artículos

Reiteración y delito continuado desde la perspectiva de la prescripción de la acción penal 63

*José Luis Cortés Zepeda*

## Sentencias Comentadas

- Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt rechaza recursos de nulidad intentados en contra de sentencia del Tribunal Oral de Castro que condenó a directora de colegio perteneciente a Corporación Municipal por el delito de falsificación de instrumento público, como también a ex alcalde de Ancud por el delito de uso malicioso de instrumento público falso 74  
*Yelica Lusic Nadal*

## III. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

### Artículos

- El objeto material en el delito de tráfico ilícito de drogas 91  
*Ximena Marcazzolo Awad*
- Registro de cargas bolivianas conforme al derecho interno y los tratados internacionales 103  
*Lorena Rebolledo Latorre*

## IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

### Artículos

- Acerca del valor de los llamados metaperitajes sobre evaluaciones periciales psicológicas a víctimas 113  
*Sofía Huerta Castro y Francisco Maffioletti Celedón*
- Consideraciones para la investigación del fenómeno del *grooming* 125  
*Catalina Duque González*

### Sentencias Comentadas

- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción aplica la prescripción gradual de la pena del artículo 103 del Código Penal 131  
*Alejandra Vera Azocar*

### Fallos

- Corte Suprema califica como cuasidelito del artículo 491 del Código Penal la muerte de feto producida antes de su nacimiento, como consecuencia del comportamiento negligente de facultativos 140  
*Corte Suprema*

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

### **Artículos**

Algunas consideraciones sobre autoría y participación en estructuras empresariales 171

*Marcos Contreras Enos*

### **Sentencias Comentadas**

Delitos tributarios y recopilación de antecedentes. Comentarios a propósito de un fallo dictado por el Tribunal Constitucional 185

*Alejandro Moreira Dueñas*

## **VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

### **Artículos**

Análisis del desarrollo moral en adolescentes infractores de ley 215

*Miguel Morales Dahmen*

### **Sentencias Comentadas**

Voces silenciadas 222

*Carolina Fuentes Remy-Maillet*

Amenazas: ¿realidad de un mal o exceso de celo de las víctimas? 231

*Juan Yáñez Martinich*



## PRÓLOGO

El derecho penal usualmente es llamado a actuar como medida de *ultima ratio* cuando se producen alteraciones en lo estipulado por nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, y especialmente en situaciones de mayor gravedad, independiente de sus causas, podemos encontrarnos frente a hechos de una envergadura tal, que hacen que el grupo sienta que requiere que la ley penal se posicione dentro de las primeras líneas de acción para recuperar así la necesaria sensación de seguridad.

Y cuando frente a una mayor presión social de hecho así lo hace, especial relevancia cobra todo el estudio en torno al delito que se ha cometido, por cuanto permite un actuar de las instituciones relacionadas con el quehacer penal, acorde con los principios que nos rigen como sociedad.

De ahí la gran importancia de la elaboración de documentos de trabajo como el que ofrecemos en esta revista, porque permite el desarrollo y difusión del estudio del derecho punitivo y del proceso penal mismo a través de la doctrina y de la jurisprudencia, garantizando con ello que éstos cumplan con su cometido de dar tranquilidad a la sociedad, pero siempre cumpliendo con el respeto de aquellos derechos que nos asisten a todos.

Más aún, en la medida que mejor estudiada y desarrollada se encuentre nuestra normativa penal, mayor garantía habrá de que su operación no transgreda valores y derechos esenciales de las personas, aunque la opinión pública abogue por mayores penas o procedimientos menos rigurosos.

En este orden de ideas es que en este número ofrecemos una amplia muestra de fallos que se pronuncian respecto del proceso penal que rige para todos los intervinientes.

En ese contexto cabe resaltar el comentario a un fallo en el que la Corte Suprema se pronuncia sobre la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal y la injerencia que en ello tienen la querrela y la formalización de la investigación, como también aquella sentencia de la Corte Suprema sobre las normas que regulan un procedimiento tan extendido en su uso como lo es el simplificado, en la que se precisa con claridad cuáles normas supletorias del procedimiento ordinario pueden recibir aplicación en él.

Por su parte, en las secciones correspondientes a las distintas unidades especializadas, presentamos diversos artículos y documentadas referencias a sentencias de relevancia para el lector que busca información de primer nivel y especialización en materia de tráfico de drogas, delitos de índole sexual, violencia intrafamiliar, responsabilidad penal de los adolescentes, delitos contra la función pública y delitos económicos.

Finalmente, y en el ámbito de los delitos tributarios, se contiene un detallado comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional relativa a las facultades del Servicio de Impuestos Internos.

**SABAS CHAHUÁN SARRÁS**  
Fiscal Nacional



MATERIAS  
DE INTERÉS GENERAL

---



## SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA QUE ACOGE RECURSO DE NULIDAD POR ERRÓNEA APLICACIÓN DE DERECHO. SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

*Pablo Campos Muñoz<sup>1</sup>*

### **Comentario:**

El Ministerio Público, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación al artículo 376 del mismo cuerpo legal, decidió someter a la decisión de la Excma. Corte Suprema una discusión jurídica respecto de la cual existían distintas interpretaciones de las diversas Cortes de Apelaciones del país, y que decía relación con la suspensión de la prescripción de la acción penal en el proceso penal regido por el Código Procesal Penal y, específicamente, si la formalización de la investigación se podía considerar como el único instituto con el mérito suficiente para provocar tal efecto.

Según el recurso deducido por el Ministerio Público, el error de derecho consistía en atribuir en forma exclusiva a la formalización de la investigación el efecto de suspender el plazo de prescripción de la acción penal, dejando de aplicar lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal.

En el caso en particular, esa errónea interpretación había tenido como consecuencia la absolución del acusado, al entenderse que la acción penal se encontraba prescrita, lo cual constituía evidentemente la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo que hacía procedente este reclamo de nulidad.

En cuanto al contexto fáctico, el acusado había adquirido pasajes aéreos que pagó con ocho cheques de su cuenta corriente. Todos estos documentos, al ser presentados a cobro, fueron protestados por cuanto el girador les había dado luego orden de no pago por incumplimiento de contrato.

Estos protestos se verificaron entre octubre y diciembre de 2006 y ya el 21 de junio de 2007 se notificó al girador de dichos protestos y no tachó de falsa su firma ni consignó los fondos suficientes para cubrir el capital, los intereses y costas, lo que motivó a la empresa afectada a presentar una querrela en su contra el día 25 de julio de 2007, claramente dentro del plazo de vigencia de la acción penal.

La formalización de la investigación se llevó a cabo el día 14 de diciembre de 2007 y fue esto último lo que motivó a los jueces del Cuarto Tribunal de Juicio

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

Oral en lo Penal de Santiago a entender que dicha actuación se había llevado a cabo cuando ya se encontraba prescrita la acción penal, y así lo declararon en sentencia definitiva dictada el día 5 de junio de 2009 por la que se absolvió al acusado, precisamente por dicha razón.

La Excm. Corte Suprema ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tema, pero esta era la primera vez que lo hacía en ejercicio de las facultades que le entrega el artículo 376 del Código Procesal Penal respecto de recursos de nulidad en que se denuncia una errónea aplicación del derecho, existiendo sobre el particular distintas interpretaciones.

En efecto, primero lo hizo la Sala de Verano el día 19 de febrero del año 2004, en la causa ingreso N°5362-2003, conociendo de un recurso de nulidad que se refería también a una situación similar producida en causa por giro doloso de cheques, y al fallarlo le reconoció a la querrela el efecto de suspender el plazo de prescripción de la acción penal<sup>2</sup>.

Luego, una situación muy parecida fue conocida por la Segunda Sala del máximo Tribunal, en una acción cautelar de amparo, en los autos ingreso N°2693-2006, ocasión en la que se ratificó este criterio en orden a que no sólo la formalización de la investigación produce el efecto de suspender el curso del plazo de la prescripción, sino que el artículo 96 del Código Penal sigue siendo la norma básica que regula esta materia y no puede ser desatendida<sup>3</sup>.

Finalmente, en sentencia dictada el 16 de diciembre de 2008, al rechazar un recurso de nulidad de una defensa en los autos N°6268-2008, la Segunda Sala de la Corte Suprema al pronunciarse sobre las alegaciones del recurrente sobre la validez de una querrela, corroboró este criterio en orden a que la querrela, aun en las condiciones reclamadas en ese caso, tenía la aptitud de iniciar la investigación y, por ende, de suspender el plazo de prescripción<sup>4</sup>.

En la sentencia que comentamos, que acogió tanto el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público, como aquel impetrado por la parte querellante y que ésta había dirigido a la Corte de Apelaciones respectiva, la Sala Penal declaró la existencia de una errónea aplicación del derecho por parte de los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y reconoció en definitiva que la querrela también tiene el mérito de suspender el curso de la prescripción de

2 En esa ocasión la Sala de Verano estuvo integrada por los Ministros señores Enrique Tapia Wittig, Ricardo Gálvez Blanco, José Luis Pérez Zañartu, la señorita María Antonia Morales Villagrán y el señor Adalis Oyarzún Miranda.

3 Fallo pronunciado el día 13 de junio de 2006, por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del Campo, Nibaldo Segura Peña, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo y el Abogado Integrante Sr. Fernando Castro Álamos.

4 Este fallo fue pronunciado por los Ministros Nibaldo Segura Peña, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo, Hugo Dolmetsch Urra y el Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández Empananza.

la acción penal. Para ello señala que no puede olvidarse que la prescripción constituye precisamente una sanción contra la inactividad del persecutor o de la víctima, nada de lo cual había acontecido en el caso particular, en el que la empresa afectada había presentado oportunamente una querrela por el delito de giro fraudulento de cheques.

Si bien este fallo y los anteriores a que hemos hecho alusión se han referido a casos sobre giro doloso de cheques, ello ha derivado de la existencia de la prescripción de corto plazo establecida en el artículo 34 del D.F.L. N°707 sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, pero no cabe duda alguna que este criterio, ya asentado en estas decisiones del máximo Tribunal, resulta aplicable a la prescripción de la acción penal respecto de cualquier otra figura punible, más aun considerando que muchas veces las audiencias para formalizar investigación pueden dilatarse por muchas razones, entre otras por ausencia del imputado, de modo tal que si se considera que sólo la formalización de la investigación tiene el mérito para suspender el plazo de prescripción de la acción penal, el curso de la misma quedaría entregado a la voluntad del propio imputado o a la disponibilidad en la agenda de los Juzgados de Garantía para fijar este tipo de audiencias.

### **Sentencia:**

Santiago, veintisiete de octubre de dos mil nueve.

### **VISTOS:**

En estos autos Rol Único de Causa 0710014523-K e Interno del tribunal 7-2009, se registra la resolución dictada en procedimiento ordinario por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, el cinco de junio de dos mil nueve, que rola de fojas 120 a 127, mediante la cual se absolvió a O.E.A.G., de los cargos librados en su contra por su responsabilidad de autor de los delitos reiterados de giro doloso de cheques, cometidos en Santiago los días diez y trece de octubre; dos, nueve y trece de noviembre, así como el cuatro, once y trece de diciembre de dos mil seis, por concurrir los presupuestos que hicieron aplicable en la especie la

prescripción de la acción penal ejercida, sin imponer costas al Ministerio Público.

En contra de esa decisión, el Ministerio Público, por intermedio de la Fiscal Adjunta doña Alejandra Godoy Ormazábal y el perjudicado Lan Airlines S.A., a través de su abogado Eduardo Zarhi Hasbún, dedujeron sendos recursos de nulidad, que corren de fojas 2 a 7 vuelta y 23 a 27 vuelta, respectivamente.

Este tribunal estimó admisibles tales arbitrios y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de las nulidades intentadas, como aparece a fojas 130.

La audiencia pública se verificó el siete de octubre en curso, con la concurrencia y alegatos de los letrados señores Pablo Campos Muñoz, en representación del Ministerio

Público; Joshua Jorquera Barría, por el ofendido Lan Airlines S.A., y contra los recursos, el abogado de la Defensoría Penal Pública, Sr. Fernando Mardones Vargas. Luego de la vista de los recursos, se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que obra a fojas 134.

### **CONSIDERANDO:**

#### **I.- Recurso de Nulidad del Ministerio Público, de fojas 2 a 7 vuelta.**

**PRIMERO:** Que el recurso de nulidad interpuesto por el persecutor penal en su libelo de fojas 2 a 7 vuelta de estos antecedentes, se sustenta en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, consistente en haberse realizado una errónea aplicación del derecho, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y que se produjo luego que los jurisdicentes establecieran en el basamento sexto los hechos de la litis, relativos -en síntesis- al giro de ocho cheques que no fueron pagados a la data de sus respectivos cobros, en atención a la existencia de órdenes de no pago por incumplimiento de contrato impartidas por el mismo girador, y que no fueron solucionados en plazo legal, luego de notificados judicialmente sus protestos a aquél; incurriendo en el error de derecho que se denuncia, en el razonamiento séptimo al decidir absolver al encartado, por estimar equivocadamente como corolario único y propio de la formalización de la investigación, el de suspender el curso de la prescripción de la acción penal, y entonces

concluir que no resulta procedente ni relevante la presentación de la correspondiente querrela criminal por el delito averiguado, entendiéndose que al enjuiciado se le comunicó que el procedimiento penal se dirigió en su contra sólo con la audiencia ya indicada.

**SEGUNDO:** Que lo expuesto supone una manifiesta vulneración de los artículos 96 del Código Penal y 233, letra a), del Código Procesal Penal, al limitar los efectos de aquél exclusivamente a la formalización, no obstante que dicha norma exige para que se produzca la suspensión de la prescripción, que el procedimiento se dirija en contra del agente, y la querrela es una vía idónea para producirla. Y respecto de la segunda, al determinar como efecto de la formalización la ya referida institución de la suspensión.

**TERCERO:** Que, más adelante, se cita el artículo 172 del Código Procesal Penal que incluye a la querrela como una de las formas de dar inicio al procedimiento, lo que unido al hecho que toda persona individualizada como querrelada, adquiere la calidad de imputada según el artículo 7° del mismo texto referido, lo que ocurre desde que se le atribuye participación en el hecho punible y a partir de ese momento se pueden ejercer las facultades, derechos y garantías consagradas en la ley.

En similar sentido, convoca el artículo 113, letra c), de la misma compilación, que consigna dentro de los requisitos de la querrela, que pueda contener la identificación del quere-

llado, que desde la primera resolución judicial lo transforma en imputado, según desprende del artículo 114 del aludido compendio, donde se indican las causales de inadmisibilidad de la querrela, y menciona al delatado como inculcado en su letra d). Otro tanto acaece con el artículo 93, letra b), del mismo estatuto, donde se contempla el derecho del convicto a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la indagación y ocurre igual consecuencia con los artículos 123, 168 y 179, del mismo ordenamiento procedimental, los que sindicán al imputado como tal incluso antes de existir formalización.

**CUARTO:** Que por lo que toca a la conclusión de los jueces del fondo, en orden a que la formalización constituiría el único momento procesal apto para originar la suspensión de la prescripción, ello no es tal, desde que existen otros caminos para ese mismo destino. Así el artículo 233 del Código Procesal Penal, de ser la única norma relativa a los efectos de la decisión de no perseverar, resulta aplicable a las investigaciones y procedimientos en los que no se han formalizado cargos en contra del inculcado, lo que sólo procede una vez que la causa ha sido judicializada, como lo dispone el artículo 167 del mismo cuerpo legal, al excluir la posibilidad de archivo una vez producida la intervención del Juez de Garantía. De allí, concluye que a partir de la formalización, el Ministerio Público sólo puede adoptar la decisión de no perseverar en la investigación, y en especial al declarar admisible la querrela. Por lo tanto, si el artículo 233,

letra a), es aplicable a investigaciones y procedimientos en los que no se han formalizado cargos, la letra relativa a la suspensión resulta igualmente asequible a los mismos, lo que ratifica a la querrela como mecanismo idóneo para la suspensión de la prescripción.

**QUINTO:** Que el error interpretativo, al restringir el alcance del artículo 96 del Código Penal, a la formalización de la investigación, excluyendo a la querrela, altera su tenor literal, lo que se extiende al artículo 229 de la compilación procesal penal, así aquél fija la suspensión de la prescripción desde que el procedimiento se dirige en contra del hechor; y por el otro, define la formalización como la comunicación que el fiscal practica al enjuiciado que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos específicos, lo que constituye una mera notificación, toda vez que perfectamente el procedimiento se pudo haber iniciado mucho antes; y lo que es peor, de seguir con el criterio del tribunal, quedaría el plazo de prescripción de la acción penal entregado a variables administrativas o de gestión, aspectos no susceptibles de ser enmendadas por el persecutor ni la víctima.

**SEXTO:** Que, por último, no puede olvidarse que la prescripción constituye precisamente una sanción contra la inactividad del persecutor o de la víctima, nada de lo cual acontece en la especie, y así por demás se ha señalado como el alcance entregado por la jurisprudencia y la doctrina de los profesores Cury y Politoff en el tema propuesto, trae en su apoyo diversos

veredictos en su primer otrosí, los que procede a reunir en dos grupos: uno, atinente a sentencias que entienden que la suspensión de la prescripción de la acción penal a que se refiere el artículo 96 del Código Penal, sólo se produce con la formalización, como único instante procesal idóneo, aquí acompaña los fallos de la Corte de Apelaciones de La Serena N°216-2007, de veintiséis de octubre de dos mil siete y otro de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, N°290-2006, de veinticuatro de abril de dos mil seis. En tanto que el segundo grupo de resoluciones, son las que niegan que el artículo 96 del Código Penal se remita exclusivamente a la formalización como la única oportunidad para suspender la prescripción, reconociendo en la querrela igual efecto, cita los laudos de las Cortes de Apelaciones de Arica, Temuco y La Serena, N°s. 164-2006, de doce de julio de dos mil seis; 381-2007, de veintiséis de abril de dos mil siete; y 202-2007, de veintiocho de septiembre de dos mil siete, respectivamente; además del ingreso N°2.693-2006, de esta Corte Suprema, de trece de junio de dos mil seis.

**SÉPTIMO:** Que en lo que apunta a la influencia en el fallo cuestionado, ello aparecería claramente al dictarse, producto del error de derecho, una absolución que debió a todo evento ser condenatoria. Y en cuanto a la competencia para conocer del libelo de nulidad, ello corresponde a la Corte Suprema, en virtud de lo preceptuado en el artículo 376, inciso tercero, del Código Procesal Penal, frente a la existencia de dis-

tintas interpretaciones sobre el tema planteado en este recurso, sostenidas en múltiples fallos, como son los ya detallados y que se aparejan en un otrosí, emanados tanto de diversas Cortes de Apelaciones del país como de esta Corte Suprema, de suerte que es competente para conocer y fallar el presente recurso de nulidad esta última, solicitando en su petitorio la nulidad del juicio oral y de la sentencia definitiva pronunciada en estos autos y disponer la realización de un nuevo juicio oral, ordenándose la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda, de conformidad al artículo 386 del Código Procesal Penal.

## II.- Recurso de Nulidad de la víctima Lan Airlines S.A., de fojas 23 a 27 vuelta.

**OCTAVO:** Que sobre este recurso de nulidad se esgrime la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo de lo resuelto, bajo los mismos supuestos de hecho ya precisados con ocasión del arbitrio anterior, que por razones de economía procesal no se reiteran.

**NOVENO:** Que como argumento de fondo del libelo anulatorio se aduce que la base fáctica del raciocinio de los jueces fue desacertada, al asegurar que no se suspendió la prescripción de la acción penal por el hecho de la presentación de la querrela, ni produjeron tal efecto las solicitudes previas de formalización, restándole todo valor al artículo 96 del Código Penal,

entendiendo equivocadamente que la única forma de suspenderla, lo es por la formalización del artículo 233 del Código Procesal Penal, a pesar que el edicto, en forma totalmente contradictoria con lo resuelto, asevera que son normas absolutamente compatibles entre sí, pero acota enormemente sus efectos, para terminar por absolver al acusado.

**DÉCIMO:** Que se agrega por este compareciente que el artículo 96 del Código Penal, no fue modificado ni derogado por la reforma procesal penal y a su turno el artículo 233 del procesal penal, no contiene una regla general de prescripción, puesto que sólo consigna los efectos que de la formalización se producen, entre los cuales se halla la interrupción de la prescripción. En cambio, el primero de los preceptos recién citados, sí se dedica a la interrupción de la prescripción, por tratarse de una disposición especial y sustantiva, en tanto que el restante es claramente de naturaleza adjetiva.

En seguida se afirma que acerca de la existencia de numerosas causas que ingresan al sistema sin necesidad de querrela, para cuyos fines rige en forma absoluta el reseñado artículo 233, por cuanto en esos casos no ha existido un procedimiento dirigido en contra del girador, pues sólo con la formalización se le da certeza a la persecución penal; en las demás situaciones, en que si operó una actuación ante el Juez de Garantía, por medio de una querrela contra persona determinada, ese solo acto interrumpe la prescripción, ya que no hay dudas que la dirección del procedimiento es en

contra de un sujeto determinado, por lo que proceder de la forma en que lo ha hecho el tribunal oral, favorece la impunidad, es derogatorio del 96 del Código Penal, y ello es fruto de razonar y aquilatar la prescripción como si fuera de índole civil, que tampoco resulta apropiada en presencia de lo estatuido sobre la materia en el artículo 100 de la Ley N°18.092, de mil novecientos ochenta y dos, aplicable en razón de lo prevenido en el artículo 11, inciso tercero, de la Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques.

**UNDÉCIMO:** Que en lo que atañe al abandono de la querrela, ello de ninguna forma permite negarle todo valor, porque no es equiparable a una nulidad, que permitiese concluir que nunca se presentó; y por otro lado, el artículo el 121 del cuerpo procesal penal, regula precisamente los colofones que se producen en tal evento, que es uno solo: no podrán ejercer los derechos que en esa calidad le confiere la ley.

**DUODÉCIMO:** Que, finalmente, en lo que concierne a la influencia en lo resuelto, la absolución sólo se explica por ese error de derecho, que de no mediar habría significado necesariamente su condena, por lo que impetra elevar los antecedentes ante la Corte de Apelaciones respectiva, para que ésta conociendo del mismo declare la nulidad del juicio oral y de la sentencia, decretando que la causa quede en estado de repetirse el juicio oral y ordenar la realización de un nuevo juicio oral.

Es menester dejar constancia que en el primer otrosí de fojas 23 a 27

vuelta, el oponente adjuntó jurisprudencia uniforme de Tribunales Superiores de Justicia, de la que destaca que lo fue: “en el sentido que se viene sosteniendo en el libelo anulatorio”, correspondiente a los siguientes tribunales: 1.- Esta Corte Suprema, N°s. 2.693-2006, de trece de junio de dos mil seis; y 5.362-2003, de diecinueve de febrero de dos mil cuatro; 2.- Corte de Apelaciones de Valparaíso, N°290-2006, de veinticuatro de mayo de dos mil seis; y 3.- Corte de Apelaciones de Copiapó, N°113-2008, de dieciocho de julio de dos mil ocho.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, como se aprecia, en ambos recursos se ataca el mismo defecto de derecho, y que constituye el motivo de decisión del presente reclamo, en el sentido de estimar si lo resuelto por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en torno a que la formalización de la investigación es el único mecanismo que da acceso a la suspensión de la prescripción de la acción penal ejercida, y por consiguiente, la total intrascendencia procesal de la querrela válidamente promovida en autos y que posteriormente fue declarada como abandonada.

**DÉCIMO CUARTO:** Que el soporte del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, fue que luego de constatar que el último de los protestos correspondiente al octavo cheque suscrito por el encartado, ocurrió el trece de diciembre de dos mil seis, y que a la época de celebración de la audiencia de formalización de la investigación, el catorce de diciembre

de dos mil siete, ya había transcurrido el plazo de un año de prescripción de la acción penal que consagra el artículo 34 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, negándole todo efecto a la querrela de autos presentada por el querellante particular.

**DÉCIMO QUINTO:** Que en cuanto a las diversas actuaciones procesales verificadas en el presente ingreso, es útil previamente efectuar la siguiente relación de hechos:

a) Que se emitieron por parte de O.E.A.G., ocho cheques, todos provenientes de su cuenta corriente N°xxx, del Banco Santander, por diversos valores, los que fueron extendidos para diversas fechas entre el nueve de octubre y el trece de diciembre de dos mil seis, pero presentados a cobro, fueron protestados por orden de no pago por incumplimiento de contrato.

b) Que notificados judicialmente los protestos, el veintiuno de junio de dos mil siete, el girador, dentro del período legal otorgado para tales propósitos, no tachó de falsa su firma ni pagó el capital, intereses y costas de los señalados documentos negociables.

c) Que el veinticinco de julio de dos mil siete, se presentó por parte de Lan Airlines S.A., querrela criminal por el delito de giro doloso de cheques (8) en contra de O.E.A.G., la que fue declarada admisible por el Sexto Tribunal de Garantía de Santiago y remitida al Ministerio Público, que la recepcionó el primero de agosto de

dos mil siete y abrió una investigación desformalizada.

**d)** Que el catorce de diciembre del mismo año, se celebró la audiencia de formalización.

**e)** Por último, el catorce de noviembre de dos mil ocho, el Ministerio Público formuló acusación en contra de A.G. en calidad de autor del delito de giro doloso de cheques, en tanto que el querellante particular, al no adherirse ni presentar una propia, su querrela se tuvo por abandonada.

**DÉCIMO SEXTO:** Que la tesis que sustenta el tribunal recurrido, ya pormenorizada en el basamento décimo cuarto precedente, no está de acuerdo con la doctrina sentada por esta Corte Suprema, que desestima lo resuelto, como lo ha sostenido en diversos fallos, entre los que se mencionan los siguientes: Ingreso N°5.362-2003, de diecinueve de febrero de dos mil cuatro; el N°2.693-2006, de trece de junio de dos mil seis; y el N°6.268-08, de dieciséis de diciembre de dos mil ocho, en los que se ha referido a la eficacia de la querrela criminal para suspender el curso de la prescripción de la acción penal, debiéndose tener en cuenta que con arreglo al artículo 233 del Código Procesal Penal, junto con reconocer en su letra a), como efecto de la formalización de la investigación la suspensión de la prescripción de la acción penal, indica que ello tendrá lugar, en conformidad con el artículo 96 del Código Penal, norma sustantiva que rige la materia y, según la cual, la prescripción se suspende

desde que el procedimiento se dirige en contra del culpable.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que el artículo 172 del Código Procesal Penal, que encabeza el párrafo 2° del Título 1 de su Libro Segundo, sobre Procedimiento Ordinario, prescribe que la querrela es uno de los medios idóneos para iniciar la investigación de un hecho que reviste caracteres de delito. Asimismo, el artículo 113 de ese estatuto, refiriéndose a los requisitos de la querrela, señala, además de la identificación de quien la formaliza, una relación circunstanciada del hecho con apariencia delictiva a perseguir, la individualización del querrelado, con indicación de su profesión u oficio, o una designación clara de su persona, si se ignoraren tales circunstancias y la expresión de las diligencias cuya práctica se solicitare al Ministerio Público. La querrela se debe presentar ante el juez de garantía y, admitida a tramitación por éste, el querellante queda facultado, según el artículo 112, para hacer uso de los derechos que le confiere el artículo 261, entre los que figuran, el de adherir a la acusación del Ministerio Público o acusar por su parte, el de ofrecer prueba para sostener sus cargos y el de presentar demanda civil, cuando procediere.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que de tales disposiciones legales fluye que la querrela se inserta en la etapa de la investigación correspondiente al procedimiento ordinario establecido para la pesquisa de los delitos de acción penal pública y que, amén de constituir una de las formas de dar inicio a dicho procedimiento, evidencia en

quien la formula -asumiendo el rol de querellante- la clara intención de cooperar en la actividad desarrollada por el Ministerio Público para la indagación del hecho delictivo y sus partícipes; todo lo cual permite concluir que la querella, como trámite inicial del procedimiento, produce el efecto de suspender el curso de la acción penal en los términos explicitados por el precitado artículo 96 del Código punitivo.

**DÉCIMO NONO:** Que en concordancia con todo lo anteriormente expuesto, también surge la letra d) del artículo 114 del Código Procesal Penal al ordenar que la querella entablada debe ser declarada inadmisibles cuando apareciere de manifiesto que la responsabilidad penal del encausado se halla extinguida, situación que no ha acontecido en la especie, desde el momento que se le dio curso a la deducida en autos.

**VIGÉSIMO:** Que, atento a lo anterior, cabe entender que la querella instaurada en la presente investigación en contra del encartado A.G., suspendió el plazo de prescripción de la acción penal destinada a perseguir los delitos de giro doloso de cheques que se le reprochan, por lo que la decisión de no reconocerle tal efecto implica que no se encuentra ajustada a la normativa que gobierna la materia, careciendo por ello de asidero jurídico el fundamento proporcionado por los jueces del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, lo que permite que los presentes reclamos puedan prosperar.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, por lo demás, tampoco resulta acertado el

aserto del mismo tribunal en orden a que dicha querella se tuvo por abandonada, dejando entrever que no produciría ningún efecto procesal a manera de sanción, como si no se hubiera presentado para efectos legales, lo que contraría el texto expreso del artículo 121 del Código Procesal Penal, que enfáticamente especifica como único colofón del abandono de la querella, el impedir al querellante ejercer los derechos que en esa calidad le confiere ese ordenamiento y que se enmarca en una lógica procedimental, dado que la querella ya obtuvo control jurisdiccional al ser declarada admisible por el competente Tribunal de Garantía, quien luego la remitió al Ministerio Público para dar inicio a la investigación correspondiente, con lo que se demostró que la notificación del protesto se practicó dentro del término legal, y se tuvo también por cierto que la querella se interpuso dentro del plazo de un año que la ley respectiva fija, elementos suficientes para descartar la prescripción alegada, precisamente por haber operado la suspensión de la citada institución en los términos que determina el artículo 96 del Código Penal, pues al momento de la interposición de la querella -veinticinco de julio de dos mil siete-, aún pendía el lapso de un año correspondiente a la acción penal emanada del delito de giro doloso de cheques, la que había comenzado a correr a partir del último de los protestos, trece de diciembre de dos mil seis, de acuerdo al artículo 34 de la ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, sin que en la hipótesis propuesta, por sus particularidades, pudiera tener trascendencia la formalización de la investigación cele-

brada en la audiencia de catorce de diciembre del año siguiente.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, como lo plantean los recurrentes, el tribunal recurrido, incurrió en errónea aplicación del derecho, y la pretendida inobservancia, merced a lo argumentado en las consideraciones anteladas, se cometió en forma manifiesta por los sentenciadores del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, que no efectuaron una correcta aplicación del derecho en su dictamen, desde que no se consideró ni tuvieron en cuenta las normas vigentes aludidas, y de conformidad, además con lo que establece el artículo 386, inciso 2°, del Código Procesal Penal, a propósito de la nulidad del juicio oral y de la sentencia, donde se expresa que: “No será obstáculo para que se ordene efectuar un nuevo juicio oral la circunstancia de haberse dado lugar al recurso por un vicio o defecto cometido en el pronunciamiento mismo de la sentencia”, aparece de manifiesto que se configuró en la especie, la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por la errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y en atención a la competencia que entrega a esta Corte Suprema el artículo 376, inciso 3°, de la misma recopilación, los recursos promovidos serán acogidos, con los alcances que en lo resolutivo se mencionan.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los artículos 372, 373, letra b), 376, 384 y 385 del Código Procesal Penal, **SE ACOGEN** los recursos de nulidad intentados de fojas 2 a 7 vuelta, por

la Fiscal del Ministerio Público, doña Alejandra Godoy Ormazábal, y el del abogado Eduardo Zarhi Hasbún, de fojas 23 a 27 vuelta, en representación de Lan Airlines S.A., dirigidos ambos en contra de la sentencia de cinco de junio de dos mil nueve, dictada por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, la que aparece debidamente transcrita de fojas 120 a 127 del presente cuaderno, y **se declara** que se anula dicho fallo y el juicio oral de que es objeto bajo el RUC N°0710014523-k, RIT N°7-2009, y debe la causa retrotraerse al estado de celebrarse una nueva audiencia ante el tribunal oral en lo penal competente y no inhabilitado que corresponda.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del Ministro señor Rodríguez.

Rol N°4064-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Benito Mauriz A. y Domingo Hernández E. No firma el abogado integrante Sr. Hernández, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

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

En Santiago, a veintisiete de octubre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

## RECURSO DE QUEJA RECHAZADO. OMISIÓN DE SEÑALAR CÓMO SE INVOCAN LAS CAUSALES EN EL RECURSO DE NULIDAD

*Pablo Campos Muñoz<sup>1</sup>*

### Comentario:

A partir de los últimos meses del año 2004, la Sala Penal de la Corte Suprema comenzó a declarar inadmisibles aquellos recursos de nulidad en los que invocándose más de una causal no se daba cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 378 inciso 2° del Código Procesal Penal, esto es, sin indicar si las causales se invocaban conjunta o subsidiariamente.

Desde entonces han sido múltiples los recursos de nulidad que han sido declarados inadmisibles por esta razón, situación que se ha mantenido hasta la actualidad<sup>2</sup>.

En el fallo que ahora comentamos, la Segunda Sala de la Corte Suprema, integrada por la totalidad de sus miembros titulares, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este mismo tema, pero desde el ámbito del ejercicio de sus facultades disciplinarias, ya que mediante un recurso de queja interpuesto por una defensa recurrente de nulidad, se reclamaba que había existido falta o abuso grave por parte de los Ministros de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de La Serena al rechazar un recurso de nulidad basados exclusivamente en que no se había indicado cómo se invocaban las causales esgrimidas, en circunstancias que ese recurso previamente había sorteado con éxito el control de admisibilidad que había efectuado la Sala Tramitadora de esa Corte de Apelaciones<sup>3</sup>.

En este fallo, que rechaza el recurso de queja, se señala que los recurridos, al rechazar a su vez el recurso de nulidad por esa razón, pusieron en su justo lugar el procedimiento, ya que al no indicarse de qué forma concurren entre sí

- 1 Abogado Jefe de la Unidad de Recursos Procesales y Jurisprudencia, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Sólo a vía de ejemplo, podemos hacer referencia a lo resuelto por la Corte Suprema en los autos ingreso N°4377-2004, N°5065-2004, N°5587-2004, N°103-2005, N°813-2005, N°35-2006, N°95-2006, N°1956-2006, N°2256-2006, N°180-2007, N°878-2007, N°1232-2007, N°1645-2007, N°155-2008, N°246-2008, N°608-2008, N°1735-2008, N°2330-2009 y N°6967-2009.
- 3 Véase también lo resuelto por la Segunda Sala de la Corte Suprema al rechazar un recurso de queja en los autos ingreso N°5116-2009, en el que también se reclamaba falta o abuso grave por parte de Ministros de la Corte de Apelaciones de Talca que declararon inadmisibles un recurso de nulidad por esta misma razón. Se señala que al resolver de ese modo, los recurridos han dado recta aplicación al artículo 378 del Código Procesal Penal.

las causales del recurso de nulidad, se deja a los jueces en la imposibilidad de pronunciarse sobre el mismo, toda vez que quedan para esos efectos limitados por lo dispuesto en el artículo 360 del Código Procesal Penal frente a la indefinición del recurso, en relación a cómo operan las diversas causales.

### **Sentencia:**

Santiago, tres de noviembre de dos mil nueve.

A fojas 31: a lo principal y otrosí, téngase presente.

### **Vistos y teniendo presente:**

1.- Que la resolución impugnada por esta vía declara la inadmisibilidad del recurso de nulidad que inicialmente la Sala Tramitadora del tribunal ad quem había declarado su admisibilidad ignorando, no obstante los argumentos en contra del Ministerio Público, el defecto inexcusable de no establecer si los diversos capítulos de reproche se alegaban en forma subsidiaria o conjunta, como lo exige el inciso segundo del artículo 378 de Código Procesal Penal.

2.- Que el defecto anotado, frente a la norma perentoria del artículo 360 inciso primero del mismo cuerpo legal, pone a los jueces en la imposibilidad de decidir las cuestiones debatidas por indefinición de lo que se pide por el interviniente, estando prohibido a los falladores proceder de oficio al respecto.

3.- En tal situación la resolución ahora recurrida ha puesto el procedimiento en su justo lugar, de suerte que no puede reprochársele falta o abuso alguno.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 549 del Código Orgánico de Tribunales, **se rechaza** el recurso de queja de lo principal de fojas 7, interpuesto por el abogado Sr. Rodrigo Enrique Riquelme Matta, en representación de Yamil de las Mercedes Alamo Araya.

Déjese sin efecto la orden de no innovar concedida a fojas 16.

Devuélvase el expediente tenido a la vista.

Regístrese y archívese.

Rol N°5120-09.

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

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

**RECHAZA RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR LA DEFENSA. ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN ALEGANDO ORDEN FALSA DE ALGUNA AUTORIDAD O DÁNDOLA POR SÍ FINGIÉNDOSE FUNCIONARIO PÚBLICO. ÁNIMO DE APROPIACIÓN. *ITER CRIMINIS***

**Tribunal: Corte Suprema**

**Resumen:**

*La modalidad de violencia empleada por los asaltantes corresponde a la descrita en el inciso final del artículo 439 del estatuto punitivo, que implica –como se dice en el fallo– el empleo de un ardid o engaño para lograr apropiarse de las cosas ajenas, simulando los hechos ser funcionarios de la Policía de Investigaciones con facultades para ingresar al inmueble donde se hallaban las especies, exhibiendo diversos elementos idóneos para inducir a error a cualquier persona acerca de su actuación y neutralizar la defensa u oposición, lo que precisamente ocurrió en la especie, maniobras que de acuerdo a la ley se equiparan a la fuerza física, como medio para lograr el apoderamiento de las especies ajenas.*

*En cuanto al móvil que determinó a los hechos a ejecutar las acciones tenidas por establecidas, la sentencia objeto del recurso pone de manifiesto una pluralidad de elementos de juicio, que relacionados lógicamente, producen en el tribunal la convicción de que los imputados actuaron en la forma en que lo hicieron, con el propósito de apropiarse de las cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro y sin la voluntad del dueño. Los jueces no sólo tuvieron por establecido el dolo propio del tipo de robo debido a que la defensa no alegó un móvil distinto de la apropiación de especies de valor pretendido por los imputados, sino que consideraron otros múltiples elementos de juicio, cuya valoración llevó a la conclusión señalada.*

*Con respecto a la “afección al derecho de dominio”, que el reclamante sostiene que no se halla acreditada, sino que simplemente “deducida”, basta con recordar la calificación del delito como robo tentado, etapa del “iter criminis” que precisamente supone la no producción del resultado lesivo para el bien jurídico tutelado, por falta de progreso de las acciones iniciadas.*

**Texto Completo:**

Santiago, veinticinco de noviembre de dos mil nueve.

**Vistos:**

En el Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, se dictó sentencia

el doce de agosto del año en curso, en la causa RIT 101-09 por la cual se condenó al adolescente infractor R.F.S.G., como autor del delito tentado de robo con violencia ocurrido el 4 de noviembre de 2008 a las 23:15 horas en Cerro Navia en perjuicio de la distribuidora “Huevos y Quesos Del Río”, a cumplir la pena mixta de

un año de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social y complementada por dos años y un día de libertad asistida especial. Además, se condenó a Emilio José Meza Zapata, Jonathan Alexis Flores Olave, Rodrigo Orlando Flores Olave y Manuel Alejandro Fuentes Jorquera, por el mismo delito, a 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo. Asimismo, se sancionó a Manuel Alejandro Fuentes Jorquera como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego ocurrido el 4 de noviembre de 2008 en Pudahuel, a cumplir 541 días de presidio menor en su grado medio y como autor de receptación, ocurrido el 4 de noviembre de 2008 en Cerro Navia, a 61 días de presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 unidades tributarias mensuales.

Esta sentencia fue impugnada por la defensa de Jonathan Alexis Flores Olave, Rodrigo Orlando Flores Olave y Manuel Alejandro Fuentes Jorquera, que dedujo recurso de nulidad asilado en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal. Asimismo, la defensa de Emilio José Meza Zapata, también dedujo recurso de nulidad, pero invocando sólo la causal de la letra e) del artículo 374 de ese mismo cuerpo legal.

A fs. 58 se ordenó pasar los antecedentes al Presidente de esta Corte quien fijó la audiencia del día 5 de noviembre del año en curso para el conocimiento de ambos recursos, lo que se llevó a efecto ese día, estando agregada a fs. 66 el acta de esa actuación.

## CONSIDERANDO:

**PRIMERO:** Que atendido el hecho que el abogado recurrente en representación de Jonathan Alexis Flores Olave, Rodrigo Orlando Flores Olave y Manuel Alejandro Fuentes Jorquera no compareció a estrados, se tuvo por abandonado su recurso, el que por lo tanto, no será analizado, habiéndose procedido a escuchar a los intervinientes sólo sobre el recurso deducido por la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, impetrado por la defensa de Emilio José Meza Zapata, lo que se hizo después de desechado un incidente de incompetencia formulado por el representante del Ministerio Público, en virtud del principio de radicación, tal como se registró en el soporte de audio de esa audiencia.

**SEGUNDO:** Que por el recurso subsistente, se alega que el Tribunal infringió la norma del artículo 342 en su letra c) que le exige establecer “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 en que se fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 297”.

En concepto del recurrente, el tribunal no parece cumplir los elementos lógicos suficientes para arribar a la conclusión a que ha llegado la sentencia, tanto en lo que respecta al establecimiento del hecho como de la participación del acusado.

Transcribe los motivos 14, 15, 16 y 17 del fallo y asevera que los jueces tuvieron por establecido el robo con violencia, argumentando la existencia de este último elemento del delito, a través de una verdadera puesta en escena donde los acusados se hicieron pasar por funcionarios de Investigaciones con chaquetas de esa institución. Su objetivo habría sido apropiarse de especies que estaban dentro de la empresa y se hizo presente, además, la semejanza del vehículo empleado con otro que intervino en el hecho 1 y por el que nadie fue condenado.

Pero alega que el único testigo presencial dijo que también llevaban armas de fuego a la vista y luego se retractó porque no tenía buena visibilidad, precisamente porque los acusados le iluminaron la cara con una linterna; además, omiten los sentenciadores que el número de chaquetas y de armas era inferior al número de acusados, de modo que alguno de ellos no llevaría chaqueta o, tal vez, ninguno lo hacía. Finalmente, arguye que la defensa no tenía por qué presentar una teoría del caso que explicara la presencia de los acusados en el lugar, sino que el ente persecutor debía probar las intenciones de los referidos.

Se dice por la defensa que el tribunal omitió elementos que debe haber tenido en consideración para arribar a su convicción y, también, que se limitó a citar los medios de prueba sin valorizarlos ni fundamentar lo resuelto. Agrega que, en su opinión, algunos elementos podrían tener un

valor diametralmente opuesto al que se les dio.

**TERCERO:** Que conforme se aprecia de la sentencia agregada a este legajo, se tuvieron por establecidos dos hechos:

**Hecho 1:** Que el día 4 de noviembre de 2008, alrededor de las 23:00 horas, en Avda. Salvador Gutiérrez con Santos Medel, comuna de Cerro Navia, un camión conducido por Carlos Mondaca Ramos, acompañado del peoneta Cristián Urrutia Inostroza, fue interceptado en su parte delantera por un automóvil de color gris, del cual descendieron cuatro individuos armados quienes los amenazaron y les exigieron la entrega del dinero recaudado por la empresa “Del Río Ltda.”, uniéndoseles un furgón de color blanco, del cual bajó otro grupo de sujetos que también exigían la entrega del dinero, todos los cuales, al percatarse de la inexistencia de éste en el camión, procedieron a registrar las vestimentas de las víctimas sustrayéndoles en el caso del conductor Mondaca, \$47.000, su teléfono celular y las llaves del vehículo; y en el caso del peoneta Urrutia, su documentación personal, para luego huir del lugar.

Este hecho fue calificado como robo con intimidación en las personas de Carlos Mondaca y Cristián Urrutia y el único acusado por ese ilícito resultó absuelto.

**Hecho 2:** Que el mismo día 4 de noviembre de 2008, alrededor de las 23:15 horas, los imputados junto a una mujer no identificada, concu-

rrieron en un furgón marca Hyunday modelo H100 color blanco, hasta el local comercial de la empresa Del Río Ltda., ubicado en Pasaje California con José Joaquín Pérez, comuna de Cerro Navia, fingiendo ser funcionarios de Investigaciones, portando linternas, vestimentas y placas de esa Institución, exigiendo al cuidador del recinto, a viva voz y pateando el portón de acceso, ingresar al local aduciendo que se trataba de un allanamiento por drogas, acción que no pudieron verificar a pesar de sus intentos iniciales, por el apersonamiento en el lugar de personal motorizado de Carabineros, ante cuya presencia emprendieron la huida, iniciándose una persecución que culminó con la colisión del furgón con un taxi en el sector de calles General Bonilla con Teniente Cruz, comuna de Pudahuel.

Luego del impacto, descendió del móvil el imputado Manuel Fuentes Jorquera con un arma de fuego marca Taurus, calibre 38 con sus respectivos cartuchos sin percutir, el que no contaba con la autorización legal para hacerlo.

Se estableció, además, que el vehículo marca Hyunday modelo H100, en el cual se desplazaban los imputados, mantenía encargo policial pendiente por el delito de robo ocurrido en días anteriores, origen espurio, que Fuentes Jorquera en su condición de conductor, no podía menos que conocer.

Este segundo hecho fue calificado como delito tentado de robo con violencia, existiendo además los ilícitos de porte ilegal de arma de fuego y receptación de especies. En el pri-

mero resultó condenado, entre otros, el defendido del recurrente de autos, según se expresó en la parte expositiva de esta sentencia.

**CUARTO:** Que, en primer término, cabe advertir que el recurrente no sólo alega defectos de fundamentación en relación al cumplimiento por el tribunal de las exigencias plasmadas en el literal c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, sino que desliza elementos que no son susceptibles de ser revisados por esta Corte, cual es el caso de la valoración que en uno u otro sentido se dio a determinados elementos de prueba.

**QUINTO:** Que para apreciar y pronunciarse, en su caso, acerca de la infracción al artículo 342 c) del código del ramo, es necesario examinar la estructura y contenido del fallo impugnado, en relación a los hechos que se tuvieron por establecidos, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

**SEXTO:** Que respecto al Hecho Nro. 1, en el motivo décimo se lo califica de robo con intimidación en grado de consumado, y se explica la forma en que se acreditaron los elementos del tipo penal, a saber: el ánimo de lucro, la ajenidad y naturaleza corporal mueble de las especies sustraídas, la apropiación de éstas y la intimidación empleada, individualizando y reproduciendo cada una de las probanzas que condujeron a dicha calificación jurídico-penal, destacando las concordancias o discordancias existentes entre unas y otras.

Los sentenciadores declaran en el motivo Undécimo, que los medios de prueba idóneos para producir convicción, más allá de toda duda razonable, acerca del establecimiento del hecho punible, han sido insuficientes para acreditar la participación como autor del delito del imputado S.G., el que, como ya se dijo, es absuelto en la sentencia.

**SEPTIMO:** Que en el motivo Décimotercero, los jueces enuncian los medios probatorios reunidos en orden a acreditar el delito de robo con violencia en las personas, en grado de tentativa, calificación dada al hecho Nro. 2, y los delitos de receptación y porte ilegal de arma de fuego cuya existencia se tiene por establecida en el considerando siguiente- “sin contradecir los principios de la lógica, las máxima de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

Que en el considerando Décimoquinto, se reproducen todos y cada una de las probanzas reunidas en el juicio que llevan a la conclusión alcanzada, incluyendo los interrogatorios efectuados por los defensores. En el motivo siguiente, el tribunal expone razonadamente los motivos que lo llevan a tener por establecido que todos los imputa dos concurrieron hasta el local de la Distribuidora Huevos y Quesos Del Río Limitada, simulando, con vestimentas fidedignas, chalecos antibalas, placas de Investigaciones, una baliza y armamento de grueso calibre -evidencias que fueron incautadas al interior del furgón y en la vía pública- ser agentes policiales que efectuaban un operativo profesional por drogas con el fin

de engañar a los guardias del local y apropiarse de las especies allí existentes, que actuaron agresivamente, ordenando la apertura del portón a viva voz y dando patadas a la entrada del negocio.

La conducta descrita es encuadrada en los artículos 436 inciso primero, en relación a los artículos 432 y 439 parte final, todos del Código Penal, proporcionándose los fundamentos respectivos.

En el párrafo cuarto de la misma motivación, se expresa que se arriba a la presente conclusión analizando la prueba producida en la audiencia de juicio oral y la indiciaria que surge de la misma, toda vez que no se alegó móvil alguno diverso a la apropiación por parte de las Defensas, que únicamente se limitaron a controvertir el ánimo apropiatorio que movilizaba a los acusados. En el párrafo siguiente, se contienen las razones que, basadas en los datos fácticos obtenidos, llevan a tener por acreditado el “animus rem sibi habendi” con que actuaron los asaltantes, señalando que sin que tales acciones encuentren explicación lógica en un móvil lícito diverso de la apropiación de especies de valor pretendida por los imputados.

**OCTAVO:** Que en el motivo Décimoseptimo, apartándose del parecer del acusador, los jueces concluyen que el robo con violencia alcanzó sólo el grado de tentativa, indicando en detalle las razones jurídicas que conducen a esta decisión.

En los considerados Décimoctavo y Décimonoveno, se desestiman las

pretensiones de absolución hechas valer por las defensas, con suficiente fundamentación.

**NOVENO:** Que la participación culpable en calidad de autores, de determinados acusados, se tiene por establecida en el motivo Vigésimo, el cual contiene la exposición de los medios probatorios que llevan a esta conclusión; en cuanto al imputado Meza Zapata, el tribunal expone que fue reconocido por el carabinero Luis Alejandro Contreras Hormazábal, que participó en la persecución, lo detuvo personalmente y redujo con sus esposas y por el carabinero conductor del furgón que acompañaba al sargento 1° Ruiz.

**DECIMO:** Que en cuanto a los delitos de porte ilegal de arma de fuego y receptación, resulta innecesario hacerse cargo en este fallo, puesto que el recurrente fue condenado como responsable del delito de robo con violencia.

**UNDECIMO:** Que respecto de las reclamaciones que contiene el libelo, cabe puntualizar lo siguiente:

1.- En primer término, le imputa a los sentenciadores haber omitido el hecho de que el único testigo presencial del uso de armas por parte de los asaltantes, después de afirmar esta última circunstancia, se contradijo durante el contrainterrogatorio, dando a conocer al tribunal que había mirado por una ventana mientras le iluminaban el rostro “por lo que poco podría haber visto”.

A pesar de que el recurrente no individualiza a ese único testigo presen-

cial, cabe entender que se trataría del guardia de la empresa, Patricio Omar Acuña Ahumada. Por de pronto y frente al argumento del recurrente, cabe señalar que el motivo decimoquinto de la sentencia se reproducen los dichos de ese testigo y se deja constancia de que, interrogado por un defensor, indicó que los sujetos nunca sacaron las armas, alumbraban con las linternas y se tomaban la cintura como si tuvieran un arma; aclarando sus dichos, expresó que no vio armas. En tal virtud, no ha existido la omisión que el recurso denuncia.

Sin perjuicio de lo anterior, del considerando citado aparece claramente que los dichos del testigo aludido no han sido el único antecedente tenido en consideración por el tribunal, puesto que, como se lee en el fallo, algunos de los funcionarios policiales que participaron del procedimiento, llegaron a la empresa cuando aún se hallaban abajo del vehículo los imputados, a los que pudieron ver, incluso apreciaron sus vestimentas y a quienes persiguieron sin perderlos nunca de vista, hasta que los detuvieron. Los carabineros Reyes Lobos, Muñoz Abarzúa y Galleguillos Villamar describen lo que apreciaron al momento de arribar a la empresa distribuidora, a lo que cabe agregar las versiones de los funcionarios Ruiz Gacitúa y Contreras Hormazábal, quienes se sumaron a la persecución hasta su término, declarando sobre lo que advirtieron de los ocupantes del vehículo y de las especies encontradas, entre las que figuraba un arma de fuego. Por otra parte, el testigo Valin Rivera, pasajero del taxi colisionado, los carabi-

neros Castro Rosas y Sotelo Rullet, pertenecientes a la SIP y los peritos Gutiérrez Ayala, Lobos Gallardo y Sánchez Aravena, se refieren unívocamente al hallazgo de una pistola en el sitio del suceso.

En todo caso, la cuestión del arma no es crucial, ya que la modalidad de violencia empleada por los asaltantes corresponde a la descrita en el inciso final del artículo 439 del estatuto punitivo, que implica -como se dice en el fallo- el empleo de un ardid o engaño para lograr apropiarse de las cosas ajenas, simulando los hechos ser funcionarios de Investigaciones con facultades para ingresar al inmueble donde se hallaban las especies, exhibiendo diversos elementos idóneos para inducir a error a cualquiera persona acerca de su actuación y neutralizar la defensa u oposición, lo que precisamente ocurrió en la especie, maniobras que de acuerdo a la ley se equiparan a la fuerza física, como medio para lograr el apoderamiento de las especies ajenas. Sobre estas circunstancias que rodearon la ejecución del delito se reunieron múltiples pruebas, todas consideradas de acuerdo a la ley en el veredicto impugnado; en consecuencia, y como ya se adelantó, el defecto atribuido a los magistrados carece de fundamento, por ser ajeno a la sentencia que se pretende invalidar.

2.- En segundo término, el recurrente le imputa a los sentenciadores el hecho de haber omitido en su fallo que el número de sujetos era superior al de chaquetas y armas, “por lo que existe la clara posibilidad de que alguno de los sujetos no haya utili-

zando esos elementos, o incluso que ninguno de ellos los hubiera usado.”

Un recurso de nulidad, que debe apoyarse en causales reguladas con precisión en la ley y que está destinado a evidenciar la infracción de un precepto legal- en este caso, el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal- debe fundarse en errores precisos y determinados, que fluyan con claridad del fallo que los contiene y que impliquen sin duda alguna el incumplimiento grave de alguna obligación impuesta a los magistrados, al punto que conduzca ineludiblemente a la anulación de lo resuelto. La “posibilidad” de que pudiera haber existido algún hecho o circunstancia fáctica que esgrime la defensa, esto es, la “aptitud, potencia u ocasión para ser o existir las cosas”, no constituye, en modo alguno y frente a la normativa procesal -por ser una mera especulación- argumento suficiente y apto para sustentar un recurso dirigido a invalidar una decisión jurisdiccional.

3.- Por último, en el libelo se atribuye a los sentenciadores el haber puesto de cargo de la defensa la demostración de que el móvil de los imputados no era el de apropiarse al ingresar al local, en circunstancias que “era deber del ente persecutor demostrar la motivación de los sujetos, e incluso mucho más, era obligación de la sentencia explicar cómo se vencía el principio de inocencia en mérito de la prueba para que lógicamente asumiéramos el ejercicio intelectual desarrollado por los magistrados que elaboran su fallo condenatorio.” A continuación el recurrente sostiene

que “los sentenciadores olvidaron que el tipo penal más allá de la consideración de ser un tipo como hoy por hoy muchos señalan pluriofensivo, sigue siendo un tipo penal consignado en nuestro ordenamiento jurídico como un delito contra la propiedad, sin importar la calificación que se le dé por el medio comisivo, o la concurrencia de otros bienes jurídicos afectados, lo medular es la afección al derecho de dominio, elemento del tipo que en este caso el sentenciador también dedujo, toda vez que los involucrados en el hecho jamás hicieron ingreso al local de la distribuidora ni se apropiaron de especie alguna”.

El argumento transcrito resulta un tanto difícil de analizar, ya que por una parte se refiere a “un móvil para el ingreso al local”, que no estaría acreditado y por la otra- aparentemente- se refiere a la falta de lesión al derecho de dominio, tutelado por el tipo penal aplicado a los hechos establecidos.

En cuanto al móvil que determinó a los hechores a ejecutar las acciones tenidas por establecidas, la sentencia objeto del recurso pone de manifiesto en su considerando décimosexto una pluralidad de elementos de juicio, que relacionados lógicamente, producen en el tribunal la convicción de que los imputados actuaron en la forma en que lo hicieron, con el propósito de apropiarse de las cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro y sin la voluntad del dueño. El examen atento del fallo demuestra que los jueces no sólo tuvieron por establecido el dolo propio del tipo de robo

debido a que la defensa no alegó un móvil distinto de la apropiación de especies de valor pretendida por los imputados, sino que consideraron los siguientes elementos de juicio, cuya valoración llevó a la conclusión señalada:

1.- Que el segundo hecho tiene lugar momentos después de haber sido asaltado un camión de la misma empresa, ilícito en el cual los hechores obtuvieron un magro botín;

2.- Que el atraco ocurrió a escasas cuadras del lugar donde se encuentra emplazada la casa matriz de Distribuidora Del Río, según se aprecia en el documento denominado copia mapcity, en el que presumiblemente los imputados esperaban encontrar además de productos propios del rubro de la empresa, el dinero que no portaba el conductor del camión primeramente objeto del robo;

3.- Que en ambos hechos descritos como Nro. 1 y 2, en la acusación fiscal, intervino un furgón de color blanco de las características de aquel en el que se movilizaban los acusados:

4.- Que ambas acciones fueron ejecutadas por un numeroso grupo de sujetos, los que al percatarse de la presencia policial, huyeron a gran velocidad por diferentes arterias de la comuna, sin haber sido conminados a detenerse previamente ni controlados por los funcionarios de Carabineros, que no hicieron más que apersonarse en el local ante la noticia de que individuos señalando ser funcionarios de Investigaciones exigían ingresar en el contexto de un procedimiento por drogas;

5.- Que en su huida frenética, los acusados colisionaron con un taxi básico que se encontraba detenido frente a la luz roja del semáforo.

Como corolario de los elementos de juicio precitados, el tribunal concluye que las acciones descritas no encuentran explicación lógica en un móvil lícito, diverso de la apropiación de especies de valor pretendida por los imputados.

Con respecto a la “afección al derecho de dominio”, que al parecer el reclamante sostiene que no se halla acreditada, sino que simplemente “deducida”, basta con recordar la calificación del delito como robo tentado, etapa del “iter criminis” que precisamente supone la no producción del resultado lesivo para el bien jurídico tutelado, por falta de progreso de las acciones iniciadas. Es más, dicha argumentación resulta incompatible con la siguiente, expresada en el recurso, a fojas 45 vta: “De hecho la calificación de tentado del mismo se debe justamente a que los sujetos se retiraron del lugar antes que llegaran los efectivos policiales, por lo que no se dio el grado de desarrollo frustrado solicitado por el Ministerio Público.” Esta frase indica una conformidad de la defensa con el principio de ejecución por hechos directos asignado al comportamiento, típico, antijurídico y culpable de los acusados, que es incompatible con el argumento centrado en la falta de daño al derecho de propiedad.

**DUODECIMO:** Que el argumento expuesto en estrados por el letrado recurrente, de que no hay desarrollo

lógico del por qué el tribunal absolvió del hecho nro. 1 y condenó, en cambio, por el hecho nro. 2, aparece controvertido por lo expresado en el considerando Décimo del fallo en análisis, en que consta claramente que el delito de robo con intimidación se tuvo por acreditado, pero se absolvió al único imputado por el Ministerio Público -R.F.S.G.- sobre la base de no haberse adquirido convicción, más allá de toda duda razonable, de la participación que le habría cabido como autor de ese hecho punible, conclusión que está fundamentada a través de un análisis minucioso de las probanzas acumuladas.

**DECIMO TERCERO:** Que, finalmente, el recurrente afirma en su libelo que el tribunal omitió elementos que pueden tener una interpretación diametralmente opuesta a la que ha arribado el sentenciador, y en consideración a ello, mayor debió ser el cuidado del Tribunal al momento de dictar sentencia en orden a explicar sus racionios y fundamentaciones.

Basta para desechar esta última alegación, el carácter genérico e impreciso de la impugnación, apoyada en una interpretación propia del recurrente, que no resulta admisible como basamento del recurso de que se trata, sin perjuicio que no se explica la manera en que la valoración realizada repugnaría a las normas de la sana crítica.

**DECIMO CUARTO:** Que todos los antecedentes expuestos motivo del razonamiento de esta Corte- fueron apreciados por el jueces del Tribunal Oral en la forma y dentro de los límites señalados en el artículo 297 del

estatuto procesal penal, resultando una sentencia motivada, susceptible de un control a posteriori, a través del cual se verifica el contenido fáctico de las normas jurídico-penales que constituyen el presupuesto para la adjudicación de responsabilidad penal. (Horvitz López, Derecho Procesal Penal Chileno, T.II, Editorial Jurídica, primera edición, 1994, p. 341).

**DECIMO QUINTO:** Que en tal virtud, contrariamente a lo aseverado por el recurrente, los jueces dieron cumplimiento a las exigencias del artículo 342 del Código Procesal Penal, en su literal c), en relación al artículo 297 del mismo cuerpo legal, siendo irrelevante para el examen que corresponde a esta Corte, que la defensa no esté de acuerdo con los razonamientos del fallo impugnado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 342, 374 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso

de nulidad deducido por la defensa de Emilio Meza Zapata a fs. 38 de este legajo y se declara que la sentencia de doce de agosto de dos mil nueve, cuya copia está agregada a fs. 9 y siguientes, **no es nula**.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Carlos Künsemüller L.

Rol N°5966-09.

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

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

En Santiago, a veinticinco de noviembre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

## ACOGE RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR EL MINISTERIO PÚBLICO. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS NORMAS DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO EN EL SIMPLIFICADO. MINISTERIO PÚBLICO Y EL DEBIDO PROCESO

**Tribunal: Corte Suprema**

### Resumen:

*Ni la Constitución Política de la República, ni el Código Procesal Penal, o cualquier otro compendio legal, excluyen al Ministerio Público como titular de la garantía del debido proceso contemplada en la Carta Fundamental.*

*No es necesario en el requerimiento de procedimiento simplificado que se indiquen detalladamente los medios de prueba, como es exigible en la acusación en el procedimiento ordinario, y basta que ellos puedan deducirse claramente de la exposición que de los antecedentes o elementos se formulen en la imputación.*

*La limitación y restricción que contempla la norma sobre la vigencia supletoria contemplada en el artículo 389 del Código Procesal Penal, que exige que la disposición que se pretenda aplicar en esa forma, se adecue a la brevedad y simpleza del procedimiento simplificado, impide absolutamente la aplicación supletoria en el procedimiento simplificado del artículo 259 del Código del ramo, atinente al contenido de la acusación.*

### Texto Completo:

Santiago, veintinueve de septiembre de dos mil nueve.

### VISTOS:

En estos autos Rol Único de causa 0800658567-2 e Interno del tribunal 5706-2008, se registra la sentencia dictada en procedimiento oral simplificado por el Juzgado de Garantía de Arica, el diecinueve de junio del presente año, en la que se absolvió a R.A.R.H., J.V.G.U., J.I.P.U. y a C.J.P.U. de la acusación librada en su contra mediante el requerimiento interpuesto por el Ministerio Público, por su responsabilidad de autores los dos primeros y de cómplices los

restantes, todos del delito previsto y sancionado en el artículo 80, letra B, de la Ley N°17.336, con costas de cargo del Ministerio Público, por no haber tenido motivos plausibles para perseguir el delito imputado.

En contra de esa decisión, el Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Arica, dedujo un recurso de nulidad asilado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 19, N°3°, de la Constitución Política de la República, solicita que se lo acoja íntegramente, se anule el veredicto y el juicio, así como la audiencia de preparación del pleito simplificado, ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda, para que ordene la realización

de una nueva audiencia de preparación, y luego, un nuevo juicio oral simplificado.

Este tribunal estimó admisible el recurso y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece a fojas 49.

La audiencia pública se verificó el nueve de septiembre en curso, con la concurrencia, prueba y alegatos ofrecidos por los letrados señores Hernán Ferrera Leiva, en representación del Ministerio Público y el abogado señor Fernando Mardones Vargas por la Defensoría Penal Pública, y después de la vista del recurso, se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que obra a fojas 53.

### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el recurso de nulidad interpuesto en lo principal de fojas 2 a 12 de estos antecedentes, se sustenta en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que preceptúa que dicho arbitrio es procedente si en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento del fallo se hubieren contravenido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y en actual vigor, concreta la deficiencia en la inobservancia a la salvaguardia esencial del debido proceso, amparada por el artículo 19, N°3°, inciso quinto, de la Carta Fundamental.

**SEGUNDO:** Que el recurrente denuncia transgresión a la garantía que toda sentencia debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, que alcanza dos dimensiones, una relativa a que la vida, libertad, honra o propiedad de una persona no puede afectarse sino en virtud de un debido proceso; y otra, la de recibir un dictamen inserto en un procedimiento justo y racional para todo aquél que hace valer una pretensión ante los órganos jurisdiccionales, a lo que también tiene derecho el Ministerio Público.

Es así como en el presente caso, arguye el impugnante, el persecutor penal presentó al Juez de Garantía de Arica un requerimiento en procedimiento simplificado en contra de los cuatro inculcados, además de otras seis personas, todas detenidas en la noche del veinticuatro de julio de dos mil ocho, en un procedimiento judicial-policial que permitió incautar cinco mil setecientos noventa unidades de discos compactos falsificados destinados para su comercialización. Dado que no admitieron responsabilidad, se procedió a la preparación de un juicio simplificado, de acuerdo al artículo 395 bis del Código Procesal Penal, oportunidad en que fue excluida por ese mismo tribunal toda la prueba testimonial (dieciséis testigos), por impertinente y por aplicación del artículo 389 del referido texto, que a criterio del magistrado habilita extender a este tipo de procedimiento, las exigencias del artículo 259 de la misma compilación, relativo a la acusación formulada en el procedimiento ordinario,

y en particular la obligación de pormenorizar los puntos sobre los cuales debía recaer el testimonio de esos testigos.

**TERCERO:** Que la decisión de excluir toda su prueba testimonial, impidiendo su aportación en el juicio simplificado, significó vulneración sustancial de la garantía del inciso 5° del artículo 19, N°3°, de la Constitución Política de la República, ya que se basó en extender erróneamente la aplicación del artículo 259 del Código Procesal Penal, lo que conculcó el carácter simple y breve del procedimiento simplificado, y la norma de reenvío que se contiene en el artículo 389 del mismo estatuto.

Más adelante agrega que el procedimiento simplificado está reservado sólo para aquellos eventos en que la pena solicitada por el Ministerio Público no supere la de presidio menor en su grado mínimo, y que se desarrolla totalmente ante el Juez de Garantía; en el que se admite formular verbalmente el requerimiento (393 bis); faculta la renuncia al juicio (395); por lo tanto, al imponer la regla del artículo 259, al requerimiento regulado en el 391, se obtuvo un resultado completamente inverso al trazado por la ley.

**CUARTO:** Que, por otro lado, significó también quebrantar el artículo 389 del Código Procesal Penal, que a su turno estatuye que el procedimiento simplificado se rige por las normas del Título I Libro IV del Código Procesal Penal, y en lo que éste no proveyere, supletoriamente por las del Libro II del citado orde-

namiento, en cuanto se adecúen a su brevedad y simpleza, de lo cual infiere el oponente que la aplicación del artículo 259 del mismo compendio, estaba supeditada a que las propias reglas del procedimiento simplificado nada dijeren acerca del punto en cuestión. Sin embargo, el artículo 391 del Código adjetivo de penas, especifica lo que debe contener el requerimiento, así en su letra d) dice: “la exposición de los antecedentes o elementos que fundamentaren la imputación”; en cambio, el artículo 259 de la misma recopilación, exige a la acusación mencionar los medios de prueba; y si se trata de testigos, precisar los puntos sobre los que habrán de recaer sus atestados, de tal forma que al existir expresa regulación del asunto en aquella disposición, que no exige la referencia a los temas sobre los que declaran los testigos, no procedía aplicar supletoriamente ésta al caso de autos, por mediar normativa especial que lo resuelve, lo que llevó a imponer al requerimiento formulado por el Ministerio Público un requisito que la ley no considera, privando al persecutor penal de su derecho a presentar una prueba que apoyaba su intervención.

**QUINTO:** Que por lo que toca a su preparación, se aclara por el compareciente que oportunamente apeló de la resolución del Juez de Garantía de excluir su prueba testimonial, el que igualmente fue declarado inadmisibles por el mismo magistrado; ello a su vez motivó un verdadero recurso de hecho, que fue también desestimado por la Corte de Alzada de Arica, en cuyo edicto se sostiene

que la exclusión por razón de imper- tinencia no es susceptible de ape- lación, aspectos sobre los cuales se rindió la prueba ofrecida en el otrosí del recurso de fojas 2 a 12, como se acredita con el acta respectiva que rola a fojas 53, que dejó al Ministerio Público enfrentando el juicio sim- plificado con una sensible disminu- ción de sus medios de prueba, lo que resultó decisivo para el pronuncia- miento absolutorio que finalmente se emitió, lo que de paso violentó el artí- culo 19, N°3°, inciso 5°, de la Carta Magna, lo que sólo resulta reparable con la invalidación del juicio, de la sentencia y de la audiencia de prepa- ración del juicio simplificado, los que pide anular y ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponde para la realización de una nueva audiencia de prepara- ción, y en seguida un nuevo juicio oral simplificado, todo ello como lo manda el artículo 386 del Código Procesal Penal.

**SEXTO:** Que, preliminarmente, en torno a las alegaciones efectuadas en estrados por la defensa, consistentes en que el vicio denunciado se habría convalidado; y además, no se habría dado cumplimiento a la preparación del recurso que exige el artículo 377 del Código Procesal Penal, baste con dejar en claro que, sin perjuicio de lo ya resuelto a fojas 49, la utilización de otras reglas propias del juicio oral del Libro II de la compilación procedi- mental ya citado, de ninguna forma implican automáticamente la con- validación de la anomalía delatada, toda vez que lo que se aduce por el persecutor penal, es que en la actual

situación lo discutido se encontraría debidamente regulado por la ley, por lo que no era necesario recurrir a la aplicación de otros preceptos suple- torios, y que constituye un asunto de fondo del reclamo, que será debi- damente resuelto como se dirá en las reflexiones que siguen. Y, por lo demás, del mérito de la prueba de audio y documental rendida en la audiencia cuya acta figura a fojas 53, así como de los antecedentes acom- pañados a la carpeta pertinente, se demostró fehacientemente que el Ministerio Público oportunamente apeló de la decisión de exclusión de su prueba testimonial ofrecida en el primer otrosí de su requerimiento que corre de fojas 13 a 19, recurso cuyas copias obran de fojas 26 a 29. Posteriormente, aparece declarado como inadmisibles a fojas 30, por el Juez de Garantía de Arica; nega- tiva que a su vez fue atacada con un recurso de hecho que figura de fojas 31 a 33, para terminar desechado por la Corte de alzada de la misma ciu- dad, como se desprende de fojas 37 y 38, actividades que despejan cual- quier duda en orden al cumplimiento de la exigencia de haber reclamado oportunamente del vicio o defecto.

**SÉPTIMO:** Que, a continuación, es menester analizar un nuevo tópico promovido por la Defensoría Penal Pública, relativo a la petición que se deniegue el arbitrio por aspectos for- males, porque al Ministerio Público le estaría vedado invocar la garantía del debido proceso, tal cual aparece como fundamento de su presenta- ción de fojas 44 a 49.

**OCTAVO:** Que como ya se ha dicho a propósito de anteriores recursos de

nulidad N°5.689-04, S.C.S. de veintuno de abril; N°437-2005, S.C.S. de veintiocho de junio; N°3.984-05, S.C.S. de quince de noviembre; N°4.011-05 de veintiséis de octubre; N°4.656-05, S.C.S. de treinta de noviembre, todos del año dos mil cinco y en el N°3.556-07, S.C.S. de veintinueve de agosto de dos mil siete, que sobre el particular conviene tener en cuenta que ni la Constitución Política de la República, ni el Código Procesal Penal, o cualquier otro compendio legal, excluyen al Ministerio Público como titular de la garantía del debido proceso contemplada en la Carta Fundamental.

En efecto, el artículo 19 expresa que “La Constitución asegura a *todas las personas*”, sin excluir ni hacer distinción de personas naturales ni jurídicas, de las garantías y derechos que protege, entre ellos la del N°3°, inciso 5°, que ordena: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

No fluye del precepto constitucional, la exclusión de persona alguna, como lo sostiene la Defensoría Penal Pública; no existe una razón o un argumento especial en la aludida disposición que lleve a descartar al Ministerio Público de la posibilidad de esgrimir dicha garantía constitucional, al encontrarse sometido a la autoridad judicial durante el desarrollo de un pleito.

En consecuencia, por lo hasta ahora conjeturado estas alegaciones manifestadas por la defensa del acusado durante la vista del recurso de nulidad, carecen de asidero.

**NOVENO:** Que también debe resolver esta Corte si el Ministerio Público, al presentar la prueba testimonial que pretendía hacer valer en el juicio oral simplificado, designando sólo los testigos que debían deponer, acató o no las formalidades y requisitos legales que el Código Procesal Penal establece en el procedimiento simplificado, o por el contrario, debió haber dado cumplimiento a la exigencia de añadir a la vez los puntos sobre los cuales iban a testificar, materias asimismo controvertidas por la defensa, quien validó la aplicación de las reglas del juicio oral al simplificado.

Corresponde entonces dilucidar si rige el artículo 391 del Código Procesal Penal, como lo sostiene el Ministerio Público, o por el contrario, aplicándose supletoriamente las pautas del procedimiento ordinario, cabe otorgar vigencia al inciso 2° del artículo 259 del mismo cuerpo legal.

**DÉCIMO:** Que, en respaldo de su pretensión, el Ministerio Público acompañó como prueba el requerimiento del procedimiento simplificado en análisis, el que rola de fojas 13 a 19, en cuyo primer otrosí anuncia a dieciséis testigos para declarar en el juicio, en su mayoría funcionarios policiales.

Asimismo como prueba fue incorporada la audiencia de preparación

del juicio simplificado, la que rola de fojas 20 a 22, donde constan los raciocinios por los cuales el Juez de Garantía de Arica procedió a excluir la prueba testimonial ofrecida por el persecutor penal; y después, la sentencia definitiva absolutoria extendida en la causa, de fojas 23 a 25.

En el curso de la vista, se escucharon los registros de audio, correspondientes a las dos actuaciones detalladas en el párrafo precedente, en conformidad con las cuestiones que se vienen constatando y que originan el reclamo del Ministerio Público.

**UNDÉCIMO:** Que para la adecuada resolución de la controversia planteada, de la que depende el destino del recurso sub lite, es preciso reiterar, tal como ya se ha indicado en los Nos. 3.556-07 y 380-09, la obligación de describir, a lo menos someramente la ritualidad del procedimiento simplificado que el Código Procesal Penal consagra en el Título I, del Libro Cuarto.

Se aplica al conocimiento y fallo de las faltas y también a los hechos constitutivos de simples delitos para los cuales el Ministerio Público requiriere una pena que no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.

Se trata de un procedimiento, como se designa, “simplificado”, que autoriza por dicha circunstancia, la realización del juicio oral ante el Juez de Garantía, un tribunal unipersonal, sin necesidad de efectuarlo ante el Tribunal de Juicio Oral, desprovisto de las formalidades, exigencias, preparación

y desarrollo del litigio que se lleva a cabo ante el tribunal colegiado, y son sus etapas las siguientes: se inicia con la solicitud o requerimiento del Ministerio Público, que constituye la acusación formulada en términos simples en contra del encausado, se pide su citación a juicio, y cumplir las exigencias que prevé el artículo 391 del Código Procesal Penal, que en lo que atañe a la prueba, estatuye en la letra d) que debe contener “la exposición de los antecedentes o elementos que fundamentaren la imputación”.

El Juez de Garantía, recibido el requerimiento, lo examinará para comprobar si cumple los requisitos que determina el artículo 391, y citará al enjuiciado a una audiencia, en la que se llevarán a efecto las actuaciones que siguen: el tribunal realizará una breve relación del requerimiento y de la querrela si la hubiere, instruirá a la víctima si estuviere presente y al encartado sobre la posibilidad de poner término al procedimiento mediante acuerdos reparatorios, en caso contrario requerirá del inculgado si admite responsabilidad, si así ocurre y no hay necesidad de practicar otras diligencias dictará sentencia de inmediato, de lo contrario, se lleva a cabo el juicio, se rendirá la prueba y oído el imputado, a quien se le concederá el derecho a la última palabra, pronunciará fallo.

**DUODÉCIMO:** Que los artículos 388 a 399 del Código del ramo, sobre el procedimiento simplificado, se refieren a la prueba las disposiciones siguientes: artículo 391, antes mencionado que contiene como exigencia del requerimiento o acusación

“la exposición de los antecedentes o elementos que fundamentaren la imputación”; artículo 393, inciso 3°, que guarda relación con la citación de los peritos y testigos; artículo 396 que rige la realización del juicio, en cuyo transcurso se debe recibir la prueba y ordenar la citación y comparecencia de los testigos si se solicitare.

**DÉCIMO TERCERO:** Que en lo que concierne al procedimiento simplificado en examen, el Título I que regula su funcionamiento, contempla una regla de carácter supletoria, el artículo 389, concebido en los términos siguientes: “Art. 389.-Normas Supletorias. El procedimiento simplificado se regirá por las normas de este Título y, en lo que éste no proveyere, supletoriamente por las del Libro Segundo de este Código, en cuanto se adecuen a su brevedad y simpleza”.

A su turno el Libro Segundo de este ordenamiento, en sus Títulos I, II y III, artículos 166 a 351, regula el Procedimiento Ordinario, cuyas normas, según lo preceptúa el artículo 391 antes transcrito, se aplicarán supletoriamente en el procedimiento simplificado.

**DÉCIMO CUARTO:** Que la aplicación supletoria de las disposiciones del procedimiento ordinario al simplificado, no es general, no significa que en todo lo que no esté reglado en el segundo, deban aplicarse los cánones del anterior sin más consideración.

El tenor del artículo 389 en cuestión limita y restringe la aplicación suple-

toria de las disposiciones que especifica en la frase “en cuanto las del procedimiento ordinario se adecuen a la brevedad y simpleza del procedimiento simplificado”.

De esta manera resulta de la esencia y naturaleza del procedimiento simplificado, el factor que determina la aplicación supletoria de normas en comento, puesto que, como se explicitó en elucubraciones anteladas, el procedimiento simplificado tiene una ritualidad especial, que se distingue por su brevedad, sólo una o dos audiencias, la pedida en el requerimiento o acusación y la solicitada para la citación judicial de peritos y testigos, y de inmediato deviene la dictación de la sentencia. Constituyen juicios orales simples que se ventilan ante el Juez de Garantía cuando se reprochan faltas o simples delitos, hay en él, como también ya se dijo sólo la acusación, que es el requerimiento, luego una o dos audiencias, no hay audiencia ni actuación de preparación del juicio de la complejidad de aquella regida por el Título II del Libro II del Código del ramo.

**DÉCIMO QUINTO:** Que la limitación y restricción que contempla la norma sobre la vigencia supletoria reseñada, que exige que la disposición que se pretenda aplicar en esa forma, se adecue a la brevedad y simpleza del procedimiento simplificado, sobre cuyas características ya se ha reflexionado, impide absolutamente la aplicación supletoria del artículo 259 del Código del ramo, atinente al contenido de la acusación, que precede a la audiencia de preparación del juicio oral, un procedimiento que

no ostenta similitud con el simplificado, y que atendida la circunstancia de ser segmento de un procedimiento complejo y detallista, que gobierna la institución de la “acusación”, previa a la audiencia de preparación, su naturaleza y esencia excede aquellas del juicio oral simplificado, de suerte que no se aviene en lo absoluto con su brevedad y simpleza. Basta leer su inciso 1°, que detalla los supuestos que debe contener, entre ellos, la individualización de los acusados y su defensor; la narración circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica; la relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aún subsidiariamente de la petición principal; la participación que se atribuye al inculcado; la expresión de los preceptos legales aplicables; el señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en la litis; la pena cuya aplicación se solicitare, y en su caso, la petición que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado, con lo que excede largamente las exigencias del requerimiento en el procedimiento simplificado (artículo 391 del Código Procesal Penal).

A mayor abundamiento, constituye un argumento ya indiscutible el inciso 2°, que a la letra dispone: “Si, de conformidad a lo establecido en la letra f) de este artículo, el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista individualizándolos con nombres y apellidos, profesión y domicilio o residencia, salvo en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 307, y señalando, ade-

más, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones. En el mismo escrito deberá individualizar, de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicitare, indicando sus títulos y calidades”.

Si el legislador hubiere estimado procedente hacer regir estas enunciaciones tan completas, lo habría establecido claramente, sin dejarlo a la discusión doctrinaria ni judicial. Abona la tesis expuesta el inciso final cuando refiere que la acusación sólo podrá aludir “a hechos y personas incluidas en la formalización de la investigación”, trámite ausente en el procedimiento simplificado.

Será cuestión de estudio particular de cada disposición del procedimiento ordinario, para decidir si es supletoria o no. Sí deberán tenerse muy presente, en cada situación, los cotos que la norma impone, “que se adecuen a su brevedad y simpleza”, fórmula que el legislador utilizó para evitar que se desvirtúe el propósito del procedimiento, de resolverse sumariamente y con rapidez, las materias referidas a faltas y delitos menores.

**DÉCIMO SEXTO:** Que esta interpretación del artículo 389 del Código, cuando estatuye que las reglas del Libro Segundo tendrán aplicación supletoria en el juicio simplificado, en lo que el Título I, del Libro IV, no proveyere, aparece recogida también en la obra sobre Derecho Procesal Penal Chileno de los profesores Sra. María Inés Horvitz Lennon y Julian López Masle, 1ª edición, tomo II, página 478, que al respecto escriben: “en cuanto constituye un acto jurídico

análogo a la acusación, su contenido es muy similar al que exige el Art. 259 del Código de Procedimiento Penal. Pero, a diferencia de la acusación, y por el carácter menos grave de las infracciones penales que son perseguidas a través de este procedimiento más concentrado y simplificado, la ley no exige que se expresen determinadamente en el requerimiento los medios de prueba que se harán valer en el juicio, ellos podrán deducirse únicamente a partir de los antecedentes que fundamentan la imputación. El Código sólo requiere que las partes comparezcan a la audiencia del juicio con sus medios de prueba”.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, de lo razonado y argumentado precedentemente, se concluye que no es necesario en el procedimiento simplificado, que se indiquen detalladamente los medios de prueba, como es exigible en la acusación en el procedimiento ordinario, y basta que ellos puedan deducirse claramente de la exposición que de los antecedentes o elementos se formulen en la imputación.

Por consiguiente, de conformidad con lo exigido por el texto de la ley, así como lo enseñado por la doctrina, la actuación del Ministerio Público se ha ajustado plenamente a derecho, y por ende el sentenciador ha incurrido en desconocimiento de las normas del debido proceso, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del pronunciamiento al aceptar las objeciones entabladas por la defensa del acusado.

Por estas consideraciones, y visto lo dispuesto en los artículos 259, 373,

letra a), 376, 384, 386, 398 y 391 del Código Procesal Penal y 19, N°3°, de la Constitución Política de la República, **SEACOGE** el recurso de nulidad instaurado por Patricio Espinoza González, Fiscal Adjunto de Arica, en lo principal de su libelo de fojas 2 a 12, en contra de lo resuelto en la audiencia de preparación del procedimiento simplificado celebrada el quince de diciembre recién pasado, que rola de fojas 20 a 22; así como del posterior juicio y sentencia, ambos de diecinueve de junio último, que corren de fojas 23 a 25, se **declara, por lo tanto, la nulidad de todas esas actuaciones referidas**, restableciéndose el procedimiento al estado de citar a los intervinientes para la realización de una nueva audiencia de preparación de juicio oral simplificado ante el tribunal no inhabilitado que corresponda, y cumplir con las etapas procesales procedentes con arreglo a derecho.

**Acordada con el voto en contra del Ministro Señor Ballesteros** quien estuvo por negar lugar al recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, en virtud de las siguientes consideraciones:

**A.-** Que el principio llamado del “debido proceso” se encuentra ubicado en el capítulo tercero de la Constitución, destinado establecer los derechos y deberes constitucionales, y se le indica en su artículo 19 N°3 inciso 5° al decir que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y

una investigación racionales y justos”. Vale decir, la legalidad de un juzgamiento va a depender directamente de un proceso previo, y de una investigación, ambos racionales y justos.

**B.-** Que del estudio de las Actas de las sesiones números 100, 101 y 103 se concluye que este precepto se estableció como forma de consagrar en nuestro país esta garantía, teniendo como antecedentes la Declaración de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto de Costa Rica. De esta manera se establece que este concepto forma parte de la temática de los Derechos Humanos y que nació hacia el interior de la defensa de estos derechos en todo orden de situaciones y en especial en el de la legalidad del juzgamiento, por lo que la mayoría de las disposiciones establecidas en tales convenciones se refieren a la actividad jurisdiccional y especialmente en el plano de aquella referida a la que regula el proceso penal. En efecto, el carácter tutelar del proceso no sólo asegura a la persona a quien se le desconoce un derecho que le sea reconocido, sino que, además, y para lo que nos interesa, si el Estado o un particular pretenden que se ejerza la potestad punitiva cuando se le imputa la comisión de un delito, asegura que la pena sea impuesta al imputado a través de un proceso que reúna las mínimas condiciones que autoricen al Estado para castigar.

**C.-** Que, por otra parte, el Ministerio Público se encarga, por orden constitucional, de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, y de los que

acrediten tanto la participación punible como la inocencia del imputado. Debe proteger a la víctima pero también es interviniente en el proceso penal desde el momento en que tomando conocimiento de un hecho que pueda constituir un delito, debe, de oficio, plantear la acción penal como herramienta de la persecución penal del imputado que da origen al proceso penal.

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

Anular tal fallo con el objeto de aplicar una pena en virtud de otorgarle al Ministerio Público una garantía

constitucional que no posee, no es posible.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

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

Rol N°4805-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres.

Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. No firma el Ministro Sr. Künsemüller, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

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

## RECHAZA RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR LA PARTE QUERELLANTE. INTRODUCCIÓN DE PRUEBA. INFORME DE PERITOS

**Tribunal: Corte Suprema**

### Resumen:

*Rechaza recurso de nulidad sustentado en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, fundada en la supuesta infracción de garantías constitucionales al privársele al querellante del derecho a rendir prueba de cargo ofrecida oportunamente, admitida por el tribunal de garantía, cercenando ilegítimamente a su parte la posibilidad de sustentar debidamente la acusación y determinar la autenticidad o falsedad de los documentos públicos dubitados, cuya autoría atribuye a la imputada.*

*Se señala en el fallo que la postura del compareciente de estimar que el “informe de peritos” es el dictamen escrito de éstos, es un error que se aparta ostensiblemente de la lógica que gobierna la rendición de prueba que impone el sistema acusatorio y los principios que lo guían.*

*El medio que forma, o puede legítimamente formar, la convicción del tribunal es la declaración de los peritos en la audiencia del juicio oral. El informe pericial escrito puede ser utilizado legítimamente durante su transcurso para refrescar la memoria del experto y manifestar las inconsistencias relevantes entre las declaraciones actuales y el informe, según lo regula de manera expresa el artículo 332 del Código Procesal Penal.*

### Texto Completo:

Santiago, a dos de noviembre de dos mil nueve.

### VISTOS:

En estos autos Rol Único de Causa N°0810009007-5 e Interno del Tribunal N°121-2009, se registra la sentencia dictada en procedimiento ordinario por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, de veinticuatro de julio de dos mil nueve, complementada por resolución de veintiocho de julio pasado, que en lo decisorio absuelve a M.D.C.S. del cargo de ser autora del

delito de falsificación de documento público previsto y sancionado en el artículo 192, N°2°, del Código Penal. Asimismo, desestimó la demanda civil de indemnización de perjuicios interpuesta por la querellante contra la mencionada imputada.

En contra de esa decisión, los abogados Homero Caldera Calderón y Jaime Villalobos Narbona, por la querellante, dedujeron un recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal.

Este tribunal estimó admisible el recurso y dispuso pasar los antece-

dentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad deducida, como consta de fojas 42.

La audiencia pública se verificó el trece de octubre último, con la concurrencia y alegatos de los letrados señores Homero Caldera Calderón, en representación de la parte querrelante, y Gonzalo Uribe Gil, por la defensa. Luego de la vista del recurso, se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 47.

### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el recurso de nulidad interpuesto en el libelo de fojas 28 a 33 de estos antecedentes, se sustenta en la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, concretando el defecto en el desconocimiento de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 19, N°3, incisos 1° y 5°, de la Carta Fundamental; 14.1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Asevera el compareciente que el tribunal oral, al dictar la sentencia definitiva impugnada, infringió sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

En aval de sus reproches, asegura que la causal esgrimida se configura al impedir el tribunal que su parte procediera a la exhibición y ratificación

del peritaje caligráfico evacuado por el grafólogo Samuel O´Ryan Bravo, pues en la audiencia de rigor, solicitada formalmente su agregación, fue denegada, procediendo a su exclusión. Sin embargo, sostiene que el Tribunal de Garantía de Villa Alemana, en el auto de apertura de juicio oral, decretó la prueba pericial en los siguientes términos: Peritaje caligráfico evacuado por el perito grafólogo judicial, inscrito en la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Samuel O´Ryan Bravo, quien deberá ratificar el referido informe, indicando cómo llegó a la conclusión que el documento era falso.

Esgrime la defensa que los tribunales superiores han resuelto que el auto de apertura del juicio oral es una resolución judicial y, al no ser recurrida, queda firme y ejecutoriada produciendo el efecto de cosa juzgada. Acorde a ello y en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 del Código Orgánico de Tribunales, aduce que el tribunal oral carece de facultades para conocer de la impugnación de resoluciones dictadas por el juez de garantía ni tiene atribuciones disciplinarias respecto de estos magistrados, de modo que el auto de apertura se torna irrevocable.

Afirma que de acuerdo a lo prevenido en el artículo 314 del Código Procesal Penal, es permitido a los intervinientes presentar informes de peritos y solicitar en la audiencia de preparación del juicio que sean citados a declarar en aquel que se verificará con posterioridad, cuyo contenido se extiende en los términos establecidos en el artículo 315 del mismo cuerpo

legal, lo que viene a ratificar que tales informes deben ser agregados al juicio, sin perjuicio de la concurrencia de la persona que lo evacuó; por ello el artículo 322, inciso 2°, prescribe que se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado.

Asegura que su parte fue privada de ejercer esta prerrogativa durante la audiencia del juicio, pues el tribunal no le permitió rendir una prueba ya admitida y procedente, sin respetar las normas del peritaje, pues el auto de apertura lo incorporó y ordenó su ratificación. En definitiva, critica que no se permitió, de modo legítimo, la posibilidad de sustentar debidamente su acusación, toda vez que la prueba omitida resulta fundamental para la determinación de la autenticidad o falsedad de los documentos dubitados y que constituyen los delitos de falsificación de instrumento público, reiterado, objeto de la persecución.

En la conclusión, pide se acoja el recurso y se anule el fallo y el juicio oral, debiendo la causa retrotraerse al estado de celebrar nuevo litigio ante el tribunal oral no inhabilitado que corresponda, que reciba, además, el informe pericial ofrecido a fin que sea ratificado por quien lo extendió.

**SEGUNDO:** Que según consta de lo pertinente del libelo de fojas 28 a 33, el recurrente ofreció como prueba el registro de audio correspondiente a una sección d el juicio oral que se pretende anular y de la audiencia de preparación del mismo. Sin embargo, en la oportunidad procesal correspondiente, ninguna prueba se rindió.

**TERCERO:** Que el recurso de nulidad reglado en el estatuto procesal penal ha sido instituido para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley, esto es, por contravenciones precisas y categóricas cometidas en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento del fallo, abriendo paso a una solución de ineficacia de todos aquellos actos en que se hubieren violentado sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes - artículo 373, letra a) -, o cuando en la dictación de la sentencia se hubiere hecho una inexacta aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo - artículo 373, letra b) -; o, por último, cuando se incurriere en contravenciones precisas que dieran lugar a los motivos absolutos de nulidad consagrados en el artículo 374 del Código Procesal Penal.

**CUARTO:** Que, hechas estas consideraciones previas, corresponde determinar si la sentencia cuestionada ha vulnerado las disposiciones de rango superior en que descansa el recurso al privar al recurrente, según se sostiene, del derecho a rendir prueba de cargo ofrecida oportunamente, admitida por el tribunal de garantía y procedente, cercenando ilegítimamente a su parte de la posibilidad de sustentar debidamente la acusación y determinar la autenticidad o falsedad de los documentos públicos dubitados, cuya autoría atribuye a la imputada.

**QUINTO:** Que por lo pronto, la postura del compareciente de estimar que el “informe de peritos” es el dictamen escrito de éstos, es un error que se aparta ostensiblemente de la lógica que gobierna la rendición de prueba que impone el sistema acusatorio y los principios que lo guían.

En efecto, el oponente se confunde con la regulación del sistema inquisitivo imperante con anterioridad al Código Procesal Penal, en que dicho medio probatorio estaba constituido por la materialidad del informe que se entregaba al tribunal y no por el relato del perito, como ocurre hoy; lógica que se modifica sustancialmente con la implementación del nuevo sistema de juicio oral, donde no hay duda acerca que en la audiencia respectiva la prueba pericial básicamente consiste en la declaración personal que debe prestar el experto, lo que ha sido reconocido por el artículo 329 del ordenamiento procesal penal, que dispone que la declaración del perito no puede ser sustituida de ninguna forma por la lectura de actas e informes periciales escritos, salvo algunas excepciones que se establecen en el artículo 331 del mencionado estatuto. Así, la regla fundamental respecto de esta prueba es que el perito debe comparecer y someterse a las normas del examen y contraexamen, con las cuales se exhibe ante los jueces toda la información relevante del peritaje, quienes otorgarán mayor o menor fuerza probatoria según el grado de credibilidad que le otorguen a sus declaraciones y a su idoneidad profesional.

Lo anterior se encuentra refrendado por la doctrina nacional al sostenerse

que, respecto a la forma en que debe rendirse la prueba pericial, la regla básica es que “ella consiste en la declaración que en juicio presenta el experto, sin que ella pueda ser reemplazada, sustituida o complementada por declaraciones previas registradas en actas o por su informe pericial escrito, salvo los casos excepcionales regulados por el propio Código. Si el perito no va a juicio, por lo que no explica en la audiencia su peritaje, y no se somete a las preguntas de examen directo y contraexamen de las partes –y eventualmente a las preguntas aclaratorias del tribunal– no se dispone prueba pericial que pueda ser valorada” (Mauricio Duce J.: “La prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal” en Revista Procesal Penal, N°37, sección Doctrina, Editorial Lexis Nexis, pp. 11 y siguientes).

**SEXTO:** Que conforme con lo expresado, el medio que forma o puede legítimamente formar la convicción del tribunal es la declaración de los peritos en la audiencia del juicio oral. El informe pericial escrito puede ser utilizado legítimamente durante su transcurso para refrescar la memoria del experto y manifestar las inconsistencias relevantes entre las declaraciones actuales y el informe, según lo regula de manera expresa el artículo 332.

**SÉPTIMO:** Que bajo este prisma, según se lee de la sentencia cuya nulidad se reclama, el fundamento séptimo se hace cargo de la prueba producida por la querellante para acreditar los hechos materia de su acusación, explayándose latamente

sobre la prueba pericial rendida, consistente en la declaración de Samuel Elías O´Ryan Bravo, contador auditor, grafólogo y calígrafo forense, quien relata acerca de la labor efectuada a requerimiento del acusador particular respecto de la firma estampada en un contrato de compraventa, extendiéndose, además, a las consultas formuladas por la misma parte que lo presenta, por la defensa y por el tribunal.

**OCTAVO:** Que rendida esta probanza y con el mérito de los restantes antecedentes aportados al litigio, los jueces arribaron a la decisión de absolución, al estimar que no se comprobó de manera indubitada la situación fáctica consistente en que las firmas estampadas por quien aparecía como vendedor y como mandante en las escrituras públicas de doce y veinte de septiembre de dos mil cinco, otorgadas ante la notario suplente M.D.C.S., hubieren sido realizadas por alguien distinto a la persona individualizada en las mismas, esto es, don M. C. O.

**NOVENO:** Que, entonces, la tacha consistente en el rechazo del tribunal a recibir la prueba de que se trata no existe, a pesar de los cuestionamientos del recurrente, pues es de toda evidencia que el perito compareció a estrados y su relato se ponderó en la forma que ordena el artículo 297 del Código Procesal Penal, sin que el tribunal le otorgara mérito suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de la imputada. Así surge de los motivos noveno y décimo de la sentencia impugnada.

**DÉCIMO:** Que, como corolario de lo anterior, puede afirmarse que la decisión dubitada ha dado recta aplicación a las normas constitucionales, sustantivas y procesales que se dicen quebrantadas, por lo que el recurso de nulidad promovido, en tanto se sustenta en la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, no está en condiciones de prosperar por lo que será desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 314, 315, 329, 332, 372, 373, letra a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por los abogados Homero Caldera Calderón y Jaime Villalobos Narbona, en representación de la parte querellante, en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal Oral en Lo Penal de Viña del Mar, el veinticuatro de julio de dos mil nueve, declarándose que ella no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Rubén Ballesteros Cárcamo.

Rol N°5579-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Luis Bates H. y Benito Mauriz A. No firma el abogado integrante Sr. Bates, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

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

## RECHAZA RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR LA DEFENSA. DECLARACIÓN DE PERITO EN JUICIO ORAL. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. TRASCENDENCIA DE LA INFRACCIÓN DE GARANTÍAS

**Tribunal: Corte Suprema**

### Resumen:

*El fallecimiento de un perito mientras prestaba declaración en un juicio oral pudo privar a la recurrente de ejercer sus derechos legales respecto del mismo, sin embargo, tal circunstancia no devino de la negativa del tribunal o de la actividad de alguno de los otros intervinientes, sino que por el contrario, se trató de un evento de fuerza mayor, que además, afectó a todas las partes del juicio por igual.*

*Aún cuando el médico fallecido prestaba declaración como perito legista, sus dichos podrían haber sido excluidos de la sentencia, sin que ello condujera a la falta de prueba de alguna de las circunstancias en que él tuvo intervención y ello deriva de la simple circunstancia que sobre unos mismos hechos prestaron declaración otros peritos y también otros testigos, que fueron legalmente examinados y respecto de quienes no se formuló protesta alguna. En consecuencia, aparece que la supuesta violación de garantías constitucionales no es tal y no tiene tampoco la trascendencia que exige la ley.*

*El artículo 375 del Código Procesal Penal es depositario del principio de trascendencia, por lo que es exigible no sólo que la vulneración de garantías sea efectivamente verificable, sino que además tal infracción cause un perjuicio constatable que permita establecer que la garantía en cuestión ha sido efectivamente transgredida, perdiendo su eficacia jurídico constitucional.*

### Texto Completo:

Santiago, veintiuno de octubre de dos mil nueve.

Vistos:

El Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas condenó a José Enrique Toledo Mancilla, como autor del parricidio frustrado de su conviviente J.P.L.M., cometido el 6 de agosto de 2008, a cumplir una condena de quince años de presidio mayor en su grado medio, accesorias y costas.

Además, se acogió la demanda civil, condenándose al referido acusado, a pagar la suma de \$306.536.671 por concepto de indemnización.

Contra este fallo se interpuso recurso de nulidad por la defensora pública, quien invocó las causales de las letras a) y b) del artículo 373, con el objeto que tanto el juicio como la sentencia fueran anulados, o en subsidio, que sólo lo fuera la sentencia para que en ese caso, se librase la correspondiente sentencia de reemplazo.

A fs. 64 se ordenó pasar estos antecedentes al Sr. Presidente de la Corte, quien fijó la audiencia del día jueves uno de octubre de dos mil nueve para su conocimiento, encontrándose agregada el acta de esa actuación a fs. 67 de este legajo.

### **CONSIDERANDO:**

1° Que la causal principal deducida por la defensa, corresponde a la de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, a través de la cual se ha denunciado infracción al artículo 19 N°3 inciso 5° de la Constitución Política, en cuanto al procedimiento racional y justo y al artículo 329 del Código Procesal Penal, en relación a que “los peritos deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe y a continuación se autorizará que sean interrogados por las partes”. Asimismo, de acuerdo al artículo 332 aplicable supletoriamente - las partes pueden leer al perito parte de su informe, como ayuda memoria, para demostrar o superar contradicciones y solicitar aclaraciones.

Señala la defensa, que en el presente caso, el perito -que correspondía al médico legista- Sr. Carlos Castro Aguilar, sufrió un infarto mientras prestaba declaración y cuando recién comenzaba a ser interrogado por el Ministerio Público. Debido a ello, la audiencia debió suspenderse y posteriormente el referido perito no pudo seguir su exposición por haber fallecido.

A pesar de lo sucedido, en el fallo se incorporó esa prueba y fue valo-

rada por los jueces que integraban el tribunal oral, en circunstancias que nada de ello procedía, puesto que no fue íntegra y no estuvieron las partes en condición de ejercer sus derechos a su respecto. Arguye que el contraexamen es la confrontación mínima para dar confiabilidad y credibilidad a la prueba, de acuerdo además, a lo prevenido en el artículo 14 apartado 3 letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8 apartado 2 letra f) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Cita a Maier en cuanto a que la posibilidad de controlar la prueba integra el principio de contradicción y corresponde a la facultad del imputado de equiparar sus posibilidades con el acusador. Sostiene que es necesario garantizar al imputado las mismas facultades para influir sobre la reconstrucción fáctica, que las reconocidas al Ministerio Público.

Concluye que con lo actuado, los jueces del Tribunal Oral violaron los principios básicos de un procedimiento adversarial, ya que no sólo la prueba fue incompleta porque no alcanzó a concluir el examen del fiscal, sino que tampoco pudo hacerlo el querellante y la defensa, a pesar de lo cual, los referidos jueces le asignaron pleno valor probatorio.

Se refiere al motivo octavo de la sentencia que se revisa, en el cual los sentenciadores tuvieron presente lo expuesto por el fallecido perito y, además, por los peritos médicos Javier Muñoz Lora y Humberto Hurtado Yutronic para tener por establecida la

gravedad de las lesiones sufridas por la víctima, su potencialidad mortal y, asimismo, la vía de ingreso y trayectoria del proyectil en la cabeza de la víctima. De ello deriva la trascendencia que la infracción tuvo en la decisión de condena.

Termina solicitando se acoja esta causal principal y, en consecuencia, se disponga la nulidad del juicio y de la sentencia, debiendo señalarse el estado en que quedará el procedimiento, remitiéndolo a tribunal no inhabilitado.

2°.- Que en forma subsidiaria se deduce la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal, en relación al artículo 11 N°6 del Código Penal, alegando la existencia de diferentes interpretaciones realizadas por tribunales superiores.

Sostiene que en el considerando décimo quinto, los jueces estimaron que no beneficiaba al acusado la circunstancia atenuante del artículo 11 N°6 mencionada, porque aún cuando no registra anotaciones en su extracto de filiación, existían testimonios vertidos en el juicio sobre la conducta previa del acusado en relación a la víctima (malos tratos y agresiones verbales) y también al hecho de circular en lugares públicos con armas de fuego.

Argumenta que el error de derecho consiste en haber rechazado la atenuante con una interpretación contraria a la ley penal y al sistema procesal vigente, ya que de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia, basta el extracto exento de anotacio-

nes penales para reconocer la concurrencia de la atenuante.

Los jueces consideraron, para descartar la minorante, la existencia de peleas de pareja -puesto que nunca hubo denuncia por violencia intrafamiliar- y la circunstancia de andar armado, pero sin considerar que las armas estaban inscritas y tenía los permisos respectivos.

A consecuencia de ello, se han violentado entonces, las normas de la ley 20.066 que describe los actos que deben entenderse como violencia intrafamiliar y que establece también, los tribunales competentes para declarar su existencia.

Alega, por otra parte, que no resulta lógico ni racional que si la misma ley ordena no considerar determinados delitos por el transcurso del tiempo y que otros, simplemente, puedan ser eliminados de los antecedentes a través de un trámite administrativo, en el presente caso se niegue la prerrogativa por observaciones de orden moral.

Señala que la influencia de este error de derecho se traduce en la imposición de una pena más alta que la que correspondía, puesto que con la atenuante, el tribunal no podía imponer el máximo de la pena, de donde se sigue que la sanción pudo ser de 10 años y un día.

En su conclusión, pide se declare la nulidad de la sentencia y que se dicte sentencia de reemplazo que aplique pena no superior a 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio.

3° Que en la audiencia dispuesta para conocer del recurso de nulidad, se rindió prueba de audio por la parte defensora, consistente en tres secciones individualizadas en las pistas 0800699180-8-991-090707-06-05 que se escuchó desde el minuto 26 hasta su término y dos pistas signadas 0800699180-8-991-090707-06-0507-01, completas, y que corresponden a la reanudación de la audiencia justo después del momento en que el perito Sr. Castro sufrió un ataque cardíaco; luego, al inicio, al día siguiente y a la incorporación de unas láminas que formaban parte del peritaje del fallecido experto y que fue solicitado por el Ministerio Público.

4° Que con la referida prueba se ha demostrado la efectividad que el perito Sr. Castro no pudo ser interrogado, después de haber sufrido un infarto y que el ente persecutor solicitó la incorporación de unas láminas, con posterioridad a ese hecho, que habrían formado parte del peritaje, cuestión a la que se opuso la defensa, pero que en definitiva, igualmente fueron incorporadas en la audiencia.

La primera circunstancia, no fue objeto de controversia por los demás intervinientes en la audiencia, Ministerio Público y querellante, quienes estuvieron de acuerdo en el hecho que el Sr. Perito sufrió un colapso que no le permitió seguir prestando declaración y que luego falleció, de modo que sólo el fiscal alcanzó a formular algunas preguntas, sin terminar su cometido y sin que la defensa y la querellante pudieran hacer uso de su derecho a conainterrogarlo.

En cuanto a la incorporación de las láminas, ese hecho no fue tampoco controvertido por los representantes del Ministerio Público y la querellante, habiendo alegado, sin embargo, el primero, que tal circunstancia no era objeto del recurso, lo que es efectivo.

5° Que el hecho que se tuvo por establecido en la sentencia, en su motivo octavo, es el siguiente: “El día 6 de agosto de 2008, aproximadamente a las 5 horas de la madrugada, J.P.L.M., en circunstancias que se encontraba en el interior de su domicilio ubicado en xxx de esta ciudad, junto a su conviviente, José Enrique Toledo Mancilla, en el marco de una discusión entre ambos, éste último con un arma de fuego tipo rifle marca “Marlin” calibre 22 Magnum, procedió a disparar a la primera, impactándola con un proyectil que ingresó por la parte posterior parietal alta de su cabeza, que le provocó una herida con traumatismo encéfalo craneano abierto y fractura de cráneo con importante pérdida de masa encefálica, lesiones graves y capaces de producirle la muerte de no haber mediado los oportunos y eficaces socorros médicos debiendo ser intervenida de urgencia para salvarle la vida.”

6° Que en ese mismo motivo, los juzgadores explicitaron la exigencia del literal c) del artículo 342, en cuanto a la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y la valoración de los medios de prueba que fundamentaron dichas conclusiones en relación al artículo 297 de ese mismo cuerpo legal.

7° Que en tal argumentación, los jueces precisaron que la conclusión acerca de la efectividad de las lesiones sufridas, “su gravedad extrema, en términos tales que le hubieran costado la vida sin un tratamiento oportuno; su estado actual, sus reales posibilidades de recuperación parcial y lo necesario de un tratamiento que se prolongue en el tiempo”, se tuvo por establecido con los dichos de los médicos Héctor Gómez Ojeda, residente de la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Regional de Punta Arenas, de Hernán Rebolledo Berríos, médico neurocirujano que intervino quirúrgicamente a la víctima el día de los hechos, de Christos Varnava Torres, quien analizó la situación de la mujer durante la mañana de ese mismo día, y del médico neurólogo Ramiro Fernández Calderón (párrafo décimotercero).

Por su parte, con las versiones de los peritos balísticos, en especial de Nancy Contreras Zuleta, se formó convicción sobre el hecho que era imposible un disparo en forcejeo ya que la trayectoria intracorpórea del proyectil es de atrás hacia delante y que es imposible que la víctima haya estado de pie al momento del impacto (párrafo décimoquinto).

Finalmente, y reiterando la conclusión sobre la gravedad de las lesiones y su potencialidad mortal, así como el sentido y vía de ingreso del proyectil en el cuerpo de la víctima, se otorgó mérito a las declaraciones del fallecido perito forense, Sr. Castro Aguilar y de los médicos Humberto Hurtado Yutronic y Julio Muñoz Lora.

Sobre esto último, valga precisar de inmediato, que en el párrafo décimocuarto del motivo octavo del fallo, se arguye que no sólo fueron los dichos de Castro los que sirvieron de fundamento a esa conclusión, sino que además, se consideró lo expuesto por otros dos médicos, uno de ellos, también legista y el siguiente, particular.

8° Que tal como se aprecia de los testimonios transcritos en la sentencia, el doctor Muñoz Lora indicó que el 6 de agosto de 2008 (mismo día del hecho) se hizo informe de lesiones a la víctima. Describe las heridas y señala que eran potencialmente mortales, ya que se trataba de un traumatismo encéfalo craneano abierto y cualquier herida de esa naturaleza presenta alta probabilidad de mortalidad. También precisa que no vio a la paciente puesto que ella se encontraba en pabellón.

Se observa entonces, que este perito se refirió a las lesiones que presentaba la víctima y a su calidad de potencialmente mortales.

De la transcripción de lo aseverado por Hurtado Yutronic, aparece que aquél describe las lesiones sufridas por la Sra. L. y su evolución desde el día del hecho, señalando cada una de las afecciones que sufrió y como ellas fueron superándose, además de ser categórico en indicar que sin la intervención quirúrgica probablemente no se habría salvado su vida.

De esta declaración se aprecia, que avaló lo ya dicho sobre la entidad de las lesiones y su calidad de posiblemente mortales.

Finalmente, en cuanto a lo consignado en la sentencia, acerca de los dichos del médico fallecido, Sr. Castro Aguilar, se lee que examinó a la víctima el 22 de octubre de 2008, así como los antecedentes de su ficha médica, dejándose constancia que el diagnóstico fue con base en la observación y examen de la paciente y de la ficha médica. Este perito volvió a describir las lesiones sufridas por la víctima con motivo del hecho y su evolución, para terminar refiriéndose a la trayectoria de la bala, la que fue “establecida mediante la declaración del doctor Rebolledo”.

De lo transcrito y revisado en la sentencia, aparece entonces que este perito volvió a referirse, una vez más, a la calidad de las lesiones, las que describe; y, también, se refirió a la trayectoria de la bala, pero no lo hizo desde su examen de la paciente, sino que tal como se aprecia de su declaración copiada en la sentencia- lo estableció el doctor Rebolledo y él se limitó a repetirlo.

Luego, al revisar la declaración del doctor Rebolledo (que está signada con el N°10 del motivo séptimo), es posible verificar que este médico que fue quien atendió a la víctima el día del hecho y quien, por demás, la operó para salvar su vida, hizo una larga descripción de la trayectoria de la bala y de los motivos por los que podía concluir que no se trataba de una lesión de tipo suicida, sino que por el contrario, que el arma estaba lejos de la piel al ser disparada. Indicó que la paciente tenía una deformación frontal, con laceración de cuero cabelludo, con lesión menor de entrada de

bala en la región alta parietal, en la parte alta de la cabeza, “que indica en estrados”. Más adelante agregó, que el mayor daño se produce en la salida del proyectil y que en la zona limítrofe entre el cráneo y la cara, el hueso se fracturó en múltiples pedazos, que buena parte de la región frontal del cráneo, desapareció.

9° Que en consecuencia, necesario resulta concluir, que las lesiones, su naturaleza, calidad y evolución no fueron descritas únicamente por el fallecido perito Sr. Carlos Castro Aguilar, sino que fueron también ampliamente reseñadas por los doctores Muñoz Lora y Hurtado Yutronic, tal como se expresó en el fallo que se revisa, sin perjuicio que también lo fueron por el Sr. Rebolledo.

Luego y en lo que cabe a la trayectoria de la bala, si bien en el motivo octavo, párrafo décimocuarto, se sostiene que ella se tuvo por establecida también, con el mérito de lo aseverado por el fallecido perito y, además, por lo dicho por los peritos Muñoz Lora y Hurtado Yutronic, aparece igualmente- y como ya se dejó asentado- que Castro se remitió en esta parte a lo dicho por el doctor Rebolledo, que declaró en la causa como testigo y que -como ya se precisó previamente- se explayó sobre ese punto, mostrando incluso en estrados la vía de ingreso de la bala en la cabeza de la víctima.

10° Que de lo hasta aquí relatado, es efectivo lo señalado por la recurrente, en el sentido que se vio privada de ejercer sus derechos legales respecto del perito Sr. Carlos Castro Aguilar,

lo que ella reclama como la vulneración del principio de contradicción o *adversarial* en cuanto a esa deposición.

Sin embargo, lo primero que ha de advertirse, es que tal circunstancia no devino de la negativa del tribunal o de la actividad de alguno de los otros intervinientes, sino que por el contrario, se trató de un evento de fuerza mayor, que además, afectó a todas las partes del juicio por igual. Asimismo, es preciso dejar establecido que el tribunal oral en lo penal, carece de facultades para excluir una prueba, aún por falta de integridad.

Pero, lo que resulta más relevante de advertir, es el hecho que aún cuando el doctor Castro prestaba declaración como perito legista, sus dichos podrían haber sido excluidos de la sentencia, sin que ello condujera a la falta de prueba de alguna de las circunstancias en que él tuvo intervención y ello deriva de la simple circunstancia que sobre unos mismos hechos prestaron declaración otros peritos y también otros testigos, que fueron legalmente examinados y respecto de quienes no se formuló protesta alguna.

En consecuencia, aparece que la supuesta violación de garantías constitucionales no es tal y no tiene tampoco la trascendencia que exige la ley.

11° Que, en efecto y como ya ha sido fallado por esta Corte, el recurso de nulidad como medio de impugnación de una sentencia, debe cumplir los mismos requisitos que gobiernan

la nulidad procesal, de modo que “para su procedencia deben concurrir los presupuestos básicos de éstas, entre las cuales se encuentra el llamado “principio de **trascendencia**” que, por lo demás, recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal, en virtud del cual se ha sostenido que la trasgresión que funde un recurso de la naturaleza como el de la especie, “debe constituir un atentado de tal entidad que importe un perjuicio real al litigante afectado que conduzca a la esterilidad de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta, privándola de eficacia. En otras palabras, se requiere que el vicio sea **sustancial**, trascendente, de mucha importancia o gravedad, de suerte que el defecto entrase, limite o elimine el derecho preterido”. (Motivo noveno de la sentencia recaída en el Rol N°2936-09).

En consecuencia, no toda **infracción** conduce a la nulidad del juicio oral y de la sentencia, sino que es necesario que aquélla sea sustancial, esto es, “trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso.” (Rol N°3.319-02, Revista Procesal Penal N°4, diciembre 2002, p. 41)

En tal virtud y como lo menciona la doctrina, se incorpora el artículo 375 como depositario del principio de **trascendencia**, por lo que es exigible no sólo que la **infracción** de garantías sea efectivamente verificable, sino que además tal **infracción** cause un perjuicio constatable que permita establecer que la garantía en cuestión

ha sido efectivamente transgredida, perdiendo su eficacia jurídico constitucional. (Andrés Rieutord Alvarado, El Recurso de Nulidad en el Nuevo Proceso Penal, Edit. Jurídica, 2007, pp. 43 -44). Frente a una eventual discusión acerca de si es o no aplicable el artículo 375 a la hipótesis del artículo 373 letra a), los autores señalan que “nos parece que la exigencia de influencia **sustancial** en lo dispositivo de la sentencia le resulta plenamente aplicable, toda vez que el recurso de nulidad supone la exigencia general del agravio, aplicable a todo recurso, y la exigencia general del perjuicio aplicable a toda nulidad.” Entonces, la **infracción sustancial** de derechos o garantías puede servir de fundamento suficiente al recurso de nulidad, cuando ha “ocasionado a los intervinientes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad”, que existirá “cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”, conforme a lo previsto por el artículo 159 del Código del Ramo, (Horvitz-López, ob. cit., pág. 415), situación que no se da en la especie”. (Rol N°2044-09).

12° Que, como ya se ha explicado, de los fundamentos de la sentencia deriva que la declaración del perito Sr. Castro Aguilar no era indispensable, de modo que si el resto de los medios probatorios que fueron recibidos por el tribunal y cuyo objeto fue el mismo al que apuntó la declaración del experto mencionado, no fueron impugnados por la defensa, quien pudo ejercer respecto de aqué-

llos todos los derechos que la ley le franquea, forzoso resulta concluir que la infracción por ella denunciada no ha sido tal ni ha tenido la entidad o trascendencia suficiente como para alzarse en violación de una garantía constitucional.

Por lo dicho, el primer capítulo de nulidad invocado, deberá ser desechado.

13° Que en lo que atañe a la causal de la letra b) del artículo 373, preciso resulta consignar en primer término, que en la forma que ha sido propuesta, no es posible concluir la existencia de diferentes interpretaciones sostenidas por diversos tribunales superiores, puesto que tal como se aprecia de las copias de sentencias acompañadas al recurso, se trata de pronunciamientos hechos en fecha anterior a la de entrada en vigencia de la reforma procesal penal, en circunstancias que esta Corte ya ha precisado que debe tratarse de fallos pronunciados bajo la vigencia de la reforma.

Sin embargo, dado que la causal de la letra a) del artículo 373 es de competencia natural de esta Corte Suprema, de igual modo y de acuerdo a lo prevenido en el artículo 376 inciso 4°, corresponde a esta el pronunciamiento sobre la errónea aplicación del derecho que se reclama.

14° Que como se aprecia del motivo décimoquinto de la sentencia que se revisa, los juzgadores decidieron no reconocer en beneficio del acusado, la circunstancia atenuante de la irrepachable conducta anterior.

En ese motivo se expresa que aún cuando el extracto de filiación y antecedentes del acusado no presenta anotación alguna, de la testimonial y documental agregada en la causa, se tuvo por demostrado que el imputado circulaba por lugares públicos portando un arma de fuego y que en diferentes oportunidades habían existido episodios de violencia verbal y física dirigidos contra la víctima. De ello se concluyó que la conducta previa de Toledo Mancilla no estaba exenta de reproche, sino que por el contrario, resultaba posible tener por demostrado que en su conducta ya existían actos violentos contra J.L. y que cotidianamente portaba armas de fuego.

15° Que el error de derecho denunciado se ha hecho consistir en que bastaría con un extracto de filiación libre de anotaciones pretéritas para dar por concurrente la circunstancia atenuante de la irreprochable conducta anterior.

16° Que este tribunal no comparte la apreciación de la Sra. Defensora Pública, puesto que la circunstancia que establece el ordinal sexto del artículo 11 del Código Penal, no está restringida, únicamente, a la conducta penal de una persona, sino que a toda ella, pudiendo ser reprochable desde una óptica distinta a la sola consideración de si ha cometido o no con anterioridad algún delito.

En el caso que se analiza, los sentenciadores aceptaron que el acusado no había cometido antes delito alguno por el cual hubiera resultado condenado, pero tuvieron por demostrado

que, con anterioridad a los hechos de autos, sí había sido violento en su actuar con la misma víctima y que se presentaba en lugares públicos portando armas de fuego.

Estos hechos, así establecidos, no fueron impugnados en el recurso en forma legal, de modo que se tienen por ciertos, a pesar que en su alegato la Sra. Defensora pretendió que tales hechos no eran efectivos y que su valoración debió ser otra. Tales cuestiones de hecho escapan a las posibilidades de intervención de esta Corte y, por lo tanto, resultan inmodificables tanto en su establecimiento como en su valoración.

Y en lo que dice relación con la pretendida infracción de derecho, ésta no resulta efectiva, puesto que como ya se anticipó, no existe norma legal alguna que indique que la conducta irreprochable se mide con el extracto de filiación y antecedentes, siendo éste sólo un elemento más que puede configurar prueba sobre esta circunstancia. En consecuencia, si se han presentado testigos que avalan la buena conducta del imputado o documentos que dan cuenta de su destacada participación en su círculo social, sea en el deporte, en la junta de vecinos, en su iglesia o cualquiera otro, el tribunal está facultado para valorar tales antecedentes en la forma que sea pertinente. En este caso se prestó declaración por algunos testigos -en su mayoría vecinos de la pareja- y también se agregaron algunos documentos, que permitieron al tribunal evidenciar la existencia no sólo de conflictos previos que no fueron calificados como simples peleas

de pareja, como pretendió la defensa, sino que más bien agresiones físicas y verbales, ciertas, reales, a pesar de no haberse formulado denuncia por violencia intrafamiliar. La sola circunstancia de haberse omitido la denuncia, no implica que tales hechos no hayan existido, sino sólo que no fueron puestos en conocimiento de los tribunales. Del mismo modo, se tuvo por establecido que el agresor se desenvolvía en su vida, portando ocasionalmente armas de fuego, lo que el tribunal estimó reprochable, aún cuando las armas estuvieran inscritas a su nombre.

Estos hechos establecidos fueron valorados por el tribunal de forma negativa para el acusado, en el sentido que su pasado no estaba exento de reproche, cuestión que no constituye la violación de derecho que se pretende, razón por la cual, la causal deducida en forma subsidiaria, deberá también ser rechazada.

17° Que, a mayor abundamiento, la infracción denunciada carece también de relevancia puesto que no tiene influencia alguna en el quantum de la pena que en definitiva se aplicó.

En efecto, el delito de parricidio tiene asignada pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Atendido el grado de desarrollo del delito, ese tramo ha de rebajarse en un grado, quedando entonces en presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo simple.

Luego, de estimarse concurrente la atenuante que se alega por la defensa,

de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal, el tribunal no podía hacer aplicación de la pena en su grado máximo, lo que no se hizo en autos, dado que se impuso una condena de quince años de presidio mayor en su grado medio, razón por la cual, aún en el evento de haberse acogido la cuestionada atenuante, el tribunal oral podía imponer la misma sanción que efectivamente aplicó.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 375 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa de José Enrique Toledo Mancilla y, en consecuencia, se declara que la sentencia de trece de julio de dos mil nueve, pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas y cuya copia corre a fs. 2 y siguientes de este legajo, **no es nula**.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante Sr. Luis Bates Hidalgo.

Rol N°5213-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Luis Bates H. y Benito Mauriz A.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

En Santiago, a veintiuno de octubre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



UNIDAD ESPECIALIZADA  
ANTICORRUPCIÓN

---



## REITERACIÓN Y DELITO CONTINUADO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

*José Luis Cortés Zepeda<sup>1</sup>*

### 1. Objeto

Habitualmente la disyuntiva entre calificar los hechos materia de una investigación como delito continuado o reiteración de hechos punibles ha sido abordada desde la perspectiva de las repercusiones en materia de penalidad. De hecho, la institución del delito continuado fue desarrollada precisamente con la finalidad de provocar efectos en este ámbito, concretamente, con la finalidad de reducir la sanción que resultaba aplicable de acuerdo a las reglas de la reiteración<sup>2</sup>.

Si bien en el ordenamiento jurídico nacional la calificación de hechos determinados como delito continuado no importa necesariamente la aplicación de una penalidad inferior<sup>3</sup>, no es éste el tema que se pretende revisar en las líneas que siguen, sino buscamos llamar la atención respecto de otro efecto que la calificación planteada puede acarrear, ahora en materia de prescripción de la acción penal, y concretamente, en relación con la interrupción y suspensión de la misma. En otras palabras, se busca llamar la atención respecto de las consecuencias que una y otra institución pueden tener en esta materia, para que ellas puedan ser consideradas al momento de evaluar la calificación jurídica por la que se inste en los casos concretos, ofreciendo, finalmente, una argumentación jurídica que permita a los fiscales, una vez afirmada una calificación determi-

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

2 El origen histórico de esta figura –atribuido a los prácticos italianos y principalmente a FARINACCIO– busca disminuir la penalidad aplicable. Así, ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 110, refiriéndose al origen histórico de la figura, señala que “se consideraba autor de un solo hurto al que, en ocasiones sucesivas, iba sustrayendo el contenido de un saco de trigo hasta vaciarlo totalmente, con lo cual el hecho podía librarse de la pena de muerte entonces imperante para el tercer hurto”. En el mismo sentido, CURY, *Derecho Penal Parte General*, séptima edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 654. Ambos autores, *ob. cit.*, II, p. 114 y *ob. cit.*, p. 659, no obstante, se refieren al punto *a quo* del término de prescripción en caso de delito continuado.

3 ETCHEBERRY, *ob. cit.*, II, p. 114 señala que el criterio jurisprudencial de apreciar delito continuado cuando no existen medios para acreditar “el número de... actos” en que se incurrió “resulta más favorable al reo en cuanto el delito se considera único y no una reiteración de delitos, pero le es más gravoso en cuanto la suma total de los resultados puede llevar a una pena más alta que si se tratara de una reiteración de delitos de pequeña cuantía”. Estas consideraciones son extensibles a los verdaderos delitos continuados.

nada, instar porque la resolución judicial reconozca el efecto pretendido en cuanto dice relación con la prescripción.

## 2. El delito continuado y los delitos reiterados

Aunque escapan al objeto del presente trabajo las particularidades de ambas instituciones, es necesario hacer referencia a sus caracteres más relevantes, con la finalidad de afirmar aquellos aspectos que servirán de base para la argumentación en materia de prescripción.

### 2.1. El delito continuado

El delito continuado es una hipótesis de unidad de acción<sup>4</sup>, lo que significa que “el delito es único”<sup>5</sup>. En otras palabras, apreciar delito continuado implica considerar que las múltiples acciones deben ser consideradas un solo delito y, por ende, castigados con la pena que la ley le señale sin aplicar las reglas de la reiteración<sup>6</sup>.

Esta figura –que presenta varios aspectos discutidos, incluyendo la propia existencia de la institución<sup>7</sup>– reconoce como presupuesto básico la ejecución por parte del mismo sujeto activo<sup>8</sup> de varias acciones, distintas cada una de la otra<sup>9</sup>, todas las cuales, no obstante, son consideradas un único delito en atención al

4 Mientras algunos sostienen que se trata de un caso de unidad natural de acción (MAURACH, citado por CURY, *ob. cit.*, p. 653), otros consideran que es una hipótesis de unidad jurídica de acción (CURY, *ob. cit.*, p. 654; ETCHEBERRY, *ob. cit.*, II, p. 110). En lo sucesivo, se seguirá esta última tesis con el objeto de simplificar la exposición, no obstante hacer presente que las conclusiones principales que se alcanzan no se verían modificadas si se siguiese la opción alternativa.

5 CURY, *ob. cit.*, p. 650.

6 Como en el texto, ETCHEBERRY, *ob. cit.*, II, p. 113: “el delito continuado... recibe únicamente la pena indicada para el solo delito cometido”; en el mismo sentido, véase también MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *artículos 74 a 78*, EN: POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / ORTIZ QUIROGA, Luis (directores), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 468. En contra, CURY, *ob. cit.*, p. 658 sostiene que el delito continuado debe castigarse según el artículo 75 inciso 2°, por cuanto, en su opinión, sólo hay delito continuado cuando el fraccionamiento sea **necesario** (*ob. cit.*, p. 656), de modo que cada una de las acciones sería un “medio necesario para cometer” las otras.

7 Señala NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Tomo II, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 236 que “[e]n relación con el delito continuado se discuten su fundamento penal, su naturaleza jurídica, sus requisitos y hasta el tratamiento legal que para él conviene”. Rechaza que reciba aplicación en el ordenamiento nacional, EL MISMO, *ob. cit.*, p. 241 y ss., especialmente, en p. 243.

8 Escribe MATUS, *Artículos...*, p. 388 que “nuestra jurisprudencia... exige... unidad de autor”.

9 Vid. acerca de la pluralidad de acciones, CURY, *ob. cit.*, p. 654 y, especialmente, p. 657, quien precisa que cada una de ellas debe satisfacer las exigencias del tipo, al igual que lo hace ETCHEBERRY, *ob. cit.*, II, p. 111, (“esencial es que cada uno de esos actos llene enteramente la descripción típica”); MATUS, *Artículos...*, p. 388; y GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Pe-*

vínculo que existe entre ellas. Además, serían necesarios el transcurso de cierto lapso de tiempo entre una y otra acción<sup>10</sup>, que los delitos sean de la misma especie<sup>11</sup> y unidad de sujeto pasivo, en caso de bienes jurídicos eminentemente personales, como la vida o la salud<sup>12</sup>.

No existe uniformidad acerca de la naturaleza del vínculo de continuidad que debe existir entre cada una de las acciones para que resulte aplicable la figura del delito continuado, a pesar que representa el elemento esencial para trazar la línea divisoria que lo separa de las hipótesis de pluralidad de delitos (reiteración)<sup>13</sup>. Haciendo presente que no es nuestra intención ahondar en esta polémica, sino que nos limitamos a llamar la atención respecto de su existencia.

## 2.2. La reiteración de delitos

Esta hipótesis –que ha recibido además la denominación de concurso real o material de delitos<sup>14</sup>– corresponde a un caso de pluralidad de delitos<sup>15</sup> o concurso<sup>16</sup>, que está presente “*cuando un sujeto ha ejecutado o participado en la ejecución de dos o más hechos punibles jurídica y fácticamente independientes, respecto de ninguno de los cuales se ha pronunciado sentencia condenatoria firme y ejecutoriada*”<sup>17</sup>. Es menester destacar, por la importancia que tendrá para el

---

*nal Parte General, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, Tomo II, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 340.

- 10 En este sentido, CURY, *ob. cit.*, p. 657; ETCHEBERRY, *ob. cit.*, II, p. 111 (“separadas cronológicamente”); GARRIDO, *ob. cit.*, II, p. 340.
- 11 Como en el texto, CURY, *ob. cit.*, p. 658. Similar, ETCHEBERRY, *ob. cit.*, II, p. 111 quien prefiere hablar de “unidad de lesión jurídica” señalando que opera entre hechos tentados y consumados y figuras simples y calificadas.
- 12 Como en el texto, CURY, *ob. cit.*, p. 658; similar ETCHEBERRY, *ob. cit.*, II, p. 113, distinguiendo entre delitos contra las personas (se exige), contra la propiedad (no se exige) y el resto (se exige generalmente); diferente, GARRIDO, *ob. cit.*, II, p. 340 quien niega que proceda respecto de bienes jurídicos “personalísimos”.
- 13 En este sentido, ETCHEBERRY, *ob. cit.*, p. 116; las diferentes teorías o criterios respecto al nexo de continuidad pueden apreciarse en CURY, *ob. cit.*, p. 654 a 657.
- 14 Cf. CURY, *ob. cit.*, p. 659. En relación con la expresión “reiteración”, NOVOA, *ob. cit.*, p. 226 sostiene que se aplica cuando la comisión de los distintos ilícitos es sucesiva; mientras ETCHEBERRY, *ob. cit.*, II, p. 117, estima que es aplicable cuando se trata de delitos de la misma especie.
- 15 NOVOA, *ob. cit.*, p. 221 afirma: “pluralidad de conductas que corresponde a una pluralidad de delitos (concurso real)”.
- 16 ETCHEBERRY, *ob. cit.*, II, p. 115.
- 17 CURY, *ob. cit.*, pp. 659-660. Si se trata de hechos independientes, pero entre ellos ha mediado sentencia condenatoria firme, estaremos frente a una hipótesis de reincidencia; vid. sobre el punto con acento en el juzgamiento simultáneo propio del sistema procesal penal del Código de 1906, NOVOA, *ob. cit.*, 224 y, sin esta referencia, CURY, *ob. cit.*, p. 660 y ETCHEBERRY, *ob. cit.*, p. 116.

análisis que sigue, que es esencial, para apreciar un concurso real, que exista unidad de sujeto activo<sup>18</sup>.

Se hace necesario mencionar que, en nuestro ordenamiento punitivo, no se establece un único tratamiento punitivo para el concurso real de delitos. En efecto, según los casos, resultarán aplicables para sancionar la reiteración de delitos, el sistema de la acumulación material –la regla general prevista en el artículo 74 del Código Penal–, la acumulación jurídica –para la reiteración de delitos de la misma especie que establece el artículo 351 del Código Procesal Penal– y la absorción de la pena –regla aplicable, de acuerdo al artículo 75 del Código Penal, al concurso real medial–<sup>19</sup>.

### 3. La interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción penal

En lo que aquí nos interesa, conviene tener presente, como punto de partida, la distinción que hace el legislador entre la prescripción de la acción penal (o del delito) y de la pena<sup>20</sup>. Es necesario, para los efectos del presente trabajo, dar cuenta de algunos aspectos vinculados con la primera clase de prescripción.

El plazo de prescripción de la acción penal que resulte aplicable<sup>21</sup> “empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito”, de acuerdo lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal. Norma que es objeto de discusión. Así una parte de la doctrina considera que el delito se entiende cometido una vez que se ha producido el resultado<sup>22</sup>, en tanto a la postura contraria le basta, para que se dé inicio al cómputo de la prescripción, la ejecución completa de la acción<sup>23</sup>. La postura que se tome frente esta polémica puede dar lugar diferencias importantes respecto del momento en que se entendería prescrito un delito en la generalidad de los casos (no sólo en escenarios de reiteración y de delito continuado), siendo de primera relevancia tener presente este asunto, y por ello lo hemos mencionado, no obstante lo cual las conclusiones relativas a reiteración y delito continuado en materia de suspensión e interrupción se

18 Destaca este elemento, ETCHEBERRY, *ob. cit.*, II, p. 115.

19 Cf. CURY, *ob. cit.*, pp. 660 y 662. A lo anterior debe agregarse la regla de punibilidad prevista en el artículo 451 del Código Penal para el caso de reiteración de hurtos.

20 Esta distinción se aprecia en los artículos 93 N°s 6° y 7°, 94, 95, 96, 97, 98 y 99 del Código Penal.

21 De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 94 del Código Penal.

22 Defienden esta posición NOVOA, *ob. cit.*, p. 404; GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Artículos 93 a 105, De la Extinción de la Responsabilidad Penal*, EN: POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / ORTIZ QUIROGA, Luis (directores), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 468; y YUSEFF SOTOMAYOR, Gonzalo, *La prescripción penal*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pp. 61 y 62. Además, ha sido recogida en la S. de la Corte de Concepción, de 1 de abril de 1992, rol 15.302-91.

23 En este sentido, CURY, *ob. cit.*, p. 801 y ETCHEBERRY, *ob. cit.*, II, p. 257.

encuentran en un plano paralelo, de modo que las conclusiones que se alcanzarán no dependen de la definición del inicio del término de prescripción<sup>24</sup>.

Ahora bien, la prescripción de la acción penal se interrumpe y se suspende—diferente es el caso cuando está referida a la pena, pues sólo se interrumpe—<sup>25</sup>. Si bien “ambas instituciones, interrupción y prescripción, solamente tienen cabida en prescripciones que no estén cumplidas”<sup>26</sup>, los eventos que les dan lugar y sus efectos son diversos.

Por un lado, la *interrupción* de la prescripción de la acción penal tiene lugar “siempre que el delincuente comete nuevamente un crimen o simple delito”<sup>27</sup>, caso en el cual se perderá “el tiempo transcurrido”<sup>28</sup>, de modo que en éste caso, “el tiempo que precedió al evento determinante ‘cae por completo en el vacío’ (Bettioli, 904), esto es, se pierde y el plazo de prescripción comienza a correr *ex novo et ex integro*”<sup>29</sup>. De esta forma, el día de la comisión del nuevo delito “será *dies a quo* de dos plazos prescriptivos, el suyo y el de la vieja infracción”<sup>30</sup>. La doctrina nacional parece estar conteste en cuando a que los efectos de la interrupción exigen que el nuevo delito sea declarado por sentencia condenatoria firme<sup>31</sup>. Aunque la literatura revisada no lo afirma tan claramente, creemos y postulamos que debe entenderse que ésta tiene el solo efecto de *reconocer o declarar que la interrupción ha operado*, mas los efectos propios de la institución

24 No así en el caso de la prescripción en el concurso ideal; véase respecto de ésta, YUSEFF, *ob. cit.*, p. 66 y ss.

25 Cf. los artículos 96 y 99 del Código Penal. Véase, además, NOVOA, *ob. cit.*, II, pp. 405 y 412.

26 NOVOA, *ob. cit.*, II, p. 405.

27 No basta para interrumpir la prescripción la comisión de una falta.

28 Artículo 96 del Código Penal.

29 GUZMÁN DALBORA, *ob. cit.*, p. 472. Afirma también que el plazo comienza nuevamente, ETCHEBERRY, *ob. cit.*, II, p. 658.

30 GUZMÁN DALBORA, *ob. cit.*, p. 474.

31 Así, CURY, *ob. cit.*, p. 802; GUZMÁN DALBORA, *ob. cit.*, p. 474; GARRIDO, *ob. cit.*, I, p. 379 y YUSEFF, *ob. cit.*, p. 86. Señala el primero de los autores (*loc. cit.*) que “[e]n los casos de absolución o sobreseimiento definitivo, por el contrario, no tendrá lugar [la interrupción], y el plazo deberá computarse normalmente”. Esta afirmación nos parece que debería ser objeto de revisión por la doctrina cuando la absolución es fundada en circunstancias que no digan relación con no tener por acreditado el hecho punible y la participación, como, por ejemplo, por inimputabilidad, error de prohibición, excusas legales absolutorias y —algo más complejo— falta de condiciones objetivas de punibilidad, pues en estos casos puede considerarse que el hecho ilícito se cometió, para lo cual deberá entenderse que la referencia al crimen o simple delito no supone que el hecho sea culpable o punible, sino que busca sólo excluir las faltas, tal como se afirma para dar aplicación general a la accesoria media a pesar de la referencia similar que hace el artículo 17 del Código Penal. Desde esta última perspectiva, más cauto es YUSEFF, *loc. cit.* cuando se limita a exigir que la sentencia judicial firme “verifique su existencia [del nuevo delito] y la culpabilidad del imputado”.

se producen desde el momento de la comisión del nuevo delito<sup>32</sup>, pues sólo así se entiende que éste dé origen tanto a su propio término de prescripción como al delito cuyo plazo tuvo la virtud de interrumpir<sup>33</sup>.

Por su parte, el efecto de la *suspensión* de la prescripción de la acción penal es menos intenso que el de la interrupción, pues es posible que “pueda continuar corriendo la prescripción no obstante el proceso iniciado”<sup>34</sup>, de modo que “hasta la fecha del suceso que la determina se considera útil a efectos de la prescripción y se suma al tiempo que sigue al instante en que el motivo de la suspensión cesa”<sup>35</sup>. Ahora, al decir del profesor Eduardo NOVOA, el presupuesto fáctico de este instituto –que procedimiento se dirija contra el delincuente– “ha suscitado y suscitará controversias relativas en su exacto alcance”<sup>36</sup>, a lo que se ha sumado la norma poco afortunada que atribuye efecto suspensivo de la prescripción a la formalización de la investigación<sup>37</sup>.

#### 4. Suspensión e interrupción en caso de delito continuado y de reiteración

Corresponde ahora revisar la suspensión y la interrupción en caso de reiteración de delitos y de un delito continuado. Concretamente, las diferencias que se señalarán derivan básicamente del hecho de que cuando se habla de reiteración se está frente una hipótesis en que existen distintos delitos (caso de pluralidad) que pueden ser sancionados conjuntamente, mientras que el delito continuado constituye un único ilícito<sup>38</sup>.

32 Textualmente dicen los autores citados en la cita anterior: “la interrupción sólo ocurre si el nuevo crimen o simple delito y la responsabilidad consiguiente son declaradas por sentencia firme” (CURY, *ibid*); “la interrupción opera sólo si se dicta sentencia condenatoria por el nuevo delito” (GUZMÁN DALBORA, *ibid*); y “[p]ara que se pierda el tiempo transcurrido hasta la nueva comisión del nuevo delito, tiene que dictarse sentencia condenatoria ejecutoriada respecto de este último hecho” (GARRIDO, *ob. cit.*, I, p. 86).

33 Sólo sosteniendo esta interpretación es posible dar contenido a las expresiones vertidas por CURY, *ob. cit.*, p. 802 en cuanto a que “[m]ientras el pronunciamiento sobre el punto permanece pendiente, también lo está la decisión relativa a la interrupción”. No obstante, si tal declaración no tiene lugar, no será posible *reconocer* el efecto de la interrupción.

34 NOVOA, *ob. cit.*, p. 405.

35 GUZMÁN DALBORA, *ob. cit.*, p. 472.

36 NOVOA, *ob. cit.*, II, p. 405; cita también a este autor, GUZMÁN DALBORA, *ob. cit.*, p. 474.

37 La Corte Suprema ha venido sentando la doctrina por la cual la formalización no es la única actuación que afecta el curso de la prescripción; véase S de 4 /1/2010 RIT 631-2009, Rol Corte 511-09 y S. 27/10/ 2009, RUC 0710014523-K, RIT 7-2009, Rol Corte 4064-09.

38 El sistema procesal penal vigente terminó con la obligatoriedad del juzgamiento conjunto de los delitos en concurso real sustituyéndolo por el mecanismo de la unificación de penas (artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales) que busca hacer aplicables las reglas más favorables que resulten aplicables a la luz de los artículos 74, 75 y 351, cuando los delitos han sido investigados y juzgados separadamente; vid. *infra* nota 50.

Así, la primera consecuencia lógica que se deriva de entender que el delito continuado es un caso de unidad de delito, es que da lugar a **un único plazo de prescripción**. Pues bien, si el plazo es único, no puede sino iniciarse en un **único momento**, el que, sin embargo, dependerá de la postura que se adopte en general respecto de este tema. Así, CURY, partidario de la teoría de la acción, indica que en caso de delito continuado, “el cómputo de la prescripción de la acción penal debe iniciarse cuando se consuma **la última conducta** de la serie o el último acto ejecutivo de ella, en su caso”<sup>39</sup>, en tanto, NOVOA, quien sostiene la doctrina del resultado, afirma que “el plazo de prescripción empieza a contarse a su respecto cuando se ha realizado el último de **los hechos** que los integran”<sup>40</sup>. De este modo, la **suspensión** que paralice este plazo único afectará todos los hechos que integren el delito continuado, lo mismo que ocurrirá respecto de la **interrupción**, la cual dará inicio a un solo plazo de prescripción para todo el delito continuado, que correrá en paralelo del delito que tuvo por efecto interrumpir el curso de la prescripción del delito continuado.

La afirmación del plazo único de prescripción del delito continuado, sin embargo, ha sido discutida en doctrina. En efecto, GUZMÁN DALBORA, partidario de la teoría del resultado, sostiene que el “tiempo necesario para la prescripción del delito continuado debe ser, en consecuencia, el de cada uno de los delitos singulares que lo componen”<sup>41</sup>. Funda su opinión en que sostener la posición, que el mismo califica de mayoritaria, “va en directo perjuicio del autor y desdibuja el cariz benigno de esta ficción jurídica”<sup>42</sup>. No compartimos la opinión del profesor GUZMÁN DALBORA, pues importa considerar al delito continuado para los efectos de la penalidad como un solo delito y al mismo tiempo entenderlo como una pluralidad de ilícitos, lo cual no ofrece una solución lógica y coherente a la que debe aspirar la dogmática, siendo, en nuestra opinión, más coherente y sistemática la tesis mayoritaria.

A su vez, la conclusión contraria a la sostenida por la doctrina mayoritaria respecto del número de plazos de prescripción en hipótesis de reiteración de delitos, se impone en materia de la reiteración. La pluralidad de delitos en que consiste conlleva que cada uno de ellos dé origen a su propio plazo de prescrip-

39 CURY, *ob. cit.*, p. 658 (el destacado es nuestro); véase también, *ob. cit.*, p. 801. En el mismo sentido, ETCHEBERRY, *ob. cit.*, II, pp. 114 y 257.

40 NOVOA, *ob. cit.*, II, p. 404 (el destacado es nuestro). Este autor no ahonda en el tema, pero nos parece que la expresión *hecho*, sumadas a las consideraciones que EL MISMO hace presente más arriba (*ob. cit.*, p. 404, “el delito debe entenderse cometido en el momento en que se completa o perfecciona la acción típica, con todas sus exigencias y circunstancias propias, entre éstas, la producción del resultado, si el tipo lo exige”) nos permiten sostener que el uso esta palabra es inclusivo del resultado cuando lo exija el tipo.

41 *Ob. cit.*, p. 471.

42 *Ibid.* Adhieren a la postura de GUZMÁN DALBORA, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 580.

ción, de tal modo que habrá **tantos términos como delitos existan**, cada uno de los cuales **se inicia en épocas distintas**<sup>43</sup>.

Sin embargo, que los plazos se inicien en distintos momentos no significa que se cumplan en momentos diferentes. Por el contrario, en virtud de las sucesivas **interrupciones** que irán operando por la comisión de los hechos delictuosos que suceden a los anteriores –asumiendo que se trate de crímenes o simples delitos–, el último de ellos producirá el efecto de interrumpir los plazos de prescripción de todos los anteriores<sup>44</sup>, de modo que **el último de los delitos de la reiteración marca el inicio de los términos de prescripción de todos los anteriores en que haya incurrido el sujeto**, plazos que correrán en paralelo<sup>45</sup>. El efecto descrito, no obstante, se producirá sólo en la medida en que entre cada delito que integre la reiteración y el que lo suceda no haya transcurrido el plazo de prescripción aplicable al primero de ellos, pues de ser así el plazo estaría cumplido y no habría plazos de prescripción que el segundo crimen o simple delito pudiese interrumpir<sup>46</sup>.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de un funcionario público que comete dos delitos de fraude al fisco (artículo 239 del Código Penal), *v. gr.* presenta dos boletas falsas para que se le reembolse, por parte de su servicio, gastos en los que en verdad no incurrió. Mientras la primera presentación la hizo el día 30 de enero del 2010, la segunda presentación la hizo el día 30 de enero del 2011<sup>47</sup>. Asumiendo un plazo de prescripción de cinco años, el primer plazo debería vencer a el 30 de enero de 2015, pero jurídicamente la comisión del segundo fraude al fisco, *interrumpe* la prescripción dando origen a un nuevo plazo de prescripción del primer delito, que correrá en paralelo al segundo, y ambos vencerán el 30 de enero de 2016. De este modo, si se formaliza el día

43 YUSEFF, *ob. cit.*, p. 66, señala que “el término de prescripción nace con la comisión de cada una de las infracciones concurrentes”. Por otro lado, debe tenerse presente que otra vez se reproducirá aquí la diferencia según la tesis respecto del punto *a quo* de los plazos.

44 En este sentido se pronuncia YUSEFF, *ob. cit.*, p. 66, al afirmar “[e]s preciso tener presente, sin embargo, que una vez cometida, la primera infracción, y en curso del término prescriptivo que de ella surge, la comisión del nuevo delito vendrá a determinar la interrupción del término en curso (Art. 96) y el comienzo de un nuevo plazo de prescripción, siempre que la nueva infracción constituya un crimen o un simple delito, ya que las faltas carecen de eficacia interruptora”.

45 Desde la perspectiva abstracta, en el caso del delito continuado interrumpido por un crimen o simple delito posterior los hechos que lo integran dan lugar a un único plazo de prescripción, mientras que en el caso de la reiteración son varios los términos que corren paralelamente.

46 Ello asume que las interrupciones van teniendo lugar sucesivamente, de modo que la prescripción de un delito determinado del concurso se habrá interrumpido tantas veces como crímenes o simples delitos cometa el sujeto con posterioridad.

47 Para los efectos del ejemplo seguimos la doctrina de la manifestación de voluntad para determinar el punto *a quo* del término, mas si siguiésemos la teoría del resultado, consideraremos el inicio de ambos términos en el momento en que se produjo el resultado típico (la disposición patrimonial o el perjuicio fiscal).

1 de febrero de 2015 –asumiendo que no se produjo ningún evento capaz de suspender la prescripción con anterioridad–, tanto el plazo de prescripción del primer fraude como el del segundo estarán vigentes y, por lo tanto, podrán ser ahora *suspendidos*, por haberse dirigido contra el culpable el procedimiento<sup>48</sup>.

Como apuntamos, para que los efectos de la interrupción sean reconocidos y declarados, la comisión del segundo fraude al fisco debe ser establecida por sentencia firme. Por lo tanto, la sentencia condenatoria que se imponga por el segundo fraude al fisco –en el ejemplo– tendrá un doble efecto: afirmará la responsabilidad proveniente del segundo hecho y reconocerá que ha operado la interrupción del primer hecho<sup>49-50</sup>.

## 5. Algunos aspectos procesales

Es posible apreciar algunas dificultades de carácter adjetivo de la propuesta en torno a las sucesivas interrupciones de la prescripción de la acción penal en hipótesis de delitos reiterados. En primer lugar, teniendo en cuenta que “en el sistema procesal vigente no existe obligación de acumular los autos... quedando la agrupación o separación de investigaciones como una facultad discrecional del Ministerio Público”<sup>51</sup>, pueden investigarse separadamente los delitos que integren el concurso real, siendo perfectamente imaginable que la condena por un delito posterior –que tendría el efecto de interrumpir la prescripción de los anteriores– sea pronunciada después de que se juzguen los anteriores, sin que respecto de éstos se tenga la certeza necesaria para reconocer el efecto de la interrupción que todavía no ha sido declarada<sup>52</sup>. Esta dificultad –el legislador sólo entregó remedio a los efectos relativos a la penalidad derivados de la posibilidad de llevar las investigaciones separadamente– deberá tenerse en cuenta al momento de ejercer las facultades de separar o agrupar investigaciones (artículo 185 del Código Procesal Penal).

48 Entendemos que es a este efecto al que CURY, *ob. cit.*, p. 802 dirige el siguiente comentario: “Son posibles interrupciones sucesivas y, como la ley no establece limitación a este respecto, ellas pueden determinar una prolongación casi indefinida del estado de incertidumbre jurídica”.

49 *A contrario sensu* de lo que sostiene GUZMÁN DALBORA, *ob. cit.*, p. 474 (“de haberla, la absolución podría ser también doble”), la conclusión del texto es, *si hay condena en el segundo delito, la condena debería ser doble* (por la interrupción de la primera prescripción).

50 Esto permite negar eficacia práctica al criterio de GUZMÁN DALBORA, *supra* nota número 41, pues aunque se postulen plazos de prescripción independientes para cada una de las conductas unidas por el vínculo de continuidad, la interrupción a que dé lugar el último hecho de la serie dará origen a plazos paralelos que tengan por punto de partida la comisión del último hecho, salvo que se incurra en una segunda contradicción que implique tratar el delito continuado como unidad de delito para la penalidad, considerarlo pluralidad para el inicio del término de prescripción y volver a entenderlo unidad para la interrupción.

51 MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *El Régimen Concursal en el Código Penal*, acápite 4.

52 Esto no era teóricamente posible bajo la vigencia del Código de 1906 por la obligación de acumular los autos.

Una segunda dificultad de naturaleza procesal dice relación con las solicitudes de sobreseimiento definitivo que plantee la defensa argumentando la prescripción de la acción penal. En el evento en que se investigue conjuntamente el hecho posterior que interrumpe la prescripción de los anteriores, esta solicitud de sobreseimiento definitivo deberá ser parcial, pues sólo podría recaer sobre aquellos hechos cuyos plazos de prescripción se encontraban cumplidos al tiempo en que se verificó el evento suspensivo, si se cuentan desde la comisión de cada uno de ellos y no desde la comisión del crimen o simple delito posterior. De acuerdo a lo que hemos consignado *supra*, en nuestra opinión, la sentencia condenatoria firme del último delito no es el evento que interrumpe la prescripción —esta interpretación es contraria al texto expreso del artículo 96 del Código Penal que prevé que se interrumpe “siempre que el delincuente comete nuevamente un crimen o simple delito”—, sino que sólo tiene un efecto declarativo. En este entendido, será posible sostener que la eventual prescripción de los primeros delitos que integran el concurso depende de la resolución del juez acerca de los delitos concurrentes que le suceden, de modo que, en este tipo de casos, la prescripción, así como el hecho de haberse cometido el delito y haberle correspondido en él participación culpable al acusado, son materias que sólo pueden ser objeto de un pronunciamiento en juicio<sup>53</sup>.

Finalmente, debe tenerse presente que la interrupción afectará sólo aquellos autores o partícipes que han intervenido, además, en el delito que le sucede, de modo no se producirá la interrupción respecto de aquellos que participaron en el primero, mas no así en los que le siguen<sup>54</sup>.

## 6. Conclusiones

Conforme a lo que se ha analizado es posible afirmar:

- 6.1. El **delito continuado**, aunque es una figura discutida, constituye un caso de unidad de delito, en el que debe apreciarse un solo hecho punible.
- 6.2. La **reiteración**, por su parte, constituye una hipótesis de pluralidad de delitos, en que varios hechos punibles fueron cometidos por un mismo sujeto (sin que se haya pronunciado entre los momentos de comisión de

53 Puede sostenerse que el fundamento de la decisión sobre la prescripción no se encuentra suficientemente justificado en los antecedentes de la investigación, pues depende de la declaración respecto de la existencia del crimen o simple delito posterior y de la participación en él, requiriéndose para este efecto de la “producción de prueba” (HORVITZ LENNON, María Inés, en HORVITZ LENNON, María Inés / LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 2004, p.38), de manera tal que podría invocarse el artículo 271 inciso final del Código Procesal Penal, para que se deje su relación para la audiencia de juicio, en caso que la solicitud de sobreseimiento se ventilase en audiencia de preparación de juicio oral.

54 No hay concurso real respecto de ellos tampoco, sino solamente un delito; véase *supra* acápite 2.2 y la doctrina citada en nota 17. En el sentido del texto, YUSEFF, *ob. cit.*, pp. 86 y ss.

cada uno de los delitos concurrentes sentencia respecto de algunos de ellos).

- 6.3. La **suspensión** de la prescripción de la acción penal tiene lugar cuando el procedimiento se dirige contra el culpable, y su efecto no importa la pérdida del tiempo transcurrido antes de verificarse el evento suspensivo, el que contribuirá al cómputo de la prescripción si cesa, de acuerdo a la ley, la suspensión.
- 6.4. En cambio, la **interrupción** de la misma clase de prescripción se produce cuando el sujeto comete un nuevo crimen o simple delito, provocando la pérdida del tiempo transcurrido con anterioridad. Sin embargo, para que se reconozca el efecto de la interrupción, esta debe ser declarada por sentencia condenatoria firme.
- 6.5. Aunque existe doctrina en contra, el **delito continuado** da origen a un solo plazo de prescripción, y la suspensión o interrupción que tenga lugar producirá efectos respecto de todos los hechos que integran la serie unida por el vínculo de continuidad.
- 6.6. Cada uno de los hechos punibles que entran en **concurso real** dan origen a un plazo de prescripción independiente. Sin embargo, al existir una sucesión de delitos, el último de ellos habrá interrumpido todos los anteriores, de forma tal que los plazos de prescripción de cada uno de los delitos en concurso real, aunque son independientes, correrán paralelamente, empezando en el mismo momento –el día en que se comete el último crimen o simple delito– y, consecuentemente, se cumplirán en el mismo momento.
- 6.7. Como consecuencia de lo anterior, para determinar si la dirección del procedimiento en contra del delincuente ha suspendido la prescripción de todos los delitos que están en **concurso real**, deberá tenerse en cuenta el día de comisión del último hecho punible que lo integra, siempre que entre cada delito en concurso y el que lo antecede no haya transcurrido el plazo de prescripción aplicable a éste<sup>55</sup>.

---

55 De lo contrario, el que lo antecede habría prescrito antes de la comisión del hecho que lo sucede de modo que no habría plazo vigente que interrumpir.

## **ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT RECHAZA RECURSOS DE NULIDAD INTENTADOS EN CONTRA DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORAL DE CASTRO QUE CONDENÓ A DIRECTORA DE COLEGIO PERTENECIENTE A CORPORACIÓN MUNICIPAL POR EL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE INSTRUMENTO PÚBLICO, COMO TAMBIÉN A EX ALCALDE DE ANCUD POR EL DELITO DE USO MALICIOSO DE INSTRUMENTO PÚBLICO FALSO**

*Yelica Lusic Nadal<sup>1</sup>*

---

### **Comentario:**

En relación a la calidad de funcionario público, y por ende de sujeto activo del delito de falsificación de instrumentos públicos contemplado en el art. 193 del Código Penal, señala la Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, al conocer y rechazar el recurso de nulidad intentado por la defensa de Directora de Colegio perteneciente a una Corporación Municipal, "... es la función de educadora que cumple la señora Rutherford para su empleador, que en este caso es una Municipalidad, la que determina su carácter de funcionaria pública, tal como lo explicita el fallo en revisión en sus considerandos decimosexto a decimooctavo, argumentaciones que esta Corte comparte y que permiten tener por acreditada la calidad de empleada pública de la recurrente para efectos penales...".

### **1. Antecedentes de la Causa**

La Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, por fallo de fecha 20 de noviembre de 2009, rechazó los recursos de nulidad deducidos por las defensas de los acusados Elisabeth Rutherford Mienert y Pablo Ossio Muñoz en contra de la sentencia de fecha 7 de octubre de 2009, del Tribunal Oral en lo Penal de Castro, que los condenó, por unanimidad, a las penas de 100 días de presidio menor en su grado mínimo, y la accesoria de suspensión de cargo u oficio público, durante el tiempo de la condena, en el caso de la Directora del establecimiento educacional; y a la pena de 3 años y 1 día, de presidio menor en su grado máximo, las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos, durante el tiempo de la condena, respecto del ex Alcalde; por la responsabilidad que les correspondió como autores de los delitos de falsificación de instrumento público, y uso malicioso de instrumento público falso, respectivamente.

---

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

Los hechos que motivaron la sentencia condenatoria del tribunal a quo, la que posteriormente ratificó la Iltma. Corte, estuvieron referidos a que Elisabeth Rutherford Mienert, directora del establecimiento educacional Centro de Educación Integrada de Adultos (CEIA) Salomón Fuentes Martínez, establecimiento educacional dependiente de una Corporación Municipal de Ancud para la Educación, Salud y Atención del Menor, otorgó –faltando a la verdad– un Acta de Examen de validación de estudios de educación Media HC de adultos, documento que acreditaba haberse tomado los exámenes de validación de estudios correspondiente a 1° a 4° año de enseñanza media de adultos, en el establecimiento educacional indicado, y la aprobación de los mismos por parte de Pablo Ossio Muñoz (ex alcalde de Ancud, a la fecha del juicio, y alcalde de dicha localidad al momento de los hechos), lo cual permitió a éste obtener la correspondiente licencia de enseñanza media, para acompañarla como documento fundante de su postulación a la elección de Alcalde de Ancud del año 2008. Entendiéndose configurados así los delitos de falsificación de instrumento público, del art. 193 N°4 del Código Penal, por parte de la Directora, y el delito de uso malicioso de instrumento público, del art. 196 del Código Penal, por parte del ex Alcalde.

Frente al fallo condenatorio las defensas de los condenados decidieron presentar, separadamente, recursos de nulidad. Así la defensa de Elisabeth Rutherford Mienert argumentó que el Tribunal Oral en lo Penal de Castro había incurrido al dictar la sentencia en la casual de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, la errónea interpretación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ello por sostener dicho Tribunal que la condenada revestía la calidad de funcionaria pública, no ostentado dicha calidad toda vez que había sido contratada mediante un contrato de trabajo con la Corporación Municipal de Ancud para la Educación, Salud y Atención del Menor, Corporación que es una entidad privada conforme a lo preceptuado en el artículo 12 del DFL 1-3063 de 1980, época en que se traspasó a los municipios la administración de los sectores de salud y de educación. Agregando que la Contraloría General de la República no entendía que los empleados de estas corporaciones investían el carácter de funcionarios del Estado e indicando que tampoco estas corporaciones formaban parte de la Administración del Estado, sino que se regulan por las normas del derecho privado y sólo por un mandato expreso del legislador se puede incluir un determinado ente jurídico dentro de la Administración del Estado; sosteniendo que los sentenciadores al resolver como lo hicieron, se atribuyeron facultades legislativas. Indicando además que, según el tenor literal del artículo 260 del Código Penal, dicha definición no alcanza al delito del artículo 193 N°4 y no se puede aplicar por analogía según el mandato del artículo 19 N°3 inciso octavo de la Constitución Política de la República, concluyendo que su representada no podía ser condenada.

En otro orden de ideas, la misma defensa sostuvo que tampoco se configuraba el tipo penal por el cual resultó condenada su defendida, art. 193 N°4 del Código Penal, al no reunirse las características de antijuridicidad que exige el tipo penal.

La defensa del ex alcalde Pablo Ossio, por su parte, invocó como causal de nulidad de la sentencia recurrida la del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e), específicamente la letra c) del art. 342, en relación al art. 298 del mismo cuerpo legal, indicando que el razonamiento para condenar a su representado no cumplía con dichas obligaciones de contenido, resultando evidente la contradicción de absolver a dos de los acusados señalando que no se probó que ellos actuaron con dolo directo, en circunstancias que no tomaron ningún examen el 24 de julio de 2008, lo que atentaría a su entender contra toda lógica jurídica. Agregando que en la sentencia recurrida se descartó la existencia de un concierto entre los acusados, entre los que se debía incluir a Ossio Muñoz, primero porque no fue señalado en la acusación y segundo porque no se logró establecer con la prueba rendida en el juicio. No resultando entendible cómo se condenó a su representado, quien solamente recibió el documento presuntamente falso, y no tuvo ninguna participación en su otorgamiento como sí la tuvieron los profesores que lo firmaron a sabiendas de no haber tomado examen alguno.

La Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt conoce los recursos y escucha alegatos decidiendo rechazarlos, toda vez que entiende no configuradas las causales de nulidad alegadas.

## 2. Comentarios del Fallo

El fallo en comento tiene gran trascendencia para las investigaciones de nuestra especialidad, ya que viene a confirmar la interesante jurisprudencia propuesta por el Tribunal Oral en lo Penal de Castro, incorporando en el concepto de funcionario público a los profesores contratados por una Corporación Municipal de Educación, al indicar rechazar la causal de nulidad consistente en la falta de la calidad de funcionaria pública de la Directora, invocada por su defensa: “ella es Directora de un Centro Educacional, que a la vez pertenece a una Corporación Municipal, que cumple una función de servicio público en el ámbito de la educación y la cultura; además su contrato de trabajo lo suscribió con el Alcalde. Por consiguiente, es la función de educadora que cumple la señora Rutherford para su empleador, que en este caso es una Municipalidad, la que determina su carácter de funcionaria pública, tal como lo explicita el fallo en revisión en sus considerandos decimosexto a decimoctavo, argumentaciones que esta Corte comparte y que permite tener por acreditada la calidad de empleada pública de la recurrente para efectos penales”(C.23°). Señalando además, en relación a la falta de antijuridicidad de la conducta por la cual se

sancionó a la misma, que “conforme a la prueba rendida en el juicio oral se acreditó fehacientemente que el 24 de julio de 2008 el otro acusado, Pablo Ossio Muñoz, no rindió examen alguno en el establecimiento dirigido por la señora Rutheford. Sin embargo esta última, estando en pleno conocimiento de aquello, extendió y suscribió el Acta de Examen de Validación de Estudios de Enseñanza Media de Adultos, faltando así a la verdad en la narración de hechos sustanciales, como lo son además las calificaciones obtenidas y la conformación de la comisión examinadora. Este comportamiento constituye un abuso de su oficio, toda vez que durante todo el proceso se prevaleció de su condición de Directora del establecimiento educacional en que Ossio debía rendir sus exámenes, para realizar la conducta ilícita en que incurrió. Lo anterior también se encuentra descrito y acreditado mediante los medios de prueba citados en los considerandos vigésimo a trigésimo y trigésimo segundo y trigésimo tercero del fallo recurrido” (C.24°).

Asimismo, el fallo señala para desestimar el recurso deducido por el ex alcalde: “Que los considerandos trigésimoctavo a cuadragésimo sexto del fallo en alzada son lo suficientemente claros y explícitos para determinar la participación que le cupo a Pablo Ossio Muñoz en el delito por el cual ha sido condenado, estimando esta Corte que los jueces de primer grado han ajustado su proceder a lo dispuesto en el artículo 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, apreciando y valorando la prueba conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, exponiendo en forma prístina y completa los hechos y circunstancias que se dieron por probados y que permitieron arribar a su convicción de condena a Ossio Muñoz” (C.36).

La interpretación sostenida por la Corte en relación a la calidad de funcionaria pública de la Directora de un establecimiento de educación perteneciente a una Corporación Municipal es posible entenderla en concordancia con aquella sostenida por la Excelentísima Corte Suprema, y expresada en sentencia de fecha 19 de mayo de 2008, en el caso conocido como MOP-Gate, si bien en el caso del fallo de Puerto Montt con menos argumentos que aquellos mencionados por el Excelentísimo Tribunal, que sostiene: “El concepto de ‘empleado público’, contenido en el artículo 260 del Código Penal, posee dos elementos constitutivos principales: a) que debe ejercer un ‘cargo o función pública’, y b) que dicha tarea debe servir en un ‘organismo creado por el Estado o dependiente de él’, sea o no de elección popular. Para los fines del Código Penal, es empleado público no sólo quien ocupa un cargo creado por ley en la estructura de un servicio, sea de planta o a contrata, permanente o transitorio, sino también quien ejerce una ‘función pública’. En efecto, si bien para el Estatuto Administrativo no son funcionarios públicos quienes se desempeñan sobre la base de honorarios, sí lo son para efectos penales, toda vez que la norma aludida extiende el concepto de ‘empleado público’ a quienes ejercen una ‘función pública’, y no ya sólo a la Administración del Estado, sino también a otros

organismos creados por o dependientes del mismo Estado Pueden cometer delitos ministeriales no sólo quienes ocupan un cargo público sino también quienes adscriben a una ‘función pública’, incluyendo a todos los que cumplen tareas en el sector público, con el solo requisito de prestar servicios en un órgano del Estado, englobando la función pública legislativa, administrativa y judicial, resultando irrelevante que el empleado ocupe o no un cargo público, o que lo sirva a honorarios o, incluso, ‘ad honores’”<sup>2</sup>.

Finalmente, esta interpretación puede permitir sostener nuevas líneas de persecución penal, ya que pudiera hacerse extensiva a los funcionarios que se desempeñan en las áreas de cultura y salud, en las Corporaciones Municipales, toda vez que se trata también de funciones públicas entregadas a éstas y permitiría, postulamos, sostener que los funcionarios de dichas Instituciones podrían ser considerados como posibles sujetos activos de delitos funcionarios.

**Sentencia:**

Puerto Montt, veinte de noviembre de dos mil nueve.

**Vistos:**

En antecedentes RUC0810015857-5, Rit 36-2009 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, el abogado don José Luis Andrés Alarcón ha recurrido de nulidad en contra de la sentencia de fecha siete de octubre de dos mil nueve, mediante la cual se condenó con costas a su representada Elizabeth Rutheford Mienert a la pena de cien días de presidio menor en su grado mínimo, más las accesorias legales, en su calidad de autora del delito de falsificación de instrumento público, previsto y sancionado en el artículo 193 N°4 del Código Penal, perpetrado en Ancud el 24 de julio de 2008. Se le otorgó el beneficio de la remisión condicional de la pena quedando sujeta a la vigilan-

cia de Gendarmería de Chile por el lapso de un año.

A la vez, en estos mismos antecedentes, el abogado don Carlos Castro Vargas recurre de nulidad en representación de Pablo Ossio Muñoz, quien fue condenado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias correspondientes como autor del delito de uso malicioso de instrumento público falso, cometido el 25 de julio de 2008 en la ciudad de Ancud. Se le concedió la libertad vigilada por el mismo tiempo que la condena.

La sentencia recurrida ordenó, además, cancelar en los registros académicos del establecimiento educacional CEIA Salomón Fuentes Martínez de Ancud, en la Dirección Provincial de Educación de Chiloé y en la Secretaría Ministerial de Educación Regional el documento falsificado Acta de Validación de Estudios

2 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 19 de mayo de 2008, Rol N°2321-2007, en causa caratulada “Fisco de Chile y otros con Carlos Cruz Lorenzen y otros”. Considerandos cuadragésimo cuarto y cuadragésimo quinto.

de Enseñanza Media HC Adultos y la Licencia de Educación de Enseñanza Media, extendida a Pablo Adolfo Ossio Muñoz y se decretó el comiso de este último documento.

Por último, el fallo absolvió a L.R.A.P. y a J.E.V.G. de la acusación que se les formulara y que los suponía autores del delito de falsificación de instrumento público, perpetrado en Ancud el 24 de julio de 2008.

Esta Corte deja constancia que el fallo recurrido contiene dos considerandos “duodécimo”.

### **Y considerando:**

**PRIMERO:** Que la defensa de Elizabeth Ruthford Mienert interpone en carácter de principal la causal de nulidad prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal y en subsidio la del artículo 374 letra e) del mismo Código.

Expone que de acuerdo a la acusación del Ministerio Público y a los hechos establecidos por el Tribunal, su representada, sabiendo que el imputado Ossio Muñoz no rindió nuevamente los exámenes de validación para enseñanza media, como lo había dispuesto una providencia de la autoridad provincial de educación, suscribió en su calidad de Directora del establecimiento educacional CEIA Salomón Fuentes Martínez de Ancud, el acta de validación de estudios correspondiente, faltando así a la verdad al señalar allí que las pruebas fueron tomadas el día 24 de julio de 2008.

**SEGUNDO:** Que en relación con la causal principal invocada, esto es cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, argumenta la defensa de la señora Rutherforf que su conducta no configura el delito de falsificación de instrumento público del artículo 193 N°4 del Código Penal, toda vez que ella no es funcionaria pública; en segundo lugar hace presente que el hecho de no haberse tomado exámenes el día 24 de julio tampoco configura abuso alguno de su oficio sino que obedece a la decisión de los dos profesores que validaron los exámenes tomados con anterioridad y en tercer lugar que no altera sustancialmente la validez del acta el hecho de registrarse como fecha de rendición de los exámenes el 24 de julio de 2008, en circunstancias que se tomaron el día 22 del mismo mes y año, ya que las pruebas fueron efectivamente rendidas y aprobadas.

**TERCERO:** Que agrega el recurrente, los considerandos décimosexto a décimoctavo del fallo impugnado contienen los razonamientos respecto de la calidad de funcionaria pública de su representada, pero tales razonamientos son inválidos y antojadizos y exceden los límites de una interpretación jurídica lícita. Al contrario, una interpretación armónica del artículo 260 del Código Penal en relación con el 193 N°4 permiten concluir que su representada no es empleada pública. Ella fue contratada mediante un contrato de trabajo con la Corporación Municipal

de Ancud para la Educación, Salud y Atención del Menor, corporación que es una entidad privada conforme a lo preceptuado en el artículo 12 del DFL 1-3063 de 1980, época en que se traspasó a los municipios la administración de los sectores de salud y de educación.

**CUARTO:** Que la Contraloría General de la República también ha entendido que los empleados de estas corporaciones no invisten el carácter de funcionarios del Estado. Tampoco estas corporaciones forman parte de la Administración del Estado, como concluyeron los jueces del tribunal oral, sino que se regulan por las normas del derecho privado y solo por un mandato expreso del legislador se puede incluir un determinado ente jurídico dentro de la Administración del Estado; al resolver como lo hicieron, los sentenciadores se atribuyeron facultades legislativas.

**QUINTO:** Que añade el recurrente que según el tenor literal del artículo 260 del Código Penal, dicha definición no alcanza al delito del artículo 193 N°4 y no se puede aplicar por analogía según el mandato del artículo 19 N°3 inciso octavo de la Constitución Política de la República. Por consiguiente su representada no podía ser condenada.

**SEXTO:** Que en cuanto a que el 24 de julio de 2008 no se tomó ningún examen al imputado Ossio, el recurrente reconoce que ello es efectivo, pero corresponde a una decisión de los dos profesores que concurrieron ese día a tomar las pruebas de Filosofía y de Matemáticas que habían sido

objetadas. Ellos revisaron las tomadas anteriormente y estando de acuerdo con los planes y programas y con la evaluación de sus anteriores colegas, las validaron colocando sus firmas. Nadie ha faltado a la verdad y las pruebas tomadas no tuvieron reparo, por lo que no existe abuso en el ejercicio de sus funciones de parte de la Directora del Establecimiento, ya que el asunto se resolvió de acuerdo al ejercicio de la autonomía docente consagrada en el artículo 16 letra b) de la ley 19.070.

**SÉPTIMO:** Que por otra parte, el hecho de que el acta esté fechada el 24 de julio de 2008 no altera la validez del documento, los exámenes fueron tomados y fueron aprobados por Ossio con las notas que allí se señalan. Ello se demuestra con el hecho de que es la Licencia de Educación Media la que acredita que aprobó la enseñanza media y no el acta; lo relevante es haber rendido los exámenes, el lugar y el haberlos aprobado. Por lo demás, la diferencia de dos días anotada en el Acta no reúne las características de antijuridicidad que exige el tipo penal, no implica un daño ni peligro al bien jurídico protegido cual es la fe pública o la seguridad en el tráfico jurídico, en tanto no altera la substancialidad de la información que contiene el documento.

**OCTAVO:** Que atendido lo anterior, la defensa de la imputada concluye que existe error de derecho que afecta sustantivamente lo dispositivo del fallo, por lo que se configura la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

**NOVENO:** Que en subsidio y para el evento de que no se acoja la causal de nulidad invocada como principal, interpone la del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e), causal que hace consistir en que los sentenciadores de primer grado no valoraron la prueba rendida por su parte, existiendo contradicciones al estimar que los profesores V. y A. actuaron sin dolo y sí lo hizo su representada, a pesar de que los tres participaron en la confección del acta impugnada.

Agrega que su parte rindió prueba testimonial y documental, pero los sentenciadores no expresan razonamientos que expliciten si le otorgaron o no valor probatorio a los documentos incorporados, ni expresaron qué impresión les provocó dicho medio de convicción. Es así como ignoraron el documento N°1 de la defensa que contiene la opinión del superior jerárquico del testigo Galleguillos, quien señaló que existía la prerrogativa de repetir los exámenes o de validar los ya rendidos; lo mismo sucede con el documento N°2, con lo cual no se cumple con el artículo 342 letra c), en relación con el artículo 297, ambos del Código Procesal Penal, omisiones que solo pueden repararse con la anulación del juicio y de la sentencia.

**DÉCIMO:** Que acota el recurrente, además, que existe una contradicción al estimar el tribunal dolosa la actuación de su representada y no la de los profesores V. y A. que la estimaron de

buen fe. Los tres hicieron lo mismo, suscribieron la misma acta.

**UNDECIMO:** Que todo lo dicho anteriormente irroga un perjuicio a su defendida, razón por la cual solicita se acoja, ya sea la causal de nulidad interpuesta en forma principal o la subsidiaria en su caso y se proceda conforme a derecho según la determinación que se adopte en cada caso.

**DUODECIMO:** Que en el otrosí de su presentación el defensor de la señora Rutherford cita la prueba documental de la que se valdrá en la audiencia de vista del recurso, la que se incorporó en dicha oportunidad de conformidad con lo previsto en el artículo 359 del Código Procesal Penal.

**DECIMOTERCERO:** Que por otra parte, el abogado don Carlos Castro Vargas, en representación de Pablo Ossio Muñoz, recurre de nulidad por la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e), agregando que la letra d) de esta última disposición legal (pero en realidad transcribe la letra c)) señala que la sentencia debe contener una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del mismo Código, norma que dis-

pone que los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

**DECIMOCUARTO:** Que conforme a las normas antes citadas, los argumentos que sustentan las conclusiones de los sentenciadores al establecer los hechos deben ser lógicos, esto es verdaderos, sin contradecir las máximas de la experiencia. Además estas normas obligan a los jueces a fundamentar sus decisiones de un modo completo, indicando las razones que sostienen su estimación o desestimación y de este modo entender las justificaciones de sus conclusiones.

En el fallo recurrido el razonamiento para condenar a su representado no cumple con dichas obligaciones de contenido, resultando evidente la contradicción de absolver a dos de los acusados señalándose que no se probó que ellos hayan actuado con dolo directo, en circunstancias que no tomaron ningún examen el 24 de julio de 2008, lo que atenta contra toda lógica jurídica. El fallo manifiesta que el elemento subjetivo del tipo penal no logró ser acreditado por los persecutores, lo que evidencia una carencia probatoria respecto de querer obrar contra ley que debía ser probado si se pretendía condenar a los acusados.

**DECIMOQUINTO:** Que en la sentencia se descarta la existencia de un concierto entre los acusados, entre los que se debía incluir a Ossio

Muñoz, primero porque no fue señalado en la acusación y segundo porque no se logró establecer con la prueba rendida en el juicio.

No resulta entendible cómo se condenó a su representado, quien solamente recibió el documento presuntamente falso, no tuvo ninguna participación en su otorgamiento como sí la tuvieron los profesores que lo firmaron a sabiendas de no haber tomado examen alguno.

**DECIMOSEXTO:** Que, agrega el recurrente, el principio de ejecución del ilícito presuntamente cometido por su representado ocurrió el 25 de julio de 2008, ya que esa fue la fecha en que se le entregó el Acta de Validación, ya que todo lo ocurrido con anterioridad no merece reparo alguno a los sentenciadores. Ossio nunca presionó a nadie durante la tramitación ni intervino maliciosamente en la ejecución de los hechos. Hay una falta de coherencia en el fallo ya que el dolo de Ossio se basa en su conocimiento de que no había rendido prueba alguna el 24 de julio de 2008, pero lo mismo puede decirse de los profesores y sin embargo éstos resultaron absueltos.

**DECIMOSEPTIMO:** Que los jueces no son enteramente libres para apreciar las pruebas, ya que el artículo 297 del Código Procesal Penal los obliga a no contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Al no hacerlo así han perjudicado al acusado Ossio Muñoz, por lo que su defensor solicita declarar la nulidad del juicio y de

la sentencia y se disponga la realización de uno nuevo por un tribunal no inhabilitado.

**DECIMOCTAVO:** Que el dos de noviembre del presente año se llevó a cabo la audiencia de vista de los recursos, alegando los siguientes abogados: don José Luis Andrés Alarcón por Elizabeth Rutherford Mienert, don Carlos Castro Vargas por Pablo Ossio Muñoz, don Jaime Moraga Carrasco como querellante, don Juan Carlos Zamora Alarcón por el Consejo de Defensa del Estado y doña Mónica Saavedra Guzmán por el Ministerio Público.

**DECIMONOVENO:** Que una vez escuchados los alegatos y resuelta la incidencia de incorporación de prueba documental por parte de la defensa de la señora Ruthford, se fija como fecha para comunicación del fallo la del día de hoy.

**VIGESIMO:** Que examinados los antecedentes de la carpeta judicial, los recursos de nulidad interpuestos, oído los intervinientes que concurrieron a estrados y el audio del juicio oral y analizada la sentencia y la prueba rendida en la audiencia de vista de los recursos, se puede establecer lo siguiente:

**En cuanto al recurso deducido por la defensa de Elizabeth Ruthford Mienert.**

**VIGESIMOPRIMERO:** Que en relación con la causal principal de nulidad interpuesta por su defensa, esto es la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, la discusión se centró en el hecho de que

su conducta no se encuadraría en la figura típica del artículo 193 N°4 del Código Penal, ya que ella no tendría la calidad de empleada pública, en segundo lugar que el hecho de no haberse tomado los exámenes el 24 de julio de 2008 tampoco constituiría abuso de su oficio, ya que fueron los dos profesores quienes decidieron validar los tomados dos días antes y por último que tampoco alteraría sustancialmente la validez del acta extendida el registro que señala como fecha de rendición de los exámenes el día 24 de julio de 2008 a pesar de que se tomaron dos días antes.

**VIGESIMOSEGUNDO:** Que la causal invocada procede cuando en el pronunciamiento de una sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Pues bien, el delito por el cual se ha condenado a Elizabeth Rutherford Mienert es el de falsificación de instrumento público, previsto y sancionado en el artículo 193 N°4 del Código Penal, figura que consiste en que un empleado público, abusando de su oficio, comete falsedad, faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales.

**VIGESIMOTERCERO:** Que para dilucidar las objeciones de la recurrente, en orden a que su representada no reviste la calidad de empleada pública, cabe tener presente que ella es Directora de un Centro Educativo, que a la vez pertenece a una Corporación Municipal, que cumple una función de servicio público en el

ámbito de la educación y la cultura; además su contrato de trabajo lo suscribió con el Alcalde.

Por consiguiente, es la función de educadora que cumple la señora Rutherford para su empleador, que en este caso es una Municipalidad, la que determina su carácter de funcionaria pública, tal como lo explicita el fallo en revisión en sus considerandos decimosexto a decimoctavo, argumentaciones que esta Corte comparte y que permiten tener por acreditada la calidad de empleada pública de la recurrente para efectos penales.

**VIGESIMOCUARTO:** Que conforme a la prueba rendida en el juicio oral se acreditó fehacientemente que el 24 de julio de 2008 el otro acusado, Pablo Ossio Muñoz, no rindió examen alguno en el establecimiento dirigido por la señora Rutheford. Sin embargo esta última, estando en pleno conocimiento de aquello, extendió y suscribió el Acta de Examen de Validación de Estudios de Enseñanza Media de Adultos, faltando así a la verdad en la narración de hechos sustanciales, como lo son además las calificaciones obtenidas y la conformación de la comisión examinadora. Este comportamiento constituye un abuso de su oficio, toda vez que durante todo el proceso se prevaleció de su condición de Directora del establecimiento educacional en que Ossio debía rendir sus exámenes, para realizar la conducta ilícita en que incurrió.

Lo anterior también se encuentra descrito y acreditado mediante los

medios de prueba citados en los considerandos vigésimo a trigésimo y trigésimo segundo y trigésimo tercero del fallo recurrido.

**VIGESIMOQUINTO:** Que en relación con lo reflexionado precedentemente, preciso resulta dejar sentado que no corresponde a esta Corte revisar los hechos establecidos por los jueces del tribunal oral en lo penal, conforme a las facultades privativas de que disponen, pudiendo tan solo pronunciarse si para establecer tales hechos se conculcaron las reglas del artículo 297 del Código Procesal Penal. Los errores susceptibles de nulidad están taxativamente señalados en los artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal y dicen relación con infracción de normas jurídicas y con la calificación jurídica de los hechos.

**VIGESIMOSEXTO:** Que atendido lo anterior, estos sentenciadores estiman que en el caso de Elizabeth Rutheford Mienert el tribunal a quo no ha incurrido en la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal al redactar su sentencia, por lo que esta causal de nulidad será desestimada.

**VIGESIMOSEPTIMO:** Que en cuanto a la causal de nulidad subsidiaria invocada por la defensa de Elizabeth Rutherford Mienert, esto es la del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos del artículo 342, letras c), d) o e), la recurrente la hace consistir en que el fallo no contiene una exposición clara, lógica y com-

pleta de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, disposición esta última que prescribe que los tribunales apreciarán las pruebas con libertad, pero que no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Agrega el artículo 297 que el tribunal debe hacerse cargo en su fundamentación incluso de la prueba que ha desestimado, indicando las razones que tuvo en cuenta para ello y que la valoración de la prueba requiere que en la sentencia se señale el o los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fundamentación que permitirá reproducir el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que se llegó en la sentencia.

**VIGESIMOCTAVO:** Que la recurrente fundamenta esta causal subsidiaria en el hecho de que el fallo no valora la prueba documental rendida y además en que existe una gran contradicción al estimar que los profesores V. y A. actuaron sin dolo y sí lo hizo su representada.

**VIGESIMONOVENO:** Que en cuanto al hecho de no haberse valorado la prueba documental rendida, preciso resulta señalar que el consi-

derando duodécimo (págs 59 a 69), del fallo da cuenta de la prueba testimonial y documental rendida por la defensa, constando allí que el testigo Mario Gallardo Muñoz, Secretario Regional Ministerial de Educación Regional reconoció el oficio 1667, informativo de lo que debía hacerse para realizar el procedimiento de validación de estudios, igualmente reconoció el oficio 1112-2009 dirigido a la Fiscalía Local de Ancud indicando que las Corporaciones son personas jurídicas de derecho privado y que los profesores no son empleados de la Secretaría Ministerial a su cargo; también reconoció otro oficio dirigido a la Fiscalía sobre cambio de la normativa y otro relativo al instructivo. También reconoció el Acta de Validación de Estudios del 24 de julio de 2008 y el oficio 07/493 de la Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Educación, señalando que debía repetirse todo el proceso de evaluación.

**TRIGESIMO:** Que en el considerando duodécimo (págs 69 a 71) de la sentencia recurrida se señalan los hechos que estableció el tribunal conforme a la prueba total rendida, de lo que se colige que la documental de la defensa fue tomada en cuenta y valorada a través de los testimonios, no sólo del Secretario Ministerial de Educación quien se refirió a todos los oficios y demás instrumentos que se le exhibieron en la audiencia de juicio oral, sino que también por lo que depusieron Ariel Jara Fuentes, Homero Ojeda Hagemann, Juan Galleguillos Herrera, Rosa Pérez Barrientos, José Pérez Muñoz, Hugo

Quilahuilque Quilahuilque y Luis Ampuero Chingway.

**TRIGESIMOPRIMERO:** Que en cuanto a que los profesores A. y V. actuaron sin dolo directo en la comisión del delito de falsificación de instrumento público, cabe tener presente que conforme a lo razonado en los considerandos cuadragésimoctavo y quincuagésimo a quincuagésimosegundo del fallo recurrido, ha quedado suficientemente demostrado que sus conductas difieren totalmente de la llevada a cabo por la Directora del establecimiento, como ya se ha señalado anteriormente, por lo que no se advierte contradicción alguna en que ellos hayan sido absueltos y esta última condenada.

**TRIGESIMOSEGUNDO:** Que respecto de la prueba documental acompañada durante la audiencia de vista del recurso, consistente fundamentalmente en jurisprudencia administrativa y judicial y un informe en derecho, ella nada nuevo aporta a lo ya analizado y resuelto por el tribunal a quo, razón por la cual tampoco influirá en la decisión que adoptará esta Corte.

**TRIGESIMOTERCERO:** Que por todo lo expuesto precedentemente se constata que el fallo cumple con los requisitos del artículo 342 del Código Procesal Penal, en especial con el mencionado en la letra c) de dicha disposición, habiéndose analizado y valorado la prueba rendida conforme a lo preceptuado en el artículo 297 del mismo Código, motivo por el cual no existe infracción a lo previsto en el artículo 374

letra e). En consecuencia se desestimaré la causal de nulidad subsidiaria invocada por la defensa de Elizabeth Rutheford Mienert.

#### **En cuanto al recurso deducido por la defensa de Pablo Ossio Muñoz**

**TRIGESIMOCUARTO:** Que la defensa de Pablo Ossio Muñoz hace consistir su recurso en el hecho de que la sentencia no contiene los razonamientos que sirvieron de base para condenar a su representado, por lo que no cumple con las obligaciones que le impone la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal y el artículo 297 del mismo Código, resultando evidente la contradicción de absolver a los dos profesores acusados, situación que atenta contra toda lógica jurídica. El tribunal ha señalado que los dos profesores no actuaron con dolo directo y sí condenó a Ossio quien solo recibió el Acta de Validación presuntamente falsa sin haber tenido ninguna participación en su otorgamiento, como sí la tuvieron los dos profesores que la suscribieron sin haberle tomado examen alguno. Al actuar de esa manera el tribunal contradujo los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

**TRIGESIMOQUINTO:** Que en esta materia cabe tener presente que está acreditado que el documento, consistente en el Acta de Validación de Estudios fechada el 24 de julio de 2008 es falso y que la conducta de Pablo Ossio Muñoz se encuadra en la figura típica del artículo 196 del Código Penal, esto es, haber hecho

uso malicioso de dicho instrumento, conducta que se sanciona con la misma pena que corresponde al autor de la falsedad.

**TRIGESIMOSEXTO:** Que los considerandos trigésimoctavo a cuatragésimosexto del fallo en alzada son lo suficientemente claros y explícitos para determinar la participación que le cupo a Pablo Ossio Muñoz en el delito por el cual ha sido condenado, estimando esta Corte que los jueces de primer grado han ajustado su proceder a lo dispuesto en el artículo 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, apreciando y valorando la prueba conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, exponiendo en forma prístina y completa los hechos y circunstancias que se dieron por probados y que permitieron arribar a su convicción de condena a Ossio Muñoz.

**TRIGESIMOSEPTIMO:** Que en tales circunstancias no se advierte la concurrencia de la causal de nulidad del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal interpuesta por la defensa de Pablo Ossio Muñoz, razón que impulsa a estos juzgadores

a desestimar el recurso deducido en su favor.

Por estas consideraciones y atendido lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, **SE RECHAZAN** los recursos de nulidad interpuestos por los abogados don José Luis Andrés Alarcón y don Carlos Enrique Castro Vargas, en representación de Elizabeth Rutheford Mienert y Pablo Ossio Muñoz respectivamente y en contra de la sentencia de fecha 7 de octubre de 2009 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, declarándose en consecuencia que dicha sentencia no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante don Pedro Campos Latorre.

Pronunciada por la Presidente doña Teresa Mora Torres, Ministro Titular don Hernán Crisosto Greisse y Abogado Integrante don Pedro Campos Latorre.

No firma el Ministro Sr. Crisosto, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo, por encontrarse en comisión de servicio.

**Rol Corte 218-2009 R.P.P.**



UNIDAD ESPECIALIZADA  
DE TRÁFICO ILÍCITO  
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

---



## EL OBJETO MATERIAL EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

*Ximena Marcazzolo Awad<sup>1</sup>*

### I.- Conceptos generales

En el presente artículo revisaremos el objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas, la prueba de su existencia y algunas de las discusiones que se dan a su respecto. Ello, a la luz de lo dispuesto en la normativa nacional y desde la perspectiva jurisprudencial.

El objeto material de las figuras delictivas ha sido definido como *“el objeto real sobre el que recae la acción típica”*<sup>2</sup>; *“la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción, por lo que también se conoce como [objeto de la acción]. Puede coincidir con el sujeto pasivo (por ejemplo, en el homicidio o en las lesiones), pero no es preciso (ejemplo: en el delito de hurto es la cosa hurtada, mientras que el sujeto pasivo es la persona a quien se hurta”*<sup>3</sup>; *“...aquella cosa o persona sobre la cual recae la acción”*<sup>4</sup>.

En el caso del delito de tráfico ilícito de drogas su objeto material se encuentra mencionado en el artículo 1° de la Ley N°20.000, al que arribamos a través del reenvío que realiza el artículo 3°, donde se encuentra la descripción típica<sup>5</sup>. En concreto nos referimos a las *“sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas<sup>6</sup> productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”*<sup>7</sup>.

En el mismo sentido, el artículo 63° de la Ley N°20.000 dispone que un reglamento señalará las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos

- 1 Abogada, Subdirectora Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público.
- 2 Hans-Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición. Editorial Comares. Página 277.
- 3 Santiago Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. 6ª Edición. Editorial Reppertor, pp. 218 y 219.
- 4 Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Segunda Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, p. 280.
- 5 El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas se encuentra regulado en el artículo 4 de la Ley 20.000.
- 6 La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido droga como *“cualquier sustancia natural o sintética que al ser introducida en el organismo es capaz, por sus efectos en el sistema nervioso central, de alterar la actividad síquica y el funcionamiento del organismo”*.
- 7 Sobre el objeto material véase: Lorena Rebolledo, “El objeto material del delito: droga, desde una perspectiva farmacológica”, Boletín trimestral, julio a septiembre de 2004, de la Unidad de Drogas de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

1°, 2°, 5° y 8°. El mencionado reglamento fue sancionado mediante el Decreto N°867, publicado en el Diario Oficial el 19 de febrero de 2008, el cual reemplazó al aprobado por el Decreto Supremo N°565 publicado en el Diario Oficial el 26 de enero de 1996.

Como puede apreciarse, el legislador si bien señala que el objeto material del delito de tráfico son los estupefacientes y los sicotrópicos productores de dependencia física o psíquica, el reglamento antes mencionado delimita taxativa y precisamente cuáles sustancias estupefacientes o sicotrópicas son las que quedan comprendidas en la figura penal en comento. Se trata por tanto de un reenvío que la norma legal efectúa a una de rango inferior como es un reglamento.

El reglamento actualmente vigente clasifica las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud en su **artículo 1°**. Por su parte, el **artículo 2°** del mismo cuerpo normativo enumera aquellas sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica que no producen graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

La distinción mencionada en el párrafo precedente se conoce coloquialmente como la clasificación entre drogas duras y blandas, la cual obedece a una tendencia seguida en la gran mayoría de los Estados, producto de la clara influencia de las Convenciones de Viena de 1961, 1971 y 1988<sup>9</sup>.

La diferenciación de las sustancias, entre droga dura y blanda, dice relación con el mayor grado de toxicidad y, por ende, de peligrosidad potencial para la salud pública. Adicionalmente, la referida clasificación conlleva una importante consecuencia relativa a la determinación de la sanción concreta a aplicar, por cuanto, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N°20.000, cuando las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica no causen graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, el juez podrá rebajar la pena hasta en un grado.

Se trata de una rebaja facultativa, de resorte judicial, que se resuelve caso a caso. En la práctica, uno de los argumentos utilizados para dar lugar a la misma es considerar la cantidad de droga incautada. En este sentido, en algunas oca-

8 El artículo 2° tipifica el desvío de precursores y sustancias químicas esenciales; el artículo 5° el suministro de hidrocarburos y el 8° el cultivo de especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefaciente o sicotrópicas.

9 Todas estas Convenciones han sido suscritas por Chile e incorporadas a nuestra legislación interna mediante los Decretos N°35, publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1968, N°570 publicado en el Diario Oficial el 12 de agosto de 1976, N°543 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 20 de Agosto de 1990, respectivamente.

siones, cuando el volumen de sustancias decomisadas no es muy elevado, los jueces tienden a conceder la disminución de pena. Ello, no obstante otra parte importante de la jurisprudencia la aplica atendiendo exclusivamente a si se trata de droga dura o blanda, concediéndola siempre cuando se trate de sustancias del artículo segundo del Reglamento.

Lo expresado en el párrafo anterior, no se aplica a la figura del tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga que se encuentra regulada en el artículo 4° de la Ley N°20.000, ya que ésta se sanciona con una pena única que no admite rebaja por consideración a la naturaleza de la sustancia de que se trate.

Además de las sustancias consignadas en el reglamento, son objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas **las materias primas** que sirven para obtenerlas. Ahora bien, el legislador no ha señalado expresamente que debe entenderse por ellas.

En concreto, el artículo 3° y el 4° de la Ley de Drogas sanciona el tráfico de *las materias primas que sirven para obtenerlas*, sin que esta disposición ni el artículo 63° de la ley N°20.000 establezcan que deban estar mencionadas en el reglamento.

Por materia prima se entiende aquellos “*materiales extraídos de la naturaleza que nos sirven para construir los bienes de consumo. Se clasifican por su origen animal, vegetal y mineral*”<sup>10</sup>.

Finalmente, en otro orden de ideas, resulta fundamental, a fin de evitar cualquier tipo de confusión, hacer la distinción entre el objeto material y el **objeto jurídico o bien jurídico protegido**.

El bien jurídico protegido por el delito de tráfico ilícito de drogas es de carácter colectivo y se trata de **la salud pública**, la cual ha sido definida como “*la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas*”<sup>11</sup>. El tráfico de drogas es un delito de peligro abstracto ya que no es necesario que efectivamente se dañe la salud de la población, estimando el legislador que las conductas que se realicen en este ámbito por si mismas llevan incorporada dicha peligrosidad o riesgo, lo cual las hace acreedoras de una sanción penal.

## II.- La prueba del Objeto Material

La Ley N°20.000 consagra un procedimiento a seguir en caso de incautar drogas estupefacientes o sicotrópicas y sus materias primas, en los artículos 41° a 44°.

10 Wikipedia la enciclopedia libre.

11 Sergio Politoff y Jean Pierre Matus. Lavado de Dinero y Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Editorial Jurídica Conosur Limitada. Año 1999, p. 89.

En primer término, **el artículo 41°** de la precitada ley dispone que las drogas deben ser entregadas dentro de un plazo de veinticuatro horas a los Servicios de Salud distribuidos a lo largo del país. Desde ya conviene precisar que en la práctica los mencionados Servicios analizan exclusivamente la cannabis sativa, las restantes sustancias son enviadas al Instituto de Salud Pública, ubicado en la Región Metropolitana, pero con competencia para todo el país. Lo anterior, en virtud del Convenio sobre “análisis y destrucción de estupefacientes” suscrito en el año 1987, entre los Servicios de Salud y el Instituto de Salud Pública.

Adicionalmente, el mismo artículo 41° dispone que a modo excepcional que, el juez de garantía, a solicitud del Ministerio Público, previamente requerido por la policía, puede ampliar hasta en 48 horas el plazo para entregar las drogas ante los Servicios de Salud o el Instituto de Salud Pública según el caso<sup>12</sup>. Por su parte el inciso final se refiere a la destrucción de dichas sustancias, la cual deberá verificarse por los mismos Servicios dentro del plazo de quince días.

A continuación, **el artículo 42°** de la Ley N°20.000, establece una sanción de carácter administrativo respecto de aquellos funcionarios que incurran en un retardo en el cumplimiento de las obligaciones antes referidas.

Por su parte, **el artículo 43°** de la misma ley, regula el protocolo de análisis químico que deben evacuar los Servicios de Salud respecto de las sustancias incautadas. Luego agrega que dicho protocolo identificará el producto, su peso o cantidad, naturaleza, contenido, composición, pureza y además acompañará un informe que refiera los componentes tóxicos y psicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública.

La misma norma en su inciso segundo, dispone que se deberá conservar una cantidad de la sustancia incautada para el evento que cualquier interviniente solicite una nueva pericia, precisando que dicha muestra se conservará por el lapso máximo de dos años, transcurrido los cuales deberá ser destruido.

Estas disposiciones, de suma importancia, persiguen en definitiva que instituciones públicas sean las encargadas de analizar y destruir las drogas y estupefacientes incautados, por los consecuentes riesgos que la manipulación de dichas sustancias genera.

Ahora bien, no obstante la claridad con que la ley expone este procedimiento, en los juicios se ha alegado –especialmente por las defensas– que esta normativa debe ser entendida en el sentido que el análisis químico, es decir, la prueba pericial es la única vía para acreditar ante el tribunal la existencia o no de las sustancias objeto material del tráfico de drogas.

---

12 Esta prerrogativa del Juez está dispuesta para casos como por ejemplo: cuando el Ministerio Público decreta una entrega controlada de drogas, cuando existe una distancia física considerable entre el Servicio y el lugar de la incautación, etc.

Lo anterior, se plantea no obstante las claras normas procesales de presentación e incorporación de los medios de prueba consagrados en el Código Procesal Penal, las cuales consagran la libertad probatoria en el artículo 295 del Código recién mencionado. De acuerdo a la citada disposición es dable utilizar cualquier medio de prueba con tal que sea producido e incorporado de conformidad a la ley.

Es en razón de lo señalado, que en nuestra opinión es perfectamente posible prescindir del protocolo de análisis para acreditar que la sustancia incautada corresponde a alguna de las especies enumeradas en el reglamento de sustancias estupefacientes y sicotrópicas. Ello, naturalmente no significa que no se deba probar su existencia, sino que existen otras vías además del mentado protocolo para efectuarlo.

Respecto de la afirmación antes realizada, se argumenta que las normas de la Ley N°20.000 son vinculantes en orden a que el protocolo debe practicarse. Ello, a nuestro juicio no es óbice para afirmar que es posible prescindir del informe pericial y utilizar otros medios de prueba para acreditar el objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas, en atención a las mencionadas normas sobre medios de prueba y su valoración consagradas en el Código Procesal Penal. Esto, no obstante ser efectivo el que las drogas deberán ser analizadas por los respectivos Servicios de Salud aun cuando en el juicio no se utilice dicha pericia<sup>13</sup>.

Finalmente respecto de este punto es del caso destacar que la prueba del objeto material cuando no se ha contado con el protocolo de los Servicios de Salud o del ISP, se ha reemplazado principalmente por la testimonial de los funcionarios policiales, la prueba de campo u orientativa de la sustancia, pericias practicadas por los laboratorios de Carabineros de Chile o de la Policía de Investigaciones de Chile.

Ahora bien, además, lo expresado ha sido objeto de reconocimiento jurisprudencial como puede observarse en los siguientes fallos<sup>14</sup>:

1.-Corte de Apelaciones de Santiago, 03/11/2008, Rol Corte:1862-2008  
Ruc: 0800090828-3 Rit: 129-2008:

*“10°) Que, atendido lo consignado en los motivos octavo, noveno y décimo de la sentencia recurrida, se debe concluir que el Tercer Tribunal del Juicio Oral en lo Penal*

13 En este sentido respecto de las faltas la práctica judicial acepta mayoritariamente acoger los requerimientos monitorios solo con la prueba de campo, con lo cual se evita esperar la llegada del protocolo de análisis.

14 Solo por mencionar algunas, véase además 3° TOP de Santiago, de fecha 16/09/07, Ruc 0600143146-1, Rit 48- 2007, TOP Concepción, de fecha 17/08/07, Ruc 0500162570-7, Rit 183-2007.

de Santiago, ha hecho una errada aplicación del artículo 43 de la ley 20.000 Sobre Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, al establecer que al no contarse con el protocolo de análisis clínico de las sustancias suministradas por el Instituto de Salud Pública, no resulta posible configurar el tipo penal materia de la acusación, toda vez que la prueba rendida en la audiencia es apta para adquirir la convicción en los términos del artículo 340 del Código Procesal Penal, en cuanto a la existencia del delito de tráfico de 104 kilos 611 gramos de cannabis sativa denunciado por la Fiscalía y a la participación que en ello ha correspondido a los inculpados. 11°) Que el error de derecho que se ha dado por establecido ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez como consecuencia de él, no se ha dado aplicación a lo dispuesto en el artículo 295 del Código Procesal Penal que establece la libertad de prueba, como uno de los fundamentos del nuevo sistema procesal penal, absolviendo a los procesados de la denuncia por tráfico ilícito de drogas, motivo por el cual procede acoger el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público”.

2.- Corte de Apelaciones de Arica, 24/02/2006, Rol N°53-2006:

**“SEXTO:** Que en consecuencia, atendida la prueba referida precedentemente indicada, analizada conforme a las normas legales citadas y no siendo el informe del Servicio de Salud previsto en el artículo 43 de la Ley N°20.000 un medio de prueba obligatorio para acreditar el delito por el cual se ha perseguido la responsabilidad de la imputada, estos sentenciadores concluyen que se encuentra acreditado el atribuido a la imputada Julia Agustina Marazo Huarcsi en el requerimiento de procedimiento de juicio abreviado”.

3.- Corte de Apelaciones de Talca, 06/05/2005, Rol N°207-2005:

“2) Que de los preceptos anteriormente transcritos se colige que el protocolo de análisis químico de la sustancia suministrada en autos, que contempla el artículo 43 de la Ley N°20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, no es el único medio para determinar su peso o cantidad, naturaleza, contenido, composición y grado de pureza de la misma, de ahí que la prueba de campo constituye también, en este caso, un medio probatorio además de la aceptación de los hechos por parte del imputado, ya que se trata de un procedimiento realizado bajo condiciones estandarizadas, de acuerdo con criterios científicos”.

4.- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 21/10/2004, Rol N°683-2004:

**“CUARTO.-** Que la circunstancia, también alegada en estrados por la defensa, en cuanto se ha cuestionado que los informes periciales de la droga incautada se hayan evacuado por el Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones y no por el Servicio de Salud, en nada altera la legitimidad de la prueba, atendido lo dispuesto en los artículos 314 y 315 del Código Procesal Penal y razonamiento

contenido al efecto en el considerando duodécimo de la sentencia reproducida, y que estos sentenciadores comparten”.

5.- TOP Iquique, 16/01/2007, Ruc N°0610003214-5, Rit N°248-2006:

*“Duodécimo:... Respecto de la segunda alegación, es necesario dejar establecido sin lugar a dudas, que conforme lo señala el artículo 295 del Código de Procesal Penal, en nuestro sistema legal se aplica el principio de la libertad de prueba, según el cual los hechos y circunstancias pertinentes podrán ser probados por cualquier medio probatorio producido e incorporado en conformidad a la ley. De este modo, se discrepa de lo afirmado por la Defensa en orden a estimar que la única forma de determinar la identidad de la sustancia, su peso y valoración, sea a través del protocolo de análisis químico a que se refiere el artículo 43 de la ley 20.000”.*

### III.- Discusiones relativas al objeto material

Durante la tramitación de los juicios seguidos por el delito de tráfico ilícito de drogas<sup>15</sup> ha sido bastante recurrente que las defensas formulen alegaciones relativas a la falta de objeto material por la insignificante cantidad de droga incautada o su baja pureza. También, bajo estos predicamentos abogan por la recalificación de los delitos de tráfico a microtráfico o de éste último a la falta de consumo.

En relación con los casos de **cantidad insignificante de droga**, aquellos que lo afirman lo hacen en atención a que la droga incautada sería por su cantidad incapaz de lesionar o poner en peligro al bien jurídico protegido y por ende la conducta debiera ser considerada atípica.

Sobre este punto es muy ilustrativo el siguiente fallo:

TOP Concepción, 17/08/20009, Ruc N°0800965771-2, Rit N°276-2009:

*“UNDÉCIMO: : Que, en atención a lo señalado precedentemente en este fallo, se desestimaré sin mayores dilaciones la solicitud de absolución formulada por la defensa del encartado, toda vez que, a diferencia de lo que arguyó en cuanto a este tópico, las probanzas aportadas en la especie por la Fiscalía cumplen el estándar suficiente para justificar tanto el ilícito como la participación que se ha asentado, teniendo especialmente en cuenta aquí que existen antecedentes claros, fiables y concretos –según lo dicho más arriba– que apuntan indefectiblemente a establecer la existencia del delito y la participación del encartado.*

*En efecto, la Defensa presentó una teoría del caso destinada a obtener la absolución de su representado estimando que hay controversia respecto de la naturaleza de la*

<sup>15</sup> Tráfico de drogas en su figura del artículo 3° o el microtráfico regulado en el artículo 4°, ambos de la Ley 20.000.

sustancia que le fue incautada a su representado y que por lo tanto el comportamiento de éste podría no ser considerado por la ley 20.000, por cuanto a la sustancia incautada se le realizó una prueba de campo la que no dio como resultado la presencia de droga y por otra parte los protocolos del Servicio Nacional de Salud no son capaces de señalar si se está en presencia de cocaína base o carbonatos, ya que la cantidad incautada es tan insignificante que no da para establecer un porcentaje de pureza de la sustancia ilícita, de tal forma que sólo hay un transporte de una sustancia de 0,73 gramos neto que en ciencia cierta no se sabe de que sustancia se trata y por ende se está frente a una conducta que no reviste caracteres de delito, por cuanto no hay elementos suficientes para señalar que en este hecho hay un tráfico de sustancias psicotrópicas, resultando su conducta atípica.

Para el rechazo de esta petición cabe señalar que del peritaje efectuado a la sustancia incautada se determinó que era pasta base de cocaína y sólo por la pequeña cantidad confiscada no se logró establecer su grado de pureza y al respecto el artículo 4° de la ley 20,000 castiga al que sin la competente autorización transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacentes o psicotrópicas, y como se observa el citado artículo habla de pequeñas cantidades de droga en una disposición que por encontrarse incorporada en una norma de carácter penal –y por lo tanto de derecho estricto– debe ser objeto de una interpretación restrictiva, vale decir debe estarse al peso objetivo de la droga materia del análisis y por lo tanto no resulta procedente determinar que no se encuentra ante tal ilícito mediante el arbitrio de la menor o mayor pureza de la droga o el mayor o menor daño a la salud pública, parámetros estos que resultan ajenos a la decisión del tribunal. Así lo ha señalado sostenidamente la jurisprudencia (I. Corte de Apelaciones de Arica, sentencia de 3 abril 2007; I. Corte de Apelaciones de San Miguel, sent. de 15 de diciembre. de 2006). En los delitos de peligro no se requieren para su verificación de la existencia de una lesión efectiva al bien jurídico protegido, ya que sólo basta con la adecuación del agente a la conducta típica establecida en la ley, pues la realización del tipo no depende de la producción del resultado, ni del nivel de peligro concreto, sino de la infracción del deber impuesta por la prohibición.

Por otra parte sostiene la defensa, que la falta de estipulación en los informes periciales incorporados por el Ministerio Público y evacuados por el Servicio de Salud en cuanto a la pureza o concentración de la sustancia decomisada, excluye su tipicidad, tesis que también debe ser rechazada por el tribunal puesto que la pureza de la droga no está incluida en la descripción típica del delito de tráfico de pequeñas cantidades y no le está permitido al juzgador agregar requisitos no contemplados en el tipo penal, actividad que sobrepasa todas sus atribuciones constitucionales.

Y en lo que dice relación con el principio de proporcionalidad a que alude la defensa en el sentido de que no existe un equilibrio proporcional entre el daño o peligro generado por la acción del encartado y el efecto de la pena que ha de aplicarse en su contra, debe tenerse presente que la figura del artículo 4° inciso primero de la ley 20.000, tantas veces citado, fue creado por el legislador precisamente con el propósito de some-

*ter a una pena más benigna a aquellos casos en que el tráfico realizado por el actor era tan reducido que el peligro creado para la salud del grupo social resulta menor, recordando lo que en este sentido señaló la excelentísima Corte Suprema, en sentencia de 19 julio 2005 en causa número 2005-05....”*

A nuestro juicio la poca cantidad de droga no es argumento para afirmar la atipicidad de la conducta por falta de objeto material, ya que la Ley N°20.000 establece claramente que la conducta punible es el tráfico de drogas, sin atender a su volumen, salvo para incardinar el ilícito en el artículo 3° o 4° según corresponda.

Ratifica lo anterior la circunstancia que la propia Ley de Drogas ha establecido una figura privilegiada para sancionar los delitos de tráfico de drogas que se refieren a cantidades menores, siendo inclusive la escasa cantidad objeto material idóneo para configurar dicho delito. Lo anterior, se ve complementado por el carácter de ilícito de peligro abstracto de la figura comentada, siendo la naturaleza de la sustancia lo relevante a la hora de determinar el riesgo que conlleva la conducta.

En otro orden de ideas, en relación con **la baja pureza** de las drogas secuestradas, se ha señalado que en aquellos casos en que el grado de pureza de la droga es bajo, la sustancia incautada es objeto material inidóneo para configurar el delito y por ende la conducta es atípica.

A este respecto valga mencionar que en nuestro país es muy frecuente que la droga que llega al último destinatario sea de baja pureza, producto de las consecuentes mezclas y añadiduras que se realizan durante su tránsito hasta el consumidor final. Dicha condición de la droga en el mercado ha llevado a que las defensas invoquen recurrentemente esta situación para significar que el objeto material del delito no es apto para configurar el ilícito o buscar la recalificación de la figura de tráfico a microtráfico, bajo consideraciones de tipo aritméticas, es decir, separando hipotéticamente todo lo que no es droga de aquello que lo es, llegando a cantidades menores de éstas. Ejemplo de esto último sería el caso de: una incautación de 60 gramos de pasta base de cocaína, la que una vez analizada por el Instituto de Salud Pública arroja una pureza de un 10%, por lo que las defensas afirman que la droga incautada no corresponde a 60 gramos sino tan solo 6 gramos, ya que todo el resto no sería droga.

En relación con las alegaciones mencionadas en el párrafo precedente, es dable argüir que aquella división mental e hipotética no es posible en la realidad, ya que la sustancia con mayor o menor cantidad de agregados llega al consumidor, afecta su salud, produce los efectos sicotrópicos o estupefacientes propios de su naturaleza. A mayor abundamiento, mientras más se abulte la droga su peligro potencial de afectar a una mayor cantidad de personas se eleva por generar un mayor volumen de droga que se inserta en el mercado.

Adicionalmente, los peritos químicos que analizan las drogas secuestradas, recurrentemente señalan en sus informes periciales que sin importar la pureza éstas mantienen su naturaleza dañina. A ello se suma la incierta calidad y tipo de materia con la que se mezclan o abultan, lo cual aumenta el potencial dañino y por ende el riesgo a la salud pública. Estos criterios se encuentran explicitados en fallos, como los que a continuación se reproducen:

1.- TOP de Antofagasta, 02/07/200, Ruc N°0700803104-K, Rit N°99-2008:

*“OCTAVO: Del modo anterior se ha desestimado la principal alegación de la defensa del menor P. C. y planteada subsidiariamente por el defensor de Leiva Valdés, los que cuestionaron que estuviésemos en presencia del ilícito del artículo 3° de la Ley 20.000.- puesto que se configuraría un tráfico de pequeñas cantidades de droga, del artículo 4° de la citada ley.*

*Efectivamente y como tanto lo enfatizó la defensa del menor, acorde al acta de recepción 1366/2007 del Servicio de Salud de Antofagasta de 23 de octubre de 2007, el decomiso descrito correspondió a la incautación de un polvo beige que en total ascendió a 107,5 gramos netos (110,9 gramos brutos) que resultó ser pasta base de cocaína. Más no puede soslayarse –como lo detalló el Carabinero Raúl Aravena del OS-7– que la misma estaba distribuíta no sólo en 91 dosis individuales conocidas como papelillos, que pesaron 23 gramos, sino además en 56 bolsas de nylon pequeñas que pesaron 77 gramos, es decir haciendo la proyección, esa cantidad alcanzaría por lo menos para 300 dosis más y finalmente 13 gramos más de droga a granel envuelta en un papel, que admitía la posibilidad de 51 dosis individuales adicionales, en total –y sin perjuicio que la pureza de esa droga, hacía posible duplicar sino triplicar la cantidad de dosis añadiéndole otras sustancias– los acusados tenían en su poder a lo menos droga que permitía poner en circulación a lo menos 442 dosis individuales (monos o papelillos). En efecto la cocaína base en cuestión era de una importante pureza (57%) si se la compara con los valores fluctuantes entre 10% y 30% que normalmente se acostumbra encontrar en poder de microtraficantes. Así este caso, potencialmente la distribución de la droga –de añadirseles otras sustancias– podía además haberse aumentado a 800 o 1200 dosis, lo que sustenta la estimación del tribunal de encontrarnos frente al tráfico de grandes cantidades de drogas.*

*No fue entonces –como lo pretendieron las defensas– el gramaje aisladamente considerado, el único antecedente a ponderar para establecer si estamos en presencia de pequeñas o grandes cantidades de droga.*

*En otro orden, también desestimando la apreciación de la defensora de P., que planteó que la pureza de 57% de la droga, tornaba a la misma menos apta para afectar la salud pública, destacando que el informe allegado al juicio señalaba que “sólo el consumo agudo y crónico ocasionaba toxicidad”, de manera que en virtud de los principios de proporcionalidad y lesividad, se imponía lo anterior como parámetro para calificar el ilícito como un microtráfico. Lo cierto es que obvida la defensa que luego*

de la conclusión anterior en torno a la toxicidad, la perito en cuestión agregó que “cualquier pureza o concentración de la droga es igualmente dañina para la salud pública...”.

2.- TOP de Iquique, 03/09/2007, Ruc N°0600845808-K, Rit N°181-2007:

**“UNDECIMO:...**Respecto de la alegación de la defensa de Saldívar, se debe señalar, que a criterio del tribunal, la baja valoración de la droga no resulta un criterio atendible para establecer la cuantía de la pena, por tratarse el tráfico ilícito de drogas de un delito de peligro que atenta contra la salud pública, en que la puesta en riesgo del bien jurídico protegido se consigue de igual manera con sustancias de alta o baja valoración, máxime si se trata de una cantidad como la incautada.”

3.- 6° TOP de Santiago, 05/02/2008, Ruc: 0700089276-3, Rit N°491-2007:

**“VIGESIMO:** Que, respecto a lo argumentado por la defensa en cuanto a que de la droga incautada al acusado sólo alcanzaría un 28 % de clorhidrato de cocaína y el resto correspondería a otros componentes no ilícitos, por lo que se trataría más bien de un tráfico en pequeñas cantidades, para rechazar tales expresiones se tiene presente al respecto que el Informe sobre tráfico y acción de la cocaína en el organismo, emanado del Instituto de Salud Pública, suscrito por el perito químico Pablo Carmona Acuña, indica claramente que el consumo de la cocaína ocasiona trastornos cardiovasculares, cerebrales, respiratorios y psíquicos, y que cualquier pureza y concentración es dañina para la salud pública, por lo que la alegación de la defensa en este sentido no tiene asidero científico.

En este mismo orden de ideas, se entiende además que en la especie el 28% de grado de pureza de la sustancia incautada en poder del acusado, indicado por la pericia rendida, no permite racionalmente suponer que haya estado destinada al microtráfico, toda vez que su volumen aún podía ser aumentado mediante la adición de otras sustancias.

A mayor abundamiento, según las máximas de la experiencia, el grado de pureza de la droga incautada correspondiente al 28 %, está por sobre el común de la que generalmente se comercializa en las poblaciones del sector sur de Santiago, rechazándose en consecuencia tales argumentaciones”.

4.- 6° TOP de Santiago, 11/09/2009, Ruc N°0700 519 295-6, Rit N°209-2009:

**“DECIMO TERCERO:** En cuanto a las alegaciones de la Defensa... Al efecto, debe tenerse presente que la mezcla es la sustancia ilícita, cualquiera sea el porcentaje de la pureza de la droga, la que igualmente provoca daños en la salud, porque el adicto, necesitando una cantidad determinada de cocaína, va a consumir más dosis para lograr el efecto, por todo lo cual, es que el tribunal desecha en todas sus partes la pretensión de la defensa de los imputados”.

5.-6° TOP de Santiago, 12/09/2009, Ruc N0800836926-8, Rit N°352-2009:

*“NOVENO:... Por último, la pureza de la droga es indiferente en este análisis, pues como bien se destaca en el informe de acción de cocaína en el organismo, cualquier pureza o concentración de la droga es igualmente dañina para la salud pública...”*

Finalmente, esperamos que las argumentaciones vertidas en relación con la escasa cantidad o a la baja pureza del objeto material permitan al lector ilustrarse acerca del estado actual de la discusión relativa al tráfico de drogas.

## REGISTRO DE CARGAS BOLIVIANAS CONFORME AL DERECHO INTERNO Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Lorena Rebolledo Latorre<sup>1</sup>

### 1. Antecedentes históricos

El día 20 de octubre de 1904, nuestro país suscribió con la República de Bolivia el “*Tratado de Paz, Amistad y Comercio*”<sup>2</sup>, en adelante Tratado de 1904, en virtud del cual se reconoce el dominio absoluto y perpetuo de Chile sobre los territorios ocupados por éste, según lo dispuesto en el artículo 2° del Pacto de Tregua de 4 de abril de 1884<sup>3</sup>, como asimismo, que “[l]a República de Chile reconoce a favor de la de Bolivia, y a perpetuidad, el más amplio y libre derecho de tránsito comercial por su territorio y puertos del Pacífico”<sup>4</sup>.

A su turno, el artículo 7° de este Tratado, establece el derecho en favor de Bolivia de constituir agencias aduaneras en los puertos que designe para hacer su comercio, indicándose, por ese momento, como puertos habilitados los de Arica y Antofagasta. Y, mediante el Decreto N°141, publicado en el Diario Oficial el 23 de junio de 2008, se habilitó el Puerto de Iquique para el régimen de libre tránsito a favor de Bolivia, conforme al Tratado de 1904, para las mercaderías de ultramar y que vengan manifestadas en libre tránsito a Bolivia y para las mercaderías provenientes de Bolivia a terceros, bajo el mismo régimen<sup>5</sup>.

Ahora bien, el 16 de agosto de 1937, los gobiernos de Chile y Bolivia suscribieron “*La Convención sobre Tránsito*”, dictándose al efecto el Decreto N°1.346 bis, que en su artículo 1° “reconoce y garantiza el más amplio y libre tránsito a través del territorio y puertos mayores para las personas y cargas que cru-

- 1 Abogada de la Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Nombre original “Tratado de Paz, Amistad i Comercio entre Chile i Bolivia”, publicado en el Diario Oficial con fecha 27 de marzo de 1905.  
Para una mejor comprensión del lector, revisemos el concepto de tratado: “(...) es un acuerdo de voluntades celebrado por escrito entre sujetos de derecho internacional y regido por el derecho internacional”. Vargas Carreño, Edmundo. Derecho Internacional Público, de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile. 2007. P. 124.
- 3 Inciso primero del Artículo II, Tratado de 1904.
- 4 Inciso primero del Artículo VI, Tratado de 1904. En el mismo orden de ideas, véase la Ley N°2.890, de 1912.
- 5 Artículo 1°.

cen por su territorio (chileno)<sup>6</sup> de o para Bolivia. Dentro de las estipulaciones chileno-bolivianas vigentes, el libre tránsito comprende toda clase de carga y en todo tiempo sin excepción alguna”. Luego, el artículo 2° dispone que tanto Chile como Bolivia podrán mantener en los puertos o lugares donde se efectúen operaciones de tránsito, agentes aduaneros.

Adicionalmente, el 25 de enero de 1953, se firmó entre Chile y Bolivia, la “*Declaración de Arica*”, la cual establece en su artículo 1° que “toda clase de carga, sin excepción alguna, en tránsito por territorio chileno, de o para Bolivia, se halla sujeta a la jurisdicción y competencia de las autoridades aduaneras bolivianas, representadas por los respectivos agentes aduaneros acreditados por el gobierno de Bolivia, desde el momento que las autoridades chilenas entreguen la carga a los agentes aduaneros bolivianos. Esta entrega de acuerdo con la letra y con el espíritu del Convenio debe ser hecha en el momento mismo que la carga arribe a puerto chileno sin que pueda ser interferida por autoridad alguna. Cualquiera que sea el recinto en el que se deposite la carga se considera también recinto boliviano”. Luego, en el numeral 3° se indica que “la intervención de las autoridades aduaneras u otras de la República de Chile en las operaciones de tránsito para la importación de o para Bolivia, y de las formalidades a que tales operaciones se hallan sujetas en virtud de los acuerdos internacionales vigentes, sólo tienen el carácter de vigilancia externa, a fin de impedir que tal carga salga clandestinamente al consumo local, sin los trámites aduaneros respectivos, y asimismo evitar la comisión de hechos delictuosos”.

No obstante los instrumentos mencionados, el 5 de marzo de 1991 fue promulgado “*El Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre*”, adoptado el 1 de enero de 1990 por Chile, Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay — el Decreto N°257. En su elaboración se consideró que el transporte internacional terrestre constituye un servicio de interés público fundamental para la integración, y en el cual la reciprocidad debe entenderse como el régimen más favorable para optimizar la eficiencia de dicho servicio.

De esta forma, su numeral primero dispone que “[l]os términos de este acuerdo se aplicarán al transporte internacional terrestre entre los países signatarios tanto en transporte directo de un país a otro como en tránsito a un tercer país”. Y en el siguiente numeral se establece que “[e]l transporte internacional de pasajeros o carga solamente podrá ser realizado por las empresas autorizadas, en los términos de este Acuerdo y sus Anexos”.

Luego, en el Anexo I de este Acuerdo, denominado “Aspectos Aduaneros”, en su capítulo XI sobre “Infracciones aduaneras, reclamaciones y accidentes”, artículo 19, número 1, se indica “Si la Aduana de un país detecta la existencia de presuntas infracciones aduaneras, adoptará las medidas legales correspon-

6 Paréntesis agregado por la autora.

7 Véase: [www.aduana.gov.bo/pagWebArica/paginaprincipal.html](http://www.aduana.gov.bo/pagWebArica/paginaprincipal.html)

dientes conforme a su propia legislación. En caso de retención del vehículo, la empresa autorizada podrá presentar una garantía que satisfaga a las autoridades competentes, a fin de obtener la liberación del vehículo, mientras prosigan los trámites administrativos o judiciales”.

## 2. Normativa interna. Atribuciones del “Servicio Nacional de Aduanas” como institución fiscalizadora de mercancías

En primer lugar nos corresponde precisar que el “*Servicio Nacional de Aduanas*” es un servicio público que tiene por misión vigilar y fiscalizar el tránsito de mercancías por las costas, fronteras y aeropuertos de nuestro país, entre otras funciones que se indican en el artículo 1° de la Ordenanza de Aduanas, DFL N°213, de 1953<sup>8</sup>.

Cabe agregar, además, que la “*Potestad Aduanera*”<sup>9</sup> está constituida por un conjunto de facultades que posee la Aduana para controlar el ingreso y salida de mercancías hacia y desde el territorio nacional. Esta atribución se extiende a las personas que pasen por las fronteras, puertos y aeropuertos, y la importación y exportación de los servicios respecto de los cuales la ley disponga la intervención de la Aduana.

Resulta importante destacar que el referido cuerpo normativo define a la “*Zona Primaria*”<sup>10</sup> como “el espacio de mar o tierra en el cual se efectúan las operaciones materiales marítimas y terrestres de la movilización de las mercancías, el que, para los efectos de su jurisdicción es recinto aduanero y en el cual han de cargarse, descargarse, recibirse o revisarse las mercancías para su introducción o salida del territorio nacional. Corresponderá al Director Nacional de Aduanas fijar y modificar los límites de la zona primaria”.

Entonces, la Aduana es una “Institución Fiscalizadora”<sup>11</sup>, y como tal, tiene la facultad de controlar las mercancías que ingresen, egresen o transiten por el territorio chileno<sup>12</sup>.

Como consecuencia lógica, rige esta misma atribución (según los fundamentos que abordaremos a continuación) para las Aduanas de los Puertos de Arica,

8 Véase además la Ley Orgánica de Aduanas, DFL N°329 de 1979.

9 Artículo 2°, N°1 de la Ordenanza de Aduanas. Véanse además los artículos 14, 15, 17 y 18, relativos al “Ejercicio de la Potestad Aduanera”, del mismo cuerpo normativo.

10 Artículo 2°, N°5 de la Ordenanza de Aduanas.

11 Artículo 1° de la Ordenanza de Aduanas: “(...) Este Servicio será denominado para todos los efectos legales como ‘Institución Fiscalizadora’ (...)”.

12 El artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas dispone que “Las infracciones a las disposiciones de la presente Ordenanza o de otras de orden tributario cuyo cumplimiento y fiscalización corresponde al Servicio de Aduanas, pueden ser de carácter reglamentario o constitutivas de delito”.

Iquique y Antofagasta, no obstante estar habilitados para el libre tránsito comercial a favor de la República de Bolivia.

En efecto, el propio Servicio Nacional de Aduanas, mediante *Resolución N°6153*, de fecha 11 de septiembre de 2009, estableció un procedimiento uniforme para las Aduanas de Arica, Iquique y Antofagasta para la recepción, despacho, almacenamiento y salida de la carga acogida al libre tránsito entre Chile y Bolivia, según el Tratado de 1904. Dicha Resolución, en su numeral 4°, dispone lo siguiente: “Las Aduanas de Arica, Iquique y Antofagasta, bajo cuya jurisdicción se encuentren los puertos habilitados para el libre tránsito, podrán fiscalizar las mercancías que ingresen, salgan o transiten por sus zonas, debiendo ser asociadas estas en forma previa a un análisis de riesgo en el área de drogas o contrabando, sin perjuicio que se trate de cargas acogidas al Tratado de Paz, Amistad y Comercio, suscrito en el año 1904, debiendo para tales efectos coordinarse con la Agencia Aduanera boliviana”.

### **3. Análisis de las normas internacionales y las normas internas, respecto al libre tránsito de mercancías, a favor de Bolivia**

Iniciamos este artículo relatando los antecedentes históricos relativos al régimen de libre tránsito comercial que opera a favor de Bolivia, otorgado por nuestro país mediante la suscripción del Tratado de 1904.

Sin embargo, vimos también, que en el año 1990 fue adoptado por Chile, Bolivia y otros países de la Región: “El Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre” (ATIT), en el cual el transporte de cargas entre los países signatarios solamente puede ser realizado en los términos de este Acuerdo. También se indica expresamente que, en caso de que la Aduana detecte la existencia de presuntas infracciones aduaneras deberá adoptar las medidas que correspondan según su legislación.

En este orden de ideas, relacionando este último instrumento internacional con la facultad de registro de cargas que le asiste al Servicio de Aduanas, podemos concluir que no existe impedimento alguno para que éste se desarrolle, pese a la vigencia del Tratado de 1904, vale decir, para que este órgano fiscalizador cumpla su tarea de control, y comunique a la Policía o al Ministerio Público, la ocurrencia de un hecho en caso que revista caracteres de delito.

Más aún, se desprende de la sola lectura del Tratado de 1904, que este régimen de libre tránsito comercial no excluye en caso alguno la facultad de registrar las mercancías en tránsito por la Aduana de nuestro país.

A la luz de lo anterior, la Aduana emitió un pronunciamiento, en el Oficio N°4852, de fecha 8 de abril de 2008<sup>13</sup>.

13 Oficio Ord. del Subdirector Jurídico del Servicio Nacional de Aduanas, en respuesta al Oficio Ord. N°4629 de 3 de abril de 2008.

En este documento se indica que El Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre (ATIT) “representa una alternativa complementaria o supletoria a la normativa señalada precedentemente y es así como, con relación a petición de habilitación del Puerto de Iquique<sup>14</sup>, la Directora Nacional de Fronteras y Límites del Estado, por Oficio 2030 de 30 de diciembre de 2004, informa que el mismo debe contemplar el ATIT como opción para el usuario, ya que en el Tratado de 1904 ni las Convenciones posteriores excluyen esta posibilidad”.

Se considera además que “es competencia del Servicio Nacional de Aduanas, la fiscalización de todas las mercancías que por sus zonas de jurisdicción aduanera, ingresen, salgan o transiten por el territorio nacional, de modo que las mismas deben ser asociadas a un análisis previo de riesgo en el área droga o contrabando, sin perjuicio de que específicamente en los puertos de Arica y Antofagasta, se coordine con la Agencia Aduanera Boliviana las fiscalizaciones pertinentes a las mercancías de tránsito provenientes de Bolivia”.

### 3.1 Revisión de cargas y delito flagrante

Ahora bien, pongámonos en el caso que, ejecutándose por la Aduana la labor de control de mercancías en los puertos habilitados como libre tránsito a favor de Bolivia, nos encontremos ante la comisión de un delito flagrante, *¿cuál sería el procedimiento a seguir?* La respuesta parece bastante lógica según lo que hemos estado analizando, es decir, si se registra una carga y en ésta se encuentra, por ejemplo, una sustancia presuntamente ilícita, se aplicarán las normas procesales penales que rigen nuestro sistema. Se dará aviso por parte del personal de Aduanas, a la Policía y al Ministerio Público. Asimismo, por tratarse de un delito flagrante, el funcionario de Aduanas respectivo procederá a la detención de los implicados, los que serán puestos a disposición de la policía.

Pero aquí surge otra interrogante. En el marco de la coordinación que debe existir con la Agencia Aduanera boliviana apostada en los puertos habilitados, *¿debemos dar aviso a la agencia respectiva?* Creemos que no, y somos categóricos al respecto. Con la Aduana de Bolivia debe existir un nivel de coordinación, en cuanto a la forma en que se va a fiscalizar en los puertos habilitados, pero no en cuanto a la fiscalización o registro mismo que se hace a la mercancía.

Es, por lo tanto, una coordinación previa, porque si estamos en presencia de una infracción penal, se harán las diligencias procesales y administrativas de rigor. Y de hecho, podría ser necesario coordinar una entrega controlada de

---

14 El Decreto N°141, publicado en el Diario Oficial con fecha 13 de mayo de 2008, habilitó el Puerto de Iquique para el libre tránsito a favor de Bolivia, conforme a las normas del Tratado de 1904. Su articulado 5° refiere que “[l]as normas del presente decreto supremo no afectan la aplicación del Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre de 1991 (ATIT)”.

drogas<sup>15</sup>, la cual podría perfectamente verse frustrada en caso de filtración de información<sup>16</sup>.

Ahora bien, ajustándonos a los instrumentos internacionales ya analizados, indicaremos, en todo caso, que el Tratado de 1904 contempla el libre tránsito comercial para la República de Bolivia, sin prohibir el registro de las mercancías por parte de los funcionarios aduaneros chilenos.

Además, a nuestro país lo ampara un tratado posterior de transporte internacional ATIT (suscrito por Chile, Bolivia y otros países), el cual contempla el caso de que si un país signatario detectare la existencia de presuntas infracciones aduaneras, *deberá adoptar las medidas legales correspondientes conforme a su propia legislación*.

### 3.2 Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia<sup>17</sup>

Hemos visto que, en relación con el transporte de cargas entre Chile y Bolivia, coexisten dos tratados; uno bilateral, suscrito en el año 1904, y uno internacional, suscrito por los mismos Estados y otros de la Región.

En este último tratado, denominado “El Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre” (ATIT), se contemplan una serie de disposiciones relativas al transporte de mercancías, algunas de las cuales ya han sido revisadas en acápite anteriores. Nos interesa, asimismo, mostrar otras normas de este instrumento, como es el caso del artículo 10 que dispone: “El transporte de mercancías efectuado bajo el régimen de tránsito aduanero internacional se realizará conforme a las normas que se establecen en el Anexo “Aspectos Aduaneros<sup>18</sup>”.

Y, en el artículo 1 numeral 8 de este Anexo, se describe el “control aduanero” como el “conjunto de medidas tomadas con vistas a asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos que la aduana está encargada de aplicar”.

15 Al respecto, recordemos el artículo 23 de la Ley N°20.000, que contempla la técnica de investigación de entrega vigilada o controlada de drogas. En éste, su inciso 3° establece: “Cuando las sustancias, instrumentos y efectos del delito se encuentren en zonas sujetas a la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas observará las instrucciones que imparta el Ministerio Público para los efectos de aplicar esta técnica de investigación”.

16 En efecto, la información podría estar en manos sólo del Ministerio Público y la policía.

17 La Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, de la Universidad Complutense de Madrid, Ana Gemma López Martín, en su obra denominada: “Conflicto entre Tratados. ¿Tempestad o Calma en el Derecho del Mar?” comenta, en relación a la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia, que para que ello ocurra, se requiere la concurrencia de tres factores: uno subjetivo (uno o más Estados deben ser partes en ambos acuerdos); uno objetivo (una misma materia debe estar regulada por una o varias disposiciones de los dos tratados); y uno temporal (los dos acuerdos deben hallarse en vigor o debe haberse procedido a su aplicación provisional). Foro, Nueva época, núm.3/2006:241-278.

18 Anexo I.

Luego, el artículo 5 reza lo siguiente: “1. Las unidades de transporte precintadas utilizadas para el transporte de mercancías en aplicación del presente Anexo deben estar construidas y fabricadas de tal modo: d) Que todos los espacios capaces de contener mercancías sean fácilmente accesibles para las inspecciones aduaneras (...)”.

Como podemos observar, en el mentado Acuerdo existen diversas normas que regulan el transporte terrestre –en el caso en comento, entre Chile y Bolivia– y que aluden al control que la aduana respectiva debe realizar conforme a su normativa local. De hecho, se contempla el registro de la mercancía bajo ciertas condiciones.

Entonces, si relacionamos lo ya analizado con lo estatuido en el Tratado de 1904 veremos que, sin perjuicio de que éste dispone el libre tránsito comercial a favor de Bolivia, podemos señalar que un tratado posterior regula la misma materia, “El ATIT” –es decir, el transporte terrestre de cargas– cuyo contenido, según este último Acuerdo, puede ser sometido a fiscalización o registro por los funcionarios aduaneros.

En esta línea, nos detendremos a revisar la “Convención de Viena sobre El Derecho de los Tratados”, suscrita por Chile el 23 de mayo 1969, y publicada en el Diario Oficial el 22 de junio de 1981.

En este instrumento se contempla la “Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia<sup>19</sup>”, indicándose en su numeral 30.3, lo siguiente: “Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”.

Por consiguiente, al hacer aplicable esta norma señalaremos que el libre tránsito concedido por nuestro país a la República de Bolivia mediante el Tratado de 1904, debe ser efectuado conforme con la regulación descrita en el ATIT, sobre todo en lo concerniente al registro de mercancías provenientes de ese país por la aduana chilena.

En esta parte, finalmente, concluiremos que los mencionados tratados son instrumentos internacionales vigentes, no contradictorios y complementarios entre sí.

#### **4. Comentario final**

En resumen, la facultad del Servicio Nacional de Aduanas de vigilar y fiscalizar el paso de las personas y mercancías por las costas, fronteras y aeropuertos, se

19 Parte III. Observancia, aplicación e interpretación de los tratados. Sección segunda, Aplicación de los tratados.

ejerce en todo el territorio de la República. Ello, no obstante la vigencia del Tratado de 1904, pues tal como lo señalamos inicialmente, entendemos que la coordinación que debe existir con la Agencia Aduanera boliviana para el libre tránsito comercial, “*debe ser previa*”, vale decir, en cuanto a la forma en que se debe controlar en los puertos habilitados, a saber: Arica, Iquique y Antofagasta.

En consecuencia, la Aduana chilena, según lo que establece su propia normativa, y lógicamente “*sin que medie al efecto autorización judicial*”, podrá revisar las cargas o mercancías en tránsito, según el análisis de riesgo que efectúa como procedimiento normal. Y, en caso que detecte sustancias presuntamente sujetas a la Ley N°20.000 “Que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”, deberá dar aviso a la policía y al Ministerio Público, por tratarse de la comisión de un delito flagrante; aplicándose de esta forma, la legislación penal y procesal penal que rige en nuestro país.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN DELITOS SEXUALES  
Y VIOLENTOS

---



## ACERCA DEL VALOR DE LOS LLAMADOS METAPERITAJES SOBRE EVALUACIONES PERICIALES PSICOLÓGICAS A VÍCTIMAS

Sofía Huerta Castro  
Francisco Maffioletti Celedón<sup>1</sup>

---

*“Además, si se aceptare que algunos profesionales magnifican o sobrestiman los síntomas que advierten en quienes denuncian trasgresiones contra la esfera de su sexualidad, podría también concluirse, legítimamente, que otros los minimizan, por las razones que fueren...”.*

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE VIÑA DEL MAR  
RUC N° 0500524390-6

El área pericial ha presentado estos últimos años un crecimiento sin precedentes en la historia judicial chilena. La Reforma Procesal Penal ha sido en gran parte responsable de que en el sistema público se haya visualizado hace casi una década la necesidad de modernizar sus metodologías de evaluación pericial. Un claro ejemplo de ello lo constituyen los organismos auxiliares de la administración de justicia, tales como el Servicio Médico Legal, la red pericial dependiente del SENAME, y los centros periciales de ambas Policías, los cuales han aumentado significativamente sus dotaciones de personal, han profesionalizado las diferentes áreas que los componen y, en el caso de los Laboratorios Criminalísticos, han invertido fuertemente en tecnología de última generación para estar a la altura de los requerimientos emanados del Ministerio Público y de los Tribunales del Poder Judicial.

Por otra parte, el paso de un sistema inquisitivo a uno de corte acusatorio ha permitido que, entre otras cosas, en virtud del principio de transparencia, se puedan conocer los medios de prueba que son utilizados por las partes para sostener su teoría del caso. Ello ha traído aparejada la visibilización del trabajo de los peritos en las audiencias, una mayor exigencia en la fundamentación de sus apreciaciones profesionales, y la posibilidad que sus asertos se vean sometidos a contrastación en el proceso de interrogatorio y contrainterrogatorio.

Para la disciplina psicológica, acostumbrada a operar en espacios de intimidad regidos por el secreto profesional y la confidencialidad en el vínculo con el paciente, este paso ha sido aún más complejo y no exento de dificultades. Si bien la práctica pericial psicológica ya antes de la Reforma operaba bajo los principios de la psicología forense, y no bajo los de la psicología clínica, este paso a la publicidad de su accionar ha sido decisivo para generar un debate y

---

<sup>1</sup> Psicólogos de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

una reflexión en cuanto a los alcances y limitaciones de la aplicación práctica de la psicología a las cuestiones de la Justicia.

Por ello, aún cuando Muñoz Sabaté (1980)<sup>2</sup> ya había acuñado hace más de dos décadas el concepto de *psicología para el Derecho*, en alusión al rol de la psicología forense, clasificación que él mismo señala como dotada de un carácter meramente ilustrativo, no podemos desconocer la novedad que ha significado para nuestro país el posicionamiento de la psicología al servicio de las necesidades de la administración de justicia.

Partir de esta constatación resulta alentador si consideramos los desafíos que se presentan a la psicología forense, para la cual, en el ejercicio del foro, la psicología clásica representa un sustrato de invaluable valor referencial.

En este contexto de incremento de la demanda de conocimientos especializados, bajo el alero del Colegio de Psicólogos de Chile A.G., se constituyó el año 2003 una asociación de profesionales interesados en generar espacios de discusión y reflexión en temas en que la Psicología y la Justicia requerían de un puente conceptual y científico que diera sustento a proyectos de Ley, políticas públicas y fallos judiciales. Dicha asociación de profesionales, que corresponde hoy a la Asociación Chilena de Psicología Jurídica y Forense, ha generado dos Congresos a nivel nacional, ha realizado cuatro publicaciones en formato de libro, ha realizado observaciones a variados proyectos de Ley (Tribunales de Familia, Responsabilidad Penal Adolescente, Medidas de Seguridad, entre otros), ha efectuado capacitaciones en diversos temas psicojurídicos, y se encuentra actualmente encaminada a definir criterios de acreditación para la especialidad en psicología forense.

Lo anterior, responde a una necesidad muy sentida en la práctica psicológica ligada al mundo del Derecho, considerando lo imperioso que resulta adaptar el quehacer psicológico a las necesidades judiciales, sin que ello redunde en un alejamiento de los principios y conductas esperables para la profesión. Así, se transforma en un imperativo ético el responder de forma profesional a las cuestiones de la justicia, sin que ello implique traspasar los límites que impone la propia disciplina.

## De la ética en el ejercicio profesional

Si bien la Ley establece una serie de regulaciones encaminadas a proteger a los ciudadanos del ejercicio ilegal de las profesiones, de la baja calidad de las prestaciones recibidas y en definitiva de las vulneraciones a las que se ven expuestos al requerir de un servicio profesional, existen una serie de conductas que afectan a las personas sin ser necesariamente constitutivas de delito.

2 Muñoz Sabaté, L; Bayés, R. y Munné, F. (1980). Introducción a la Psicología Jurídica. Editorial Trillas, México.

En estos casos, incluso se puede tratar de conductas profesionales perniciosas que no son visualizadas o comprendidas por el usuario como tales, pero que de una u otra forma le afectan directamente. Por otra parte, cuando éstas son conocidas por el sistema de justicia, éste no dispone del marco referencial propio de la disciplina para comprender las raíces ontológicas de su reprochabilidad.

En agosto del año 2005, una modificación legal a la Constitución Política de la República, devolvió a los Colegios Profesionales la tuición ética de sus colegiados. El objetivo de dicha modificación fue precisamente el que se estableciera un procedimiento imparcial desde la propia profesión para que las conductas de sus afiliados pudiesen ser analizadas mediante una Comisión Especial -previamente constituida- que pudiese, a través de un debido proceso, juzgar las acciones profesionales desarrolladas por sus colegas.

El texto aprobado señala lo siguiente:

“los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley”<sup>3</sup>.

Actualmente se encuentra en tramitación un Proyecto de Ley que permite poner en práctica dicha restitución de la tuición ética, encontrándose entre los principales aspectos de la referida iniciativa parlamentaria la creación del Registro Nacional Público de Profesionales (RNPP), un nuevo régimen jurídico para los colegios profesionales, la instauración de normas e instrumentos para la tuición efectiva de la conducta ética profesional, y la creación de Tribunales de Ética.

## De los peritajes y los llamados *metaperitajes*

Desde hace varios años se ha visto como, cada vez con mayor frecuencia, se incorpora por parte de la defensa la presentación de *prueba pericial* que se ha centrado en el análisis y crítica de las pericias psicológicas y psiquiátricas que presenta el ente persecutor, especialmente en el caso de juicios orales por delitos sexuales, pronunciándose principalmente sobre la idoneidad técnica de pericias que son parte de la investigación fiscal, por lo que a este tipo de actuaciones se le ha denominado *metaperitajes*, dado su nivel lógico de análisis, es decir, una pericia sobre una pericia.

3 Constitución Política de la República. Editorial Jurídica de Chile. Undécima Edición, junio de 2006.

Cabe señalar que la irrupción de esta práctica no ha estado exenta de debate y cuestionamientos, tanto en lo que corresponde a lo estrictamente disciplinario, fundamentado en criterios técnicos y éticos, como a lo procesal.

En el primero de estos aspectos, es decir las implicancias técnicas y éticas, los metaperitajes han sido objeto de amplia discusión al interior de Asociaciones de Profesionales vinculadas a la psicología forense, así como en diversos post-gradados de especialización en el área.

A este respecto, la Asociación Chilena de Psicología Jurídica y Forense, adopta “una posición, en general, contraria a la práctica del metaperitaje, toda vez que supone un pronunciamiento profesional orientado a evaluar y, eventualmente, descalificar el trabajo de un/a colega en el contexto público del foro penal y que, además, en diversas ocasiones ha incorporado una valoración del trabajo pericial de otro colega sin tener acceso a la persona periciada ni al procedimiento de peritaje”<sup>4</sup>.

En esta misma línea, la Comisión Deontológica del Colegio Oficial de Psicólogos de España, adhiere a lo que plantea su presidente, don Javier Urra (2002)<sup>5</sup>, en cuanto a que el psicólogo forense, en su ejercicio profesional, no debe “desacreditar a otros profesionales (los erróneos contrainformes periciales)”.

Cabe señalar que la valoración disciplinaria de los metaperitajes como un ejercicio no ético, fuera de los límites de la ciencia, tiene repercusiones más allá del área de conocimiento del cual provienen, dado que al exponer en el foro un conocimiento proveniente de una ciencia, arte u oficio, lo que se espera de éste es que ilumine un área del saber respecto del cual el juzgador carece de dominio.

Para que sea comprendida esta posición fuera de los círculos de la propia disciplina psicológica, debemos explicitar algunos criterios que resultan transversales a dicha práctica y que, en el caso de los llamados *metaperitajes*, se ven vulnerados. Uno de los principios básicos de la psicología es que resulta improcedente que un profesional emita un pronunciamiento diagnóstico respecto de una persona que no ha entrevistado o evaluado de forma directa y no mediada, entendiéndose que al no tener éste un contacto directo con la fuente, se carece de la información básica y necesaria para emitir un juicio fundado. Ello, porque es precisamente en la relación directa con el entrevistado, en la cual el evaluador podrá, haciendo uso de todos los recursos que su disciplina le otorga, aplicar personalmente las técnicas y aquilatar la dinámica relacional que se establece.

4 Documento de fecha 20 de enero 2009. [www.achpsiju.cl](http://www.achpsiju.cl)

5 Urra, J. (2002). Tratado de Psicología Forense. Siglo XXI de España Editores S.A., Madrid. p. 615.

Sin perjuicio de lo ya señalado, otro gran principio que resulta comprensible desde cualquier disciplina, es que para pretender *analizar* críticamente la labor de otro profesional, el que realiza el análisis debe al menos poseer el mismo nivel de conocimiento que el profesional sobre cuyo trabajo pretende emitir una opinión. En la práctica, se ha observado en algunos juicios orales que han depuesto metaperitos respecto del informe pericial de colegas que poseen formación de postgrado en el área que ellos no tienen, e incluso se han realizado metaperitajes respecto de informes de otras disciplinas diferentes a las suyas propias. Esta última situación ha sido consignada explícitamente por los Tribunales Orales en sus sentencias<sup>6</sup>.

Asimismo, resulta preocupante y grave que algunos metaperitajes, traspasando los límites que impone la disciplina, no sólo den cuenta del análisis de documentos destinados a constituirse en medios de prueba en un proceso penal, sino que en éstos se emita una conclusión o pronunciamiento respecto del diagnóstico, estado mental o credibilidad de la persona evaluada por otro profesional. En este sentido, existe un límite muy claro para los metaperitajes en el área de la salud mental, y éste precisamente está puesto en su imposibilidad de pronunciarse respecto del contenido de las conclusiones a las que arribó el perito, pudiendo limitarse tan sólo a cuestionar la idoneidad y científicidad de la metodología empleada y las condiciones en que se evaluó.

En lo que respecta al ámbito procesal, de acuerdo a lo señalado en el artículo 314 del Código Procesal Penal, los peritajes son requeridos “siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio”, englobándose dentro de esta definición la(s) persona(s) o cosas que han estado presentes o participado en el momento y lugar en que sucedió el delito, o bien han jugado un importante papel en su realización.

Por otra parte, el artículo 315 define qué es lo que deberá contener el Informe de Peritos.

**Art. 315. Contenido del informe de peritos.** Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, éste deberá entregarse por escrito y contener:

- a. La descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare;
- b. La relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado, y

<sup>6</sup> Véase: Sentencia TOP Villarica, 24 de abril de 2007, RUC N°0500630999-4. Sentencia Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 9 de abril de 2007. RUC N°0500630007-1.

- c. Las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.

No obstante, de manera excepcional, las pericias consistentes en análisis de alcoholemia, de ADN y aquéllas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o psicotrópicas, podrán ser incorporadas al juicio oral mediante la sola presentación del informe respectivo. Sin embargo, si alguna de las partes lo solicitare fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser substituida por la presentación del informe<sup>7</sup>.

Al respecto, dada la diversidad de materias procesales respecto de las cuales se puede solicitar la realización de peritajes, y en relación a la eventual calidad de informe pericial de los *metaperitajes*, se estima oportuno realizar algunas observaciones en relación al objeto y alcance de lo definido por dicho artículo.

En esta lógica, resulta difícil de comprender que en la audiencia de preparación de juicio oral se admita como peritaje *un análisis* de un informe pericial realizado por otro perito bajo solicitud de alguna de las partes, dado que no se cumpliría ni con el objetivo ni con las exigencias establecidas por el propio Código Procesal Penal para una pericial; lo anterior sobretodo si se considera el limitado valor que posee en el sistema procesal penal el documento escrito remitido por el perito como consecuencia material de su peritaje, máxime si este documento no es incorporado como medio de prueba. En este sentido, en estricto rigor, lo que cobra pleno valor de peritaje es precisamente lo manifestado de forma oral por el perito en la misma audiencia de juicio oral, pudiendo dicha declaración ser sometida al procedimiento de examen y contraexamen propias del sistema acusatorio.

Lo anterior ha llevado incluso a que se produzcan situaciones excepcionales en audiencias de juicio oral, toda vez que se han presentado *metaperitajes* respecto de peritajes que no han sido incluidos en audiencia de preparación de juicio oral, produciéndose la insostenible situación de tener en estrado un perito declarando respecto de un peritaje que no forma parte de la prueba rendida en el juicio<sup>8</sup>.

En segundo término, y siguiendo lo planteado por los profesores Baytelman y Duce (2004)<sup>9</sup>, “la información puede provenir de otras fuentes probatorias

7 Inciso agregado por la Ley N°20.074, del 14 de noviembre de 2005.

8 Sentencia de la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, de 22 de abril de 2009, RUC 0800516703-6: “De igual forma, la evaluación de los informes periciales psicológicos de los menores realizados por la psicóloga de la defensa,..., quien no logra desvirtuar la credibilidad del relato de los niños ya que ella evalúa el procedimiento realizado pero no la pericia en sí misma e incluso se refiere a un peritaje que no fue incorporado en la audiencia, el del menor...”.

9 Baytelman, A. y Duce, M. (2004). Litigación Penal, juicio oral y prueba. Ediciones Universidad Diego Portales. Capítulo VII, p. 259.

[distintas a la aportada por los testigos], constituidas fundamentalmente por objetos y documentos; por ‘cosas’ que se exhiben en el juicio oral. Tal es el caso, por ejemplo, del arma homicida, la ropa ensangrentada de la víctima, el contrato a través del cual se consumó la estafa o el video de seguridad del banco en que quedó grabado el asalto”.

Como se puede observar, de acuerdo a los profesores citados, estas pruebas materiales tienen dos características comunes: son producidas sin intermediación (los jueces no estaban allí cuando el arma pasó a ser el arma homicida) y, por otra parte, ninguna de ellas está sujeta a contradictoriedad (sin perjuicio que lo estén los testimonios adosados a dicha prueba).

En este sentido, el informe pericial de la víctima no podría ser considerado como un objeto a ser metapericiado, toda vez que éste efectivamente se encuentra sujeto a contradictoriedad en la propia audiencia de juicio oral, y se produce con intermediación del tribunal. El peritaje directo a la víctima es un medio de prueba que no se exhibe en el juicio oral, dándose cuenta de él mediante la declaración del perito que lo realizó, por tanto, si algo pudiese ser materia u objeto de un *metaperitaje*, sería precisamente la declaración en el juicio oral del perito respecto de su peritaje, y no el peritaje como documento escrito (informe pericial).

En tercer lugar, al pretender constituirse el *metaperitaje* en un peritaje sobre un peritaje realizado a la víctima, desde su propósito puede ser vislumbrado como un proceso que necesariamente no logrará cumplir con su fin, en la medida en que el *metaperito* no contará con la debida relación directa, no mediada, con el sujeto de estudio. Lo anterior es aún más delicado y complejo si este tipo de análisis, los *metaperitajes*, se realizan sobre materias en extremo complejas como las relacionadas con la vida psíquica y personalidad de los afectados por el delito, de tal manera que el *metaperitaje* sólo logra constituirse en una revisión puramente académica de un informe que sí corresponde en propiedad a una pericia.

A tal punto resulta impropio este análisis, que en algunos casos de *metaperitajes* sobre pericias de credibilidad del testimonio de la víctima, los profesionales que elaboran los “*análisis de los parámetros de validez de informe sobre pericias psicológicas forenses*”, ante la pregunta del Tribunal respecto de la credibilidad de la víctima, no pueden más que manifestar que mediante su procedimiento no se puede arribar a conclusiones al respecto, cuestión central en este tipo de casos y que, por lo demás, constituye el objeto del peritaje original que se pretende analizar.

En cuarto lugar, el *metaperitaje* como medio de prueba, al pretender valorar la calidad de un peritaje realizado por un profesional, se adentra en un territorio reservado de forma exclusiva al Tribunal quien, a la luz de la libertad para valorar las pruebas (art. 297 CPP), mediante los principios de la oralidad y la

inmediación propias del proceso penal, se formará una convicción acerca del valor específico del peritaje, su rigor técnico y credibilidad, apoyándose en las máximas de la experiencia, en los conocimientos científicamente afianzados y en la no-contradicción de lo depuesto por el perito con los principios de la lógica.

No está demás señalar que esta intromisión del *metaperitaje* en la función privativa del Tribunal en la valoración de la prueba ya ha sido explicitada por algunos Tribunales orales del país en sus sentencias, cuestión relevante a considerar también en el proceso de regulación de la prueba en la audiencia de preparación de juicio oral a través de la eventual exclusión de *metaperitajes*. Al emitirse opiniones no referentes a hechos particulares, sino que al mérito de una prueba determinada, cuestión que compete exclusivamente al Tribunal, se entorpece la labor de este último al existir una injerencia indebida en sus atribuciones; la exclusión se fundamentaría en atención a que la apreciación de esta prueba hecha por los jueces se vería contaminada por una apreciación previa ya realizada por quien no está facultado para realizarla.

Todo lo anterior, se ve ratificado a la luz de la opinión de la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, que en su sentencia condenatoria por delito de violación y abuso sexual de menor de 14 años, manifiesta respecto del metaperitaje:

“Se desestima esta prueba, por cuanto en primer lugar, más allá del nombre peritaje, metaperitaje o supraperitaje, no se cumple con el requisito básico de *lex artis* esto es, el perito debe haber examinado en este caso a la menor. Tal como lo exige por lo demás, el artículo 315 del Código Procesal Penal. Situación que no ha realizado. Pues no evaluó a la víctima; sólo ha realizado una lectura a otro peritaje, lo que obviamente resta validez a toda conclusión que extraiga”<sup>10</sup>.

Otros ejemplos respecto del mismo tópico se observan en:

“Que la prueba pericial de la defensa consistente en los dichos de [la metaperito de la defensa] no desvirtúan ni alteran los hechos que se han establecido, toda vez que la misma cuestiona el peritaje efectuado por la perito (...), la forma en que ésta la llevó a cabo, pero lo contraataca sin haber examinado jamás a la menor, por lo que fueron insuficientes sus argumentaciones para contrarrestar el stress post traumático que dio cuenta la perito (...), como tampoco tienen la virtud de restar valor ni poner en dudas la espontaneidad de la develación de los hechos por parte de la menor, en que ésta por sí sola dio cuenta de lo que le sucedía con su padre...”<sup>11</sup>.

10 Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 11 de julio de 2006, RUC N°0500244993-7. [el subrayado es nuestro].

11 Segunda Sala de Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, 6 de diciembre de 2008, RUC N°0600448639-9. [el subrayado es nuestro].

“Que, la defensa (...), en apoyo a su tesis, rindió la misma prueba del Ministerio Público y además ofreció y rindió el peritaje de doña (...), sicóloga, domiciliada en calle xxx N°xxx, comuna de xxx, quien depuso respecto al contenido y conclusiones del informe denominado análisis de parámetros de validez sobre pericias psicológicas forense y que a juicio de estas sentenciadoras, se traduce básicamente en una crítica al procedimiento realizado por la perito siquiátra infante juvenil, para determinar que el testimonio de la niña es creíble y su relato válido. En primer término, su peritaje no es imparcial, carece de objetividad, toda vez, que señala que se dedica a hacer este tipo de metapericias para la Defensoría, narrando ante estos jueces que su último peritaje fue precisamente para la Defensoría y el peritaje que tendría que realizar al día siguiente también lo era.

En segundo lugar, su labor en estrado se tradujo en valorar la prueba consistente en peritaje psiquiátrico, función que corresponde exclusivamente a los jueces, no tuvo acceso a los hechos, ni siquiera conoce a la menor de autos, por ende tampoco se entrevistó con ella, son motivos que conducen a estas magistrados a desechar su peritaje o metapericia, más aún señaló en estrado que tenía que concurrir a juicio al día siguiente, sin saber de qué se trataba porque no había estudiado, situación que más fuerza hace a estas jueces para desechar su prueba, la que consiste en una repetición constante y uniforme en diversos juicios tendientes a desvirtuar otras pruebas, sin mayor conocimiento sobre los hechos”<sup>12</sup>.

Eventualmente este aspecto podría ser considerado en forma anticipada por los Jueces de Garantía, en las respectivas audiencias de preparación de juicio oral, mediante la regulación o exclusión de la prueba pericial, aplicando alguna de las causales que para tal efecto ha establecido el legislador en el Código Procesal Penal (art. 276), por ejemplo por considerar que ésta es impertinente, en tanto no ha realizado una valoración de hechos de la causa sino de otro medio de prueba.

En efecto, se ha definido por la doctrina como prueba impertinente “aquella que no guarda relación alguna con los hechos materia de la acusación o los alegados por la defensa, esto es, en que no existe ninguna relación, lógica o jurídica, entre el hecho y el medio de prueba”, señalándose además que “la admisibilidad de prueba pertinente o relevante es una exigencia del principio de economía procesal: ningún ordenamiento jurídico admite el derroche de actividades procesales consistentes en la introducción de pruebas que *a priori* se presentan inútiles para la determinación de los hechos”<sup>13</sup>. En el caso del

12 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, 11 de agosto de 2009, RUC N°0700630049-3. [el subrayado es nuestro].

13 Horvitz Lennon, M, y López Masle, J (2004). Derecho Procesal Penal Chileno, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 45 y 46.

*metaperitaje* la impertinencia de la prueba estaría dada por la falta de contacto entre el hecho y el medio de prueba.

## Observaciones a los cuestionamientos realizados en los Metaperitajes

Los profesionales que realizan metaperitajes en nuestro país han desacreditado la metodología utilizada en la evaluación pericial, la forma en que ésta se aplica y los resultados a los que arriba, en el caso de reconocidas instituciones y profesionales que se dedican a la evaluación pericial en el ámbito público en nuestro país.

Este cuestionamiento se ha efectuado, en general, tanto en los informes escritos como en sus declaraciones en juicio oral, a través del señalamiento de enunciados de baja acuciosidad científica, extraídos de estudios bibliográficos parciales y acomodaticios a los objetivos del dispositivo metapericial. Estos cuestionamientos se han trasladado fundamentalmente a la explicitación de supuestas características del desarrollo en niños y niñas, que pueden ser extrapolados a un cuestionamiento de la calidad y capacidad testifical de este grupo etéreo, así como a los supuestos requerimientos propios a las técnicas periciales psicológicas.

A este respecto los metaperitajes plantean la necesidad de evaluaciones periciales a través de instrumentos que no resultan pertinentes y propios al objeto de investigación, sobreestimando la relevancia del uso de instrumentos psicológicos (específicamente neuropsicológicos) que no resultan aplicables a las características de la situación evaluada para la cual, existe coincidencia al respecto, el instrumento básico de que dispone el profesional evaluador es la entrevista psicológica y, en los casos que resulte necesario, la aplicación de herramientas psicodiagnósticas de acuerdo a las necesidades del caso particular, y que guarden relación de sentido con el delito, no existiendo una batería de pruebas propia al contexto forense. En relación con este punto es preciso señalar que la experiencia clínica del evaluador en estos casos resulta fundamental, toda vez que lo provee de un conocimiento acabado de la fenomenología de los delitos sexuales y su expresión psicológica.

Otro elemento de recurrente cuestionamiento dice relación con la supuesta existencia de objetivos duales en la demanda de realización de peritajes por parte del ente persecutor, que la desmarcarían del ámbito psicológico forense acercándolo a la psicología de la victimización, sobretodo cuando se trata de la evaluación pericial de daño solicitada conjuntamente con la evaluación de credibilidad de testimonio. A este respecto debe señalarse que la evaluación pericial psicológica de daño, en el contexto penal, consiste en valorar las consecuencias psicológicas (lesión psíquica o secuelas) del delito, y establecer y

demostrar el nexo causal entre la situación y el daño psicológico (lesiones psíquicas y secuelas emocionales) (Asensi, 2008)<sup>14</sup>.

De esta manera dicha evaluación se encuentra orientada a la consecución de un fin propiamente forense, en la medida que responde a una solicitud originada dentro de un contexto procesal en el que la labor del perito consiste en determinar la vinculación entre un cierto signo o síntoma psíquico y sus posibles causas. Por tanto, este cuestionamiento referente a la dualidad de objetivos periciales carece de sustento y resulta falaz.

Los metaperitajes realizan también un cuestionamiento a la utilización de pruebas proyectivas en la evaluación pericial, deslegitimando su validez en el contexto forense. A este respecto cabe señalar que las pruebas proyectivas cuentan con un fuerte reconocimiento y validez a nivel mundial en el ámbito de la psicología forense, constituyéndose incluso en una subespecialidad, exigiéndose un profundo conocimiento de la técnica de aplicación e interpretación, tanto para la evaluación de aspectos inconscientes de la personalidad, relaciones interpersonales, autoimagen, percepción del entorno, conflictos intrapsíquicos; proveyendo además “un componente evidente de valoración de la capacidad intelectual”<sup>15</sup>.

Finalmente, y en relación al cuestionamiento recurrente que se realiza en los metaperitajes respecto a que los peritos no utilizarían metodologías válidas para la evaluación de credibilidad del testimonio de víctimas de delitos sexuales, cabe señalar que existe coincidencia entre las instituciones que forman parte de la red pericial pública<sup>16</sup>, así como en la generalidad de los profesionales que se han dedicado a la actividad metapericial, en cuanto a que la metodología válida para dicha evaluación es el SVA (Statement Validity Assessment), que comprende el Protocolo de Entrevista Forense, el Análisis de Contenido Basado en Criterios (CBCA) y el Listado de Validez.

En este ámbito se destaca la necesidad del trabajo en base a hipótesis, propio del procedimiento científico y que permite el control del sesgo del evaluador, y habla de su objetividad e imparcialidad en el peritaje, y que, en el caso del análisis de credibilidad de testimonio, implica que el perito haya valorado la sugestionabilidad del peritado (hipótesis de la sugestión), las posibles motivaciones para entregar una versión falsa respecto de los hechos (hipótesis del engaño), y la posibilidad de que el evaluado, aún cuando no sea su intención el engañar, haya distorsionado la realidad producto de un trastorno mental, que

14 Asensi Pérez, L. (2008). La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Núm. 21, año enero-junio 2008, pp. 15-29.

15 Carrasco G., Juan y Maza M., Martín (2003). *Manual de Psiquiatría Legal y Forense*. Editorial La Ley-Actualidad, S.A. Madrid, p. 174.

16 Véase “Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio. Documento de Trabajo Interinstitucional”. 2008.

lo haya llevado a afirmar como verdadero algo que no ha ocurrido de tal forma (hipótesis de la incapacidad). El proceso de contrastación de estas hipótesis en el curso de la evaluación y análisis de resultados, debiera ser relevado por los peritos tanto en el informe como en la deposición en estrado, de manera de dotar de validez y sustento a sus conclusiones.

## Discusión y conclusiones

Aquellas actuaciones que dicen relación con pronunciamientos sobre problemas técnicos en la realización de evaluaciones periciales a través de análisis bibliográficos o posturas teóricas, que no permitan apreciar alguna situación relevante para la investigación, debieran tener un espacio de discusión en el ámbito académico y no ser llevadas a juicio, donde el pronunciamiento respecto al rigor técnico y credibilidad de una pericia corresponde al Tribunal en su función de la valoración de la prueba.

A este respecto, tal como ya se señaló, la Reforma Procesal Penal ha significado para los profesionales de la psicología que se desempeñan en el ámbito forense la necesidad de aplicar, con cada vez mayor rigurosidad, metodologías válidas y reconocidas, con sustento teórico y técnico, que permitan la fundamentación de sus apreciaciones profesionales, y que les permitan sortear con éxito el proceso de interrogatorio y contrainterrogatorio.

Resulta sumamente necesaria una mirada crítica permanente, por parte de quienes participan en el proceso penal y judicial, a los procedimientos periciales, que garantice una reflexión sistemática respecto de estos tópicos. Sólo esta mirada permitirá continuar perfeccionando, por parte de los profesionales involucrados, el conocimiento y aplicación de la metodología de manera rigurosa en miras a constituir un real aporte al proceso penal y judicial, desde los campos de acción propios a la disciplina.

El constante desarrollo y perfeccionamiento de la metodología, la transmisión de los conocimientos de la disciplina al foro, que haga comprensibles y conocidos los métodos a través de los cuales el evaluador arriba a sus conclusiones, la regulación de las condiciones en que se realiza la evaluación, el uso de protocolos, la regulación de las condiciones en las cuales se analiza la información y se da cuenta de ella (por ejemplo contemplando la videograbación de la evaluación pericial), darán garantía de validez a la actuación del perito, y permitirán la consolidación del posicionamiento de la psicología al servicio de las necesidades de la administración de justicia.

## CONSIDERACIONES PARA LA INVESTIGACIÓN DEL FENÓMENO DEL *GROOMING*

Catalina Duque González<sup>1</sup>

Antes de referirse a las consideraciones que se deben tener presente para la investigación del fenómeno del *Grooming*, se hace necesaria una breve referencia a la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, conocido con la sigla “ESCNNA”. La terminología ESCNNA agrupa los delitos relacionados con la pornografía infantil, y la prostitución infantil, que corresponden a una realidad criminológica distinta de la criminalidad sexual común o clásica, lo que nos impone nuevas formas de investigar y el uso más generalizado de las técnicas de investigación contempladas el artículo 369 ter del Código Penal.

Ahora, haciendo una primera aproximación a la materia de este artículo, corresponde señalar qué entendemos por el fenómeno de *Grooming*. Conforme a la experiencia reunida durante las primeras investigaciones y juicios, así como la experiencia comparada, entendemos que estamos ante un *Grooming* por Internet, cuando un adulto en línea (espacios personales o chats), bajo amenazas o engaño, hace que un niño o niña o adolescente realice acciones de connotación sexual utilizando Webcams, o lo hace enviar *imágenes* (fotos; videos) suyas, en las que realiza actividades sexuales explícitas o expone sus genitales o sus zonas erógenas.

De lo señalado en el párrafo anterior, se advierte que el *Grooming* implica, conforme a nuestra legislación, la realización de uno o más tipos penales, como son los relacionados con la pornografía infantil, el abuso sexual impropio, y otros. Es en este punto en que el *Grooming* confluye con la ESCNNA, por los delitos de pornografía infantil, compartiendo con la ESCNNA las características de una realidad criminológica distinta de la criminalidad sexual común o clásica.

### Delitos que involucra el *Grooming*

Los delitos que principalmente se ven involucrados en el *Grooming* son el abuso sexual impropio, los relacionados con la pornografía infantil, las amenazas y la apropiación de clave.

Se debe tener presente en este punto lo siguiente: **Primero** hay que establecer el número y tipos penales involucrados en cada caso en particular, cuestión relevante para la procedencia de las técnicas de investigación conforme al artículo 369 ter del CP y a los art. 222-225 del CPP, así como para la determina-

<sup>1</sup> Abogada de la Unidad Especializada Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

ción de la pena. **Segundo** que en la declaración de la víctima se debe indagar la existencia o no de agresión sexual (violación, estupro, abuso sexual propio), situación que podría presentarse en una fase avanzada del desarrollo del *Grooming*, ya que el propósito último del adulto que realiza el acoso sexual virtual, es lograr un encuentro con el niño, niña o adolescente en donde se podría configurar algún tipo de agresión sexual.

Así las cosas, los tipos penales que involucra el *Grooming* son:

### **Abuso sexual impropio. Art. 366 quater del C.P.**

“El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.

Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, la pena será presidio menor en su grado máximo.

Con iguales penas se sancionará a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1° del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363”.

### **Producción de material pornográfico infantil. Art. 366 quinquies del C.P.**

“El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo”.

### **Distribución de material pornográfico infantil. Art. 374 bis/ 1 C.P.**

“El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo”.

### **Almacenamiento de material pornográfico infantil. Art. 374 bis/ 2 C.P.**

“El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio”.

## Amenazas. Arts. 296 y 297 C.P.

“El que amenazare seriamente a otro con causar a él mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho”.

## Apropiación de Clave. Art. 2º Ley 19.223

“El que con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio”.

Como podemos apreciar, se trata de un catálogo con diversidad de conductas, lo que requiere de un apoyo especializado a nivel informático, además de demandar recursos tecnológicos y humanos, así como una alta capacitación de policías, fiscales y jueces en estas materias.

## Internet y el *Grooming*

El medio de comisión de este conjunto de delitos es a través de Internet. Muchos son los beneficios que aporta esta herramienta, sin embargo una de las externalidades negativas que presenta es la existencia de fenómeno del *Grooming*.

Internet permite a los abusadores, que generalmente ocultan su verdadera identidad, ingresar a diversas páginas, como por ejemplo fotologs, redes sociales (Facebook, Messenger), chat, juegos en línea, y tomar contacto con niños, niñas y adolescentes, ganarse su confianza y obtener de éstos la realización de acciones de connotación sexual ya sea utilizando webcams o enviando *imágenes* (fotos; videos) suyas, en las realizan actividades sexuales explícitas o exponen sus genitales o sus zonas erógenas.

Conforme a lo señalado, parte importante de la investigación se vuelca en Internet para la búsqueda de medios de prueba, así como para la individualización del abusador. Desde esta perspectiva adquiere gran importancia solicitar a la víctima y/o padre o representante legal, autorización para el acceso a la cuenta de correo, chat u otra página de la víctima con el propósito de recolectar la mayor cantidad de antecedentes útiles.

Un punto de partida de estas investigaciones, es contar con una dirección IP (dirección del *Internet Protocol*, que es un número único que utilizan los dispositivos para identificarse y comunicarse entre ellos en una red que utiliza el estándar del Internet Protocol). A través de Internet, los computadores se conectan entre sí mediante sus respectivas direcciones IP, y es el proveedor

de servicios de Internet quien asigna una IP a sus equipos, y por ello son los proveedores quienes poseen información sobre la identificación completa del dueño de la conexión IP; tipo de servicio, lugares de conexión de una dirección IP; registros de conexión de una IP, sus fechas y horas.

En este punto cabe agregar lo señalado en el Oficio del Fiscal Nacional N°160/2009 que imparte criterios de actuación en los delitos sexuales: “Respecto de las solicitudes de registro del tráfico de llamadas y de las direcciones físicas de conexión, números de teléfono y nombres de titulares de servicios con direcciones IP, **no se requiere autorización judicial previa**, ya que la información requerida no produce ni restricción ni perturbación en el ejercicio de algún derecho, conforme lo establecido en el artículo 9° del Código Procesal Penal. Además, la propia Ley N°19.628, sobre Protección de la Vida Privada, establece una clara diferencia entre un dato personal, como son los datos de identificación, y los datos sensibles. Por ello, se permite a las empresas que manejan datos personales comunicarlos a otras con fines meramente comerciales, sin autorización judicial previa. Cabe tener presente, por último, que esta solicitud del fiscal se enmarca dentro de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 180 del Código Procesal Penal”.

No siendo la información identificatoria un dato sensible, se trata de una información que las empresas proveedoras de Internet deben tener disponible.

### **Técnicas de Investigación y el *Grooming***

Como ya se indicó es posible que nos enfrentemos a uno o más tipos penales y el medio de comisión de los mismos sea Internet. Tales afirmaciones nos plantean varias dificultades, pues no nos encontramos ante una “clásica investigación de delitos sexuales”, por cuanto requiere dilucidar dentro de Internet el número de delitos que se cometen, así como el conocimiento de la herramienta de Internet para obtener los medios de prueba adecuados y la identificación del o los autores.

Como es conocido por todos, el artículo 369 ter del Código Penal, señala un catálogo de técnicas de investigación para la investigación de los delitos sexuales previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter, 374 bis inciso primero y 374 ter, todos del Código Penal.

El tenor del artículo **369 ter del CP** es el siguiente: “Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter, 374 bis, inciso primero, y 374 ter, y la investigación lo hiciera imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la *intercepción o grabación de las telecomunicaciones* de esa persona o de quienes integren dicha organización, la *fotografía, filmación*

*u otros medios de reproducción de imágenes* conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal.

Igualmente, bajo los mismos supuestos previstos en el inciso precedente, podrá el tribunal, a petición del Ministerio Público, autorizar la intervención de *agentes encubiertos*. Mediando igual autorización y con el objeto exclusivo de facilitar la labor de estos agentes, los organismos policiales pertinentes podrán mantener un registro reservado de producciones del carácter investigado. Asimismo, podrán tener lugar *entregas vigiladas* de material respecto de la investigación de hechos que se instigaren o materializaren a través del intercambio de dichos elementos, en cualquier soporte.

La actuación de los agentes encubiertos y las entregas vigiladas serán plenamente aplicables al caso en que la actuación de los agentes o el traslado o circulación de producciones se desarrolle a través de un sistema de telecomunicaciones.

Los agentes encubiertos, el secreto de sus actuaciones, registros o documentos y las entregas vigiladas se regirán por las disposiciones de la Ley N°19.366”.

De la lectura del artículo 369 *ter* podemos advertir las diversas técnicas investigativas procedentes en los delitos sexuales mencionados en el referido artículo, tales como el agente encubierto; la interceptación o grabación de las telecomunicaciones; la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes, y las entregas vigiladas. Particularmente útiles en las investigaciones de los delitos involucrados en *Grooming* son el agente encubierto y la interceptación o grabación de las telecomunicaciones, así como la interceptación y examen de la correspondencia electrónica.

Una cuestión que es de interés abordar en relación a **las técnicas de investigación** es el estándar para su procedencia. Claramente el Oficio del Fiscal Nacional N°160/2009, que imparte criterios de actuación en los delitos sexuales, indica: “El estándar de **“sospechas fundadas** de que una persona o una organización delictiva ha cometido o preparado la comisión de los delitos señalados ...” que establece la ley para la procedencia de estas técnicas es claramente menos exigente que el de **“presunciones fundadas”** regulado para la procedencia de las medidas cautelares de los artículos 140 y siguientes del Código Procesal Penal. Esta mayor flexibilidad se explica por la misma finalidad de las técnicas de investigación, las que precisamente están destinadas a recabar elementos de prueba en el marco de investigaciones por delitos de explotación sexual, los que son complejos en su dinámica. En este mismo sentido, a diferencia de lo regulado en la Ley N°20.000, el artículo 369 *ter* permite, para autorizar la utilización de estas técnicas, que las fundadas sospechas recaigan no sólo sobre organizaciones delictivas, sino que también respecto de personas naturales”.

Refuerza lo señalado precedentemente lo dispuesto en el artículo 222 del CPP, en cuanto a que para la procedencia de la interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación, se requiere de “fundadas sospechas”.

Finalmente, conforme al uso y resultados de las técnicas investigativas, nos encontraremos en pie para proceder a solicitar la orden de entrada, registro e incautación de equipos, computadores o cualquier medio informático, correo (s), conversaciones MNS o similares, celulares, o derechamente una orden de detención si procede.

Ya concluyendo estas consideraciones, si bien el *Grooming* es un fenómeno relativamente nuevo y no existe una alta tasa de denuncias, no podemos desconocer lo indicado en el Estudio Índice Generación Digital 2004-2008, VTR/ EducarChile/ Adimark que nos señala que en Chile hay cerca de **1,5** millones de conexiones de banda ancha; que el **96%** de los escolares se conecta a Internet desde algún lugar como el colegio, la casa (propia, familiar, amigo) o un lugar público; que el **71%** de los escolares se encuentran solos al conectarse a Internet, y que como país nos encontramos entre los diez primeros en números de cuentas de Facebook y páginas de Fotolog. A estos datos hay que sumar la incorporación de Internet a la telefonía celular.

Lo anterior nos pone ante una realidad que no tenemos que minimizar y para la cual todos aquellos llamados a intervenir deben que estar preparados para hacerlo.

## TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE CONCEPCIÓN APLICA LA PRESCRIPCIÓN GRADUAL DE LA PENA DEL ARTÍCULO 103 DEL CÓDIGO PENAL

*Alejandra Vera Azócar<sup>1</sup>*

---

### Comentario

#### I. Antecedentes

Con fecha 27 de mayo de 2006, la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, condenó al acusado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo por el delito de abuso sexual del artículo 366 del Código Penal, en relación con el artículo 361 N°2 del mismo cuerpo legal<sup>2</sup>. Tras ser rechazado el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, se dictó el cúmplase de la sentencia recaída en el recurso de nulidad con fecha 8 de agosto de 2006, despachándose ese mismo día orden de aprehensión contra el condenado, el cual no fue habido sino hasta el día 6 de agosto del año 2009.

#### II. Aspectos relevantes

##### 1. Solicitud de la Defensa

Desde el cúmplase de la sentencia hasta la fecha en que finalmente es habido el condenado transcurrieron 2 años y 363 días, vale decir, restaban 3 días para el cumplimiento del lapso total de la pena impuesta en su contra.

En base a dichas circunstancias, la defensa solicita que se aplique a favor del sentenciado la prescripción gradual de la pena regulada en el artículo 103 del Código Penal, sosteniendo que dicha norma es de aplicación imperativa, debiendo considerarse el hecho como revestido de dos circunstancias atenuantes muy calificadas y ninguna agravante para los efectos de rebajar la pena impuesta.

Antes de proceder al comentario propiamente tal del fallo en cuestión, nos detendremos en dos ítems que nos permitirán comprender más acabadamente cómo opera la llamada prescripción gradual de la pena.

---

1 Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 TOP de Concepción, causa RUC N°0500458725-3, RIT N°80-2006.

## 2. Prescripción gradual de la pena

El artículo 103 del Código Penal dispone que “si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”. Esta norma consagra la llamada prescripción parcial o gradual del delito (acción penal) y de la pena<sup>3</sup> y contempla además en su última parte, una excepción al principio de cosa juzgada, al permitir modificar una sentencia ejecutoriada pasando por sobre tal autoridad.

En este orden de ideas, entendemos que la prescripción gradual o incompleta consiste en la disminución de la pena que debe imponerse o de la ya impuesta, por haber transcurrido determinado período de tiempo desde la infracción o la condena, y siendo además este lapso insuficiente para que se extinga la responsabilidad penal<sup>4</sup>.

## 3. Plazo de prescripción

El Art. 93, N°7 del Código Penal, señala como causal de extinción de la responsabilidad penal, la prescripción de la pena. A su vez el artículo 97 del mismo cuerpo legal, dispone que las penas de simples delitos impuestas por sentencia ejecutoria, prescriben en cinco años<sup>5</sup>.

El artículo 366 del Código Penal sanciona el delito de abuso sexual cometido contra una persona mayor de catorce años, con la pena de presidio menor en su grado máximo, la que entendemos, de conformidad al Art. 21 de nuestro Código Punitivo, como una pena de simple delito.

Por consiguiente, de la interpretación armónica de las normas invocadas podemos concluir que la pena impuesta al sentenciado de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo al corresponder a un pena de simple delito,

3 Para Gustavo Labatut, “la prescripción en materia penal consiste en el transcurso de un determinado espacio de tiempo, en ciertas condiciones, sin que el delito haya sido perseguido o sin que la pena haya sido ejecutada. En el primer caso, se trata de la prescripción de la acción penal; en el segundo, de la prescripción de la pena”.

4 Yuseff Sotomayor Gonzalo. “*La prescripción penal*”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1994, p. 129.

5 Los plazos de prescripción de la pena, son semejantes en nuestro ordenamiento penal, a los plazos de prescripción de la acción penal, lo que difiere de la gran mayoría de las legislaciones de otros Estados, en que los plazos de prescripción de la pena son más extensos que los de la acción penal. Ello, a juicio de Garrido Montt, ha sido el criterio correcto, por cuanto ambas prescripciones extinguen una única responsabilidad, la penal.

prescribe en el lapso de cinco años, contado desde la fecha de la sentencia de término<sup>6</sup>.

#### 4. ¿Rebaja facultativa o imperativa de la pena?

Efectuadas las consideraciones previas, es necesario centrar el análisis de este fallo en determinar si la rebaja de la pena establecida en el artículo 103 del Código Penal constituye una facultad discrecional del tribunal o un mandato imperativo para éste.

Desde nuestra perspectiva, el tribunal considera erróneamente que “conforme al tenor literal del artículo 103 del Código Penal, el tribunal deberá proceder a la rebaja de la pena, atendido el criterio normativo que la misma disposición señala...” y “...el tribunal estima del caso, haciendo una interpretación favor rei, rebajar obligatoriamente la pena impuesta... quedando en consecuencia en presidio menor en su grado mínimo”.

Dicha interpretación no se ajusta a la voluntad del legislador ni a la inteligencia de la norma, por el contrario, la posibilidad de rebajar la pena contemplada en el Art. 103 del Código Penal, corresponde a una facultad discrecional del tribunal. Así lo ha sostenido gran parte de la doctrina, destacando autores como Yuseff, el cual señala que “el tenor literal de las disposiciones muestra con toda evidencia que la intención del legislador fue la de dar amplia facultad al juez”<sup>7</sup>, entendiéndose discrecional la reducción de la pena por la concurrencia de atenuantes, ya que no se restringen las facultades del tribunal con términos tales como “impondrá”, sino que en los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal se utiliza la expresión “podrá”, lo que alude a una atribución, posibilidad, aptitud o facultad del tribunal para disminuir la pena. En este sentido, la Corte Suprema<sup>8</sup> ha sostenido que el carácter facultativo de esta norma queda de manifiesto además, al advertir que en los casos en que el legislador quiso tornar como imperativo una rebaja de la pena, lo estableció expresamente con la terminología “se impondrá”, éste es el caso de los artículos 51 a 54 del Código Penal, los cuales regulando la aplicación de las penas que corresponden a cóm-

6 Se ha discutido el significado de la terminología “sentencia de término”, ya que esa expresión no se encuentra contemplada en la nomenclatura de las resoluciones judiciales que establece el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil; para Novoa, debe entenderse por tal, la sentencia respecto de la cual no procede ningún recurso legal capaz de revocarla o modificarla, por tanto, la prescripción de la pena comenzará a correr, según su perspectiva, desde la fecha misma de la sentencia de término y no del “cúmplase”; para Etcheberry, se requerirá que se hayan terminado todos los recursos interpuestos o la posibilidad de interponerlos, modificando con ello su criterio anterior, relativo a exigir, para el comienzo del plazo de prescripción de la pena, la notificación al condenado de la resolución que la mandó a cumplir.

7 Yuseff Sotomayor, Gonzalo. *“La prescripción penal”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1994, p. 131.

8 *Ibíd.*

plices y encubridores, señalan que “se impondrá la pena inferior...”, lo que sí constituye un imperativo para el juez.

En ese mismo sentido ha estado conteste Novoa, para quien el beneficio del artículo 103 del Código Penal, “generalmente se convierte en una rebaja de pena que puede alcanzar uno, dos o tres grados, según la naturaleza de la sanción legal. Cabe, sí, recordar que esas rebajas son puramente facultativas para el tribunal”<sup>9</sup>.

A mayor abundamiento, reiterados fallos de la Corte Suprema han recogido dicha conclusión, sosteniendo el carácter discrecional del artículo 103, pudiendo mencionar por su importancia, la sentencia relativa al caso de Orlando Letelier, en la cual la Corte Suprema señala en su considerando vigésimo cuarto que “el sentido que tiene en el artículo 103 antes citado la expresión atenuantes muy calificadas no puede ser otro que el de privilegiarlas para los efectos de la reducción de la pena en uno, dos o tres grados a partir del mínimo de la pena asignada al delito de que se trata, que es de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como lo contempla el artículo 68 inciso 3° del Código Penal; pero con el alcance que esta reducción es facultativa, es decir, que el tribunal puede o no hacer uso de dicha reducción..., de donde resulta que el sentenciador puede optar por no hacer rebaja alguna...”<sup>10</sup>.

Por otro parte, la historia fidedigna del establecimiento de la ley ratifica el carácter facultativo del artículo 103 del Código Punitivo, ya que en la sesión número 19 se acordó conservar la redacción del artículo 68, el cual incluía el término “impondrán”, lo que más tarde fue modificado en atención a las observaciones de la Comisión, la que señaló que mantener dicha redacción restringiría la facultad del juez más de lo necesario, encomendándose al señor Rengifo el estudio de las modificaciones. Sus indicaciones fueron dadas a conocer en la sesión siguiente, refiriéndose en definitiva que “en el artículo 65 se limitó la facultad del juez para bajar sólo dos grados en vez de tres, cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes calificadas, y se dejó como facultativa esta reducción, en lugar de establecer la reducción en todo caso”<sup>11</sup>.

Es necesario recordar además, que uno de los antecedentes legislativos de nuestro Código Penal fue el Código Español, el cual a propósito de la norma en cuestión, establecía que “los tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley, según el número y entidad de dichas

9 Novoa Monreal, Eduardo. “Curso de Derecho Penal Chileno”. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 414.

10 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°3017494, de 30 de mayo de 1995. En el mismo sentido, sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 20 de diciembre de 1949, Gaceta Jurídica de 1949, 2° semestre, p. 348.

11 Actas de las sesiones de la Comisión Redactora. Edeval. Valparaíso, 1974, pp. 486-494.

circunstancias<sup>12</sup>, criterio que fue desechado por nuestro legislador, con miras a establecer un sistema discrecional para el tribunal, en el cual la rebaja fuera facultativa y no constituyera una obligatoriedad.

De esta forma, efectuando una interpretación armónica y sistemática del artículo 103 del Código Penal, concluimos que lo que ordena dicha norma es, que en caso de que el responsable se presente o sea habido antes de completar el plazo de prescripción, pero habiendo transcurrido la mitad del que se exige en sus respectivos casos, se deberá recurrir a las reglas para la aplicación de las penas contempladas en los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal, y lo que dichos preceptos establecen, es que la rebaja de la pena es facultativa para el tribunal.

Por consiguiente y en conformidad a lo señalado precedentemente, es posible sostener que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción no advierte que el mandato imperativo de la norma es aplicar los artículos 65 a 68 del Código Penal, debiendo para este caso en particular, remitirse a la aplicación del Art. 68, el cual no impone, sino que faculta al tribunal para hacer la rebaja correspondiente. Recalamos, con riesgo de sonar redundantes, que en este artículo se establece el término “podrá” y no “impondrá”, lo que respetando el tenor literal de la norma, su historia fidedigna y los fines político-criminales que con ella se persiguen<sup>13</sup>, constituye manifiestamente una facultad discrecional para el tribunal.

## 5. La Pena

Finalmente, el tribunal determina rebajar obligatoriamente la pena impuesta en dos grados, quedando en consecuencia, en ciento once días de presidio menor en su grado mínimo, pena que además, da por cumplida con el tiempo que estuvo el condenado en calidad de rematado, sin detenerse a justificar y fundamentar las razones para la rebaja de la pena ni las circunstancias consideradas para arribar a los mencionados ciento once días.

## III. Consideraciones finales

1. El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, considera erróneamente que el Art. 103 del Código Penal establece una obligatoriedad para el tribunal de rebajar la pena impuesta, lo que no se condice con la interpretación armónica del ordenamiento penal, ni con el texto de la ley, el que

12 Revista de Ciencias Penales, 2ª época, tomo XII, p. 50.

13 Teniendo presente que en conformidad a lo señalado por Mezger y Maggiore la ley debe adaptarse a las necesidades y concepciones del presente, por lo cual, no puede convertirse el artículo 103 en una norma que premie a todos aquellos que han sido capaces de eludir una condena.

se remite imperativamente a los artículos 65 a 68 del Código Penal, los que a su vez utilizan la expresión “podrá”.

2. Los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal establecen facultades discrecionales para el tribunal, el que podrá determinar la pena, en atención al número y entidad de las circunstancias, por lo que se efectúa una interpretación contra legis si se considera que dichos artículos contemplan una reducción obligatoria de la pena.
3. De la interpretación armónica de todos los preceptos mencionados, podemos concluir que en definitiva, el Art. 103 del Código Penal ordena la aplicación de las reglas de los artículos 65 y siguientes del mencionado cuerpo normativo, tanto para la imposición de la pena como para rebajar la ya impuesta, entendiéndose finalmente en atención a éstos como facultativa dicha decisión para el tribunal.
4. Aunque los fundamentos de la eficacia jurídica de la prescripción han sido objeto de innumerables debates y divisiones entre los diversos autores<sup>14</sup> y sea comprensible que por razones de índole material pueda resultar inconveniente perseverar en la persecución penal transcurrido un período muy prolongado, igualmente se debe tener presente que puede resultar altamente perjudicial dar una aplicación amplia e irrestricta a esta institución, considerando procedente u obligatorio una rebaja de la pena en todos los casos que se encuentren bajo este supuesto, ya que ello derivaría en la degeneración de una institución establecida en función de necesidad social, en la instauración de un poderoso incentivo para los delincuentes, que verán premiada su astucia o capacidad para eludir a la acción de la justicia mediante la posterior rebaja de las penas impuestas, soslayando los fines de política-criminal contemplados en el establecimiento de esta norma.

Esta situación fue la que ocurrió en este caso en particular, en que el condenado a tres años y un día sin los beneficios de la Ley N°18.216, atendido el mérito del informe presentencial emanado a su respecto que no recomendaba otorgarle la libertad vigilada, se oculta para evitar el cumplimiento de la pena, siendo en definitiva premiado con la rebaja de ésta a ciento once días, pena que por lo demás se da por cumplida. Esto vulnera el fin intimidatorio de la pena y con ello, tanto la prevención general como la prevención especial o individual de la pena, sembrándose además en la conciencia colectiva de los delincuentes, que el eludir o quebrantar la condena resultará beneficioso, ya que sólo deberán mantenerse ocultos y esperar un determinado período para poder obtener una rebaja de las penas impuestas.

14 Bentham fue uno de los primeros autores en declararse discordante con la aplicación de la prescripción. En este sentido, los positivistas también se han manifestado contradictorios a dicha aplicación, por considerarla como una simple impunidad, que contribuye a brindar un mal ejemplo para las masas.

**Sentencia:**

Concepción, veinticuatro de noviembre de dos mil nueve.-

**VISTO Y CONSIDERANDO:**

1°.- Que por presentación de fecha 3 de noviembre del año en curso, la abogada Ángela Contreras Saavedra, defensora del sentenciado ANDRÉS HERRERA DURAN, solicita se aplique a favor de este último la prescripción gradual de la pena que le fuera impuesta en esta causa, por sentencia definitiva de fecha 27 de mayo de 2006.

Los argumentos que fundamentarían su solicitud son los siguientes:

- a) que por sentencia dictada en esta causa RIT 80-2006, por delito de abuso sexual del artículo 366 bis del Código Penal, se condenó a su representado Andrés Herrera Durán a la pena de TRES AÑOS Y UN DIA de presidio menor en su grado máximo, accesorias correspondientes y pago de las costas de la causa;
- b) que habiendo deducido recurso de nulidad en contra del fallo condenatorio, éste fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Concepción, quedando en consecuencia firme y ejecutoriado;
- c) que el cúmplase de la sentencia recaída en recurso de nulidad se dictó con fecha 8 de agosto de 2006, despachándose ese mismo día orden de aprehensión en su contra;
- d) que su representado no fue habido sino hasta el día 6 de agosto de 2009,

vale decir, cuando estaba por cumplirse el lapso de la pena impuesta en su contra, de tal suerte que, por aplicación de la norma imperativa del artículo 103 del Código Penal, y tratándose de un simple delito, procede que el tribunal estime ese hecho como revestido de dos circunstancias atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, para los efectos de rebajar la pena impuesta;

e) que en el caso sub judice, a su juicio, concurren antecedentes que desde el punto de vista de la justicia material, hacen plausible rebajar la pena en al menos dos grados, lo cual precisamente impetra en este caso, en que existe una declaración de la supuesta ofendida en que, ante Notario, señala que son falsos los hechos que motivaron la condena del acusado.

2°.- Que el Ministerio Público, representado por el fiscal don Enzo Osorio Salvo, ha señalado que son ciertos los hechos que fundan la solicitud de la defensa de Herrera Durán, pero que disiente de los efectos jurídicos que la defensa pretende darle a la prescripción gradual de la pena invocada. A su juicio, de acuerdo a la doctrina de los autores que cita, y a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, no es obligatoria la rebaja de la pena, pues si bien es cierto el artículo 103 del Código Penal tiene una redacción imperativa, su remisión debe hacerse necesariamente en este caso al artículo 68 del mismo cuerpo de leyes, norma que no impone, sino faculta al tribunal a hacer la rebaja correspondiente. Manifiesta que de acuerdo a los antecedentes, específicamente al hecho de haberse considerado por el

tribunal el mérito del informe presentacional para negar la aplicación de alguna medida alternativa a la pena privativa de libertad, y a la conducta remisa del sentenciado rebelde y naturaleza objetiva del hecho, no se justifica la rebaja que pide la defensa del sentenciado.

3°.- Que para los efectos de resolver sobre la solicitud planteada, se tendrán por acreditados los requisitos formales del artículo 103 del Código Penal, los cuales no ha sido controvertidos. En consecuencia, se tendrá por establecido que Andrés Esteban Herrera Durán fue habido tres días antes de que transcurriese el lapso total de la pena impuesta.

4°.- Que conforme al tenor literal del artículo 103 del Código Penal, el tribunal deberá proceder a la rebaja de la pena, atendido el criterio normativo que la misma disposición legal señala, esto es, que en el caso concurren dos circunstancias atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, dándole el efecto atenuatorio que corresponde de acuerdo al artículo 68 del mismo cuerpo de leyes.

5°.- Que no obstante la remisión a la norma del artículo 68 del cuerpo de leyes citado, el tribunal estima del caso, haciendo una interpretación *favor rei*, rebajar obligatoriamente la pena impuesta, pero sólo en dos grados, quedando en consecuencia en presidio menor en su grado mínimo.

6°.- Que el tribunal, por mayoría, y en atención a los fines de la sanción, en miras a evitar una mayor criminalización que implica la imposición de

una pena privativa de libertad efectiva de corta duración, y en atención a que le fue reconocida al acusado la atenuante de irreprochable conducta anterior, dará la pena por cumplida, con el tiempo que ha completado en calidad de rematado, desde el 6 de agosto de 2009 a la fecha.

POR ESTAS CONSIDERACIONES, y visto lo dispuesto en los artículos 68, 93 N°7, 97 inciso 3°, 98, 101 y 103 del Código Penal; 2, 8, 339, 340, 342, 345, 348, 467 y 468 del Código Procesal Penal, e Instrucciones del Pleno de la Excma. Corte Suprema sobre el contenido y forma de las sentencias dictadas por los tribunales de la Reforma Procesal penal, se declara:

I.- Que se hace lugar a la aplicación de la prescripción gradual de la pena impuesta a ANDRÉS ESTEBAN HERRERA DURÁN, ya individualizado, y se le rebaja la pena impuesta por sentencia firme y ejecutoriada dictada en la causa RUC N°0500458725-3, RIT 80-2006 de este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, a CIENTO ONCE DIAS de presidio menor en su grado mínimo, más accesorias correspondientes y pagos de las costas, en su calidad de autor del delito de abuso sexual de la menor de iniciales V.A.C.T, cometido en Talcahuano el 18 de septiembre de 2005.

II.- Que se le mantiene la condena a la pena de interdicción del derecho a ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa, y a la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los

diez años siguientes al cumplimiento de la pena temporal, en la forma señalada en la parte final del inciso primero del artículo 372 del Código Penal.

**III.-** Que atendida la extensión de la pena impuesta, se le da Ésta por cumplida con el tiempo que lleva privado de libertad desde el 6 de agosto de 2009 hasta el día de hoy 24 de noviembre de 2009, ambas fechas inclusive.

**IV.** Devuélvase en su oportunidad la prueba que se incorporó por los intervinientes en apoyo de sus argumentos durante la tramitación de la incidencia formulada.

Ejecutoriada que sea esta resolución, efectúense las comunicaciones correspondientes a Gendarmería de Chile, al Servicio de Registro Civil e Identificación y al Juzgado de Garantía de Talcahuano, para los efectos legales correspondientes, conforme a lo prevenido en los artículos 14 letra f) y 113 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales.

Se previene que la magistrado señora Jimena Loreto Israel Quilodrán, estuvo por aplicar al sentenciado Herrera Durán la pena de TRES-CIENTOS DÍAS de presidio menor en su grado mínimo, con sus accesorias y costas de la causa, por estimar que dicha pena temporal es la que mejor se aviene con la naturaleza del hecho punible, la extensión del mal causado, y el mérito del informe presentencial negativo que se tuvo en vista en su oportunidad.

Dése orden de libertad inmediata a favor del sentenciado, a menos de que esté privado de ella por otro motivo. Oficiese.

Redacción de la magistrado Jimena Loreto Israel Quilodrán.

**RUC N°0500458725-3**

**RIT N°80-2006**

**Resolvieron los jueces titulares del este Tribunal de Juicio oral en lo Penal de Concepción, don Adolfo Cisterna Pino, doña Georgina Solís Morgado, y doña Jimena Loreto Israel Quilodrán.**

## **CORTE SUPREMA CALIFICA COMO CUASIDELITO DEL ARTÍCULO 491 DEL CÓDIGO PENAL LA MUERTE DE FETO PRODUCIDA ANTES DE SU NACIMIENTO, COMO CONSECUENCIA DEL COMPORTAMIENTO NEGLIGENTE DE FACULTATIVOS**

**Tribunal: Corte Suprema**

### **Resumen:**

*La muerte de la criatura en el claustro materno, por presencia de doble circular de cordón umbilical en el cuello del feto, es considerada en esta sentencia de la Corte Suprema como constitutiva de un cuasidelito que causa un mal a la persona de la madre con resultado de muerte del feto, previsto en el artículo 491 del Código Penal y sancionado en el artículo 490 N°1 de ese cuerpo legal.*

*Debido a la falta de intervención oportuna estando en conocimiento de los antecedentes de la paciente, a saber, tres abortos espontáneos previos y diabetes gestacional, diagnosticada a las 34 semanas de embarazo, el fallo le imputa responsabilidad penal al médico y matrona tratantes de la paciente. Al primero, por no haberse informado del monitoreo fetal que ordenó tras las primeras contracciones que presentara su paciente y no haber acudido al recinto asistencial, a pesar de haber sido llamado; y a la segunda, por haber abandonado el hospital, encargando la realización del citado monitoreo, a la matrona de turno en el recinto asistencial.*

*El informe pericial, tenido a la vista por los sentenciadores, señala que el facultativo debió haber comparecido de inmediato al hospital, para atender personalmente a la paciente y de esta manera haber diagnosticado al ingreso o en los controles posteriores el sufrimiento fetal, evitando así una muerte que era prevenible. Más aún, considera el fallo, al tenor de la declaración de testigos, que éste se negó a intervenirla por tratarse de una alta hora de la madrugada, por lo que su actuar resultó negligente. En cuanto a la matrona, ésta no siguió las indicaciones recibidas y dejó a la paciente en manos de terceras personas, cuando abandonó el hospital sin dar aviso personalmente al médico tratante.*

*En cuanto al bien jurídico protegido, considera la sentencia, que es la vida orgánica del feto para prevenir que no se sea víctima de un mal, riesgo que afecta también a la madre.*

*En los cuasidelitos y en los casos de negligencia médica es sujeto pasivo el producto de la concepción, a lo menos en la etapa de nacimiento, que la sitúa en las primeras contracciones de la parturienta. Sobre las argumentaciones que excluyen la comisión imprudente en el delito de aborto, la sentencia sostiene que podía ser sujeto pasivo la madre, puesto que las conductas u omisiones se materializaron en ella.*

**Texto Completo:**

Santiago, dieciséis de abril de dos mil nueve.

**VISTOS:**

En los autos Rol N° 16.902 del Segundo Juzgado del Crimen de Coyhaique, por sentencia de primera instancia de ocho de agosto de dos mil seis, se condenó a J. F. R. C. y E. C. B. H., a sendas penas de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo, accesorias de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como coautores del cuasidelito previsto en el artículo 491 en relación con el artículo 490 N° 1, ambos del Código Penal, perpetrado el 1° de noviembre de 2001.

A ambos se les concedió la medida alternativa de las Remisión Condicional de la pena privativa de libertad impuesta, sometiéndolos a un año de observación de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile, debiendo cumplir las condiciones establecidas en el artículo 5° de la Ley N° 18.216. La sentencia acogió con costas la demanda civil interpuesta y condenó a los acusados a pagar, solidariamente, al actor civil la suma de \$20.000.000, a título de daño moral, suma que deberá reajustarse según la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha de ejecutoria de esta sentencia hasta su pago efectivo, con los intereses para operaciones reajustables que se devenguen en ese mismo lapso.

A fs. 1376 se complementó la sentencia, rechazándose la excepción de prescripción alegada por la defensa del acusado J. F. R. C.

Deducidos recursos de casación en la forma y apelación, por el sentenciado R. C., y habiéndose adherido al último la parte querellante, la Corte de Apelaciones de Coyhaique, por sentencia de cinco de marzo de dos mil ocho, no hizo lugar al recurso de casación en la forma, revocó la sentencia en la parte que condenaba J. F. R. C., absolviéndolo de la acusación fiscal y la particular por las cuales se le imputaba autoría en el cuasi delito objeto del juicio criminal y en la parte que lo condenaba a pagar solidariamente la suma de \$20.000.000 a título de indemnización de perjuicios por daño moral, declarando que no se hace lugar a su respecto a la demanda civil, sin costas, confirmando, en lo demás, la aludida sentencia.

La parte querellante de doña M. de las M. M. N., a fs. 1622, presentó recurso de casación en el fondo, en contra de la referida sentencia.

A fs. 1633 se ordenó traer los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**Primero:** Que, previo al análisis del recurso de casación en el fondo deducido, se hace necesario considerar la existencia de un posible vicio de casación en la forma, que fue comunicado a las partes en la vista del recurso, invitándoseles a alegar sobre dicha circunstancia atendida la facultad otorgada al tribunal en el artículo

775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie en virtud de lo dispuesto en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, para invalidar de oficio las sentencias cuando, conociendo por vía de apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, los antecedentes manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan a lugar a la casación en la forma.

**Segundo:** Que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 500 números 4, 5 y 6 del Código de Procedimiento Penal, las sentencias definitivas de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, deben contener las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta; las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o irresponsabilidad civil de los procesados o de terceros citados al juicio; y, la cita de las leyes o de los principios jurídicos en que se funda el fallo. Sólo contando con dicha información será posible, para quien se sienta agraviado, realizar el correspondiente juicio crítico de la sentencia, así como facilitarse su revisión por el tribunal correspondiente.

**Tercero:** Que el juez de primera instancia, en el motivo cuarto de la sentencia de primer grado, realizó el análisis de los diversos elementos

de juicio que obran en el proceso, los cuales le permitieron arribar en el numeral quinto de la misma a los hechos que tuvo por acreditados, para referirse, en los razonamientos sexto y séptimo a las declaraciones prestadas por los acusados R. C. y B. H., y luego en los motivos siguientes, octavo y noveno, y no obstante señalar que negaron su participación, detallan los antecedentes que obran en su contra, concluyendo que de ellos se puede presumir fundadamente que ambos intervinieron como autores en el ilícito que se les imputa, manifestando en los considerandos undécimo y décimo cuarto, que conforme con lo expuesto, se tiene por establecida la existencia del “delito” investigado y la participación que a ambos acusados se les atribuye, rechazando la solicitud de absolución realizada por las defensas, refiriéndose posteriormente, en los razonamientos décimo sexto a décimo octavo, a las circunstancias que inciden en la determinación de la pena aplicable a ambos acusados. Desde los motivos décimo noveno a vigésimo sexto se hizo cargo de la acción civil deducida por la parte querellante en contra de los acusados, declarando que éstos se encuentran obligados a indemnizar el daño moral, citando las normas legales que fundamentan su decisión.

**Cuarto:** Que, por su parte, los jueces del fondo de segundo grado, reprodujeron la sentencia en alza con diversas modificaciones, pero eliminaron los considerandos quinto, octavo, noveno, undécimo, décimo cuarto y décimo sexto a vigésimo sexto, y agregando diversos ante-

cedentes del proceso, de los que da cuenta la reflexión sexta, en el séptimo señalaron los hechos que se tienen por acreditados, realizando luego los razonamientos que los llevaron a concluir, en el fundamento vigésimo primero que “ni el médico tratante ni la matrona tratante tuvieron conocimiento oportuno de las situaciones sobrevenidas a M. de las M. M. N. después del primer monitoreo”, expresando en los considerandos siguientes las razones que los llevaron a liberar de responsabilidad al acusado J. F. R. C., y mantener la de la matrona E. C. B. H. confirmando en esa parte el fallo impugnado, no obstante que entre las citas legales sólo dejaron subsistentes los artículos 1° del Código Penal, 457 y 500 del Código de Procedimiento Penal, incorporando el artículo 456 bis del último texto legal.

**Quinto:** Que, al proceder de dicha manera, los jueces de segunda instancia, dejaron la sentencia impugnada sin las debidas consideraciones en cuya virtud se dieron por probados los hechos atribuidos a la intervención de la acusada E. C. B. H. e igualmente, dejaron sin análisis la acción civil deducida en su contra.

**Sexto:** Que el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, contempla como causal de invalidación formal el hecho de no haber sido extendida la sentencia en la forma dispuesta en la ley, remitiéndose para tales efectos a lo ordenado especialmente en el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, que expresamente en su ordinal 4° establece que las sentencias definitivas de

primera instancia y a las de segunda que modifiquen o revoquen la de otro tribunal, deben contener entre otros requisitos “Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”, así como por el numeral 5° exige que incluyan “Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio”, sin perjuicio que también se deben indicar las citas legales que sirven de fundamento a la decisión. Tales exigencias obligaban a los sentenciadores a explicar los motivos por los cuales de acuerdo con la ley o la doctrina, quedaba establecida la participación de la sentenciada B. H. en los hechos acreditados, así como las consideraciones en virtud de las cuales resultaba procedente acoger la acción civil a su respecto.

**Séptimo:** Que, en virtud de lo expuesto este tribunal no emitirá pronunciamiento acerca del recurso de casación en el fondo deducido por la parte querellante a fs. 1622 y siguientes. Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764 y 808 del Código de Procedimiento Civil, 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, **se anula de oficio** de forma la sentencia de cinco de marzo de dos mil ocho, escrita de fs. 1584 a 1599 vuelta. Díctese acto continuo, separada-

mente, y sin nueva vista, la sentencia de reemplazo que corresponda.

Atendido lo resuelto y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 808 del Código de Procedimiento Civil, téngase por no interpuesto el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fs. 1622.

Regístrese. Redacción del Ministro Sr. Ballesteros.

Rol N° 1882-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el abogado integrante Sr. Hernández, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

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

### **SENTENCIA DE REEMPLAZO:**

Santiago, dieciséis de abril de dos mil nueve.

### **VISTOS:**

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los motivos quinto y undécimo, que se eliminan, así como el párrafo final de la letra g) del motivo cuarto, escrito a fs. 1217.

Igualmente se reproduce la sustitución de las frases indicadas en las letras a) a l) de la parte expositiva de

la sentencia que se anula y su considerando sexto.

### **EN CUANTO AL RECURSO DE CASACION EN LA FORMA DEDUCIDO POR EL SENTENCIADO R. C.**

**Primero:** Que en lo principal del escrito de fs. 1250, la defensa del querellado J. F. R. C. dedujo recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de primera instancia, fundado en la causal prevista en el artículo 541 N° 9° del Código de Procedimiento Penal, en relación con los literales 4° y 5° del artículo 500 del mismo ordenamiento, esto es, no haber sido extendida la sentencia en la forma dispuesta por la ley, al omitir las consideraciones en cuya virtud se tienen por probados o no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta; y, omitir las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio, específicamente en cuanto se descartan las argumentaciones y defensas realizadas por su parte, omisión que constituye un gravamen sólo reparable con la invalidación del fallo.

**Segundo:** Que de la lectura del fallo se advierte que contiene las consideraciones que permitieron al sentenciador de la instancia establecer el hecho punible y determinar la

participación del acusado en calidad de autor del cuasidelito, todo lo que motivó el rechazo de la solicitud de absolució formulada por la defensa, desechándose también las alegaciones de atipicidad, ausencia de culpa e inexistencia de la relación causal entre la conducta desplegada y el resultado provocado, en que tal solicitud se sustentaba, sin perjuicio, además, que las anomalías que se denuncian pueden ser enmendadas por la vía de la apelación, recurso que también ha sido deducido por la asistencia jurídica del acusado, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, el presente arbitrio será rechazado.

#### **EN CUANTO AL RECURSO DE APELACION DEDUCIDO POR LA DEFENSA DEL ACUSADO R. C.:**

**Tercero:** Que en el primer otrosí de fs. 1250 el sentenciado R. C. apeló de la sentencia condenatoria de primera instancia, solicitando su absolució y el rechazo de la demanda civil deducida en su contra.

Igualmente consta de autos que la sentenciada B. H. no se alzó en tiempo y forma en contra de la sentencia de primer grado, adhiriéndose a la apelación ya deducida en el escrito de fs. 1305, proveyéndose con una resolució de téngase presente.

**Cuarto:** Que para que pueda haber responsabilidad penal, por un cuasidelito del artículo 491 del Código Penal, que ha sido el objeto de la acusación dirigida en contra de J. F. R. C. y E. C. B. H., es menester que concu-

rran copulativamente las exigencias o elementos siguientes: 1°.- que el autor sea un médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona y que su actuació se haya desarrollado en el ejercicio de la profesió; 2°.- que el profesional de que se trate haya actuado con negligencia culpable; 3°.- que la acció del médico o profesional de la salud haya producido un mal a la persona del paciente; 4°.- que exista relació de causalidad entre el acto culposo y el daño resultante.

**Quinto:** Que con el mérito de los antecedentes descritos y relacionados en el capítulo cuarto de la sentencia de primera instancia en alzada, que constituyen presunciones judiciales que reúnen todos los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, se tienen por acreditados los siguientes hechos:

En la ciudad de Coyhaique, el día 31 de octubre de 2001, alrededor de las 23.44 horas, M. de las M. M. N., que a la sazón presentaba un embarazo de término, ingresó con contracciones al hospital de dicha ciudad, y enterado de esta circunstancia su médico tratante particular, luego de ser informado telefónicamente del estado de la parturienta por la matrona -también particular- quien formaba parte de su equipo, que presentaba un trabajo de parto inicial, ordenó su hospitalizació, instruyendo a la señalada matrona que le realizara un monitoreo fetal, procedimiento que debía ser repetido posteriormente, indicándole que si este último se manifestaba en iguales condiciones que el examen anterior la dejara en

ayunas para operarla al día siguiente a las 08.00 horas, 1° de noviembre de ese año; sin embargo y encontrándose el monitor ocupado por otra paciente, la matrona particular encargó su realización a una matrona de turno del Hospital, retirándose del lugar, no obstante estar en conocimiento que los antecedentes médicos de la paciente, que se encontraba afectada de diabetes gestacional y que había sufrido tres abortos espontáneos anteriores, que ameritaban una especial atención. Una vez que el monitor pudo ser utilizado, la matrona de turno del Hospital practicó el examen requerido, cuyo resultado guardó a la espera que llegara el médico tratante a imponerse de su resultado, quién en ningún momento acudió a dicho nosocomio a examinar a la paciente e imponerse personalmente de su estado general y, en particular del resultado del monitoreo que había ordenado, pese a encontrarse en conocimiento de que su paciente había presentado con anterioridad tres abortos espontáneos y padecía de diabetes gestacional, diagnosticada a las 34 semanas de embarazo. En la madrugada del día 1° de noviembre de 2001, a las 04.00 horas, al ser examinada la paciente por otra matrona de turno del Hospital, se percató que presentaba una bradicardia fetal de 60-70 por minuto, esto es, una frecuencia cardíaca anormalmente lenta -bajo los 100 o 120 latidos por minuto-, y mientras localizaban al médico tratante, nuevamente auscultó al feto, sin lograr ahora identificar latidos. Luego de reiterados llamados al médico tratante después de la medianoche- de la matrona particu-

lar B. H., a las 12,11 minutos del día 1° de noviembre, al que respondió “no me preocupan tanto los DIPS, pero ni cagando voy a operar a esta hora” (fs. 122 vuelta); a las 04.15 horas de la matrona institucional Valdebenito Torres; y, posteriormente otro de la matrona B. H., que había regresado al hospital en esos momentos, éste, acudió al establecimiento asistencial, y al examinar a la paciente le pareció percibir una que otra contracción miocárdica, practicándole a las 04:40 horas una intervención de cesárea de extrema urgencia con la finalidad de efectuar el salvataje fetal, constatando la presencia de una doble circular de cordón umbilical en el cuello del feto, causa de la muerte de la criatura, en el claustro materno.

Las matronas de turno del hospital actuaron en su condición de profesionales que se encontraban de turno como funcionarias del hospital, sin las obligaciones respecto a la madre y el hijo por nacer, que correspondían al médico y matrona contratados especialmente para el cuidado y atención de la paciente.

**Sexto:** Que los hechos expuestos configuran el cuasidelito que causa mal a la persona de M. de las M. M. N. con resultado de muerte del feto, previsto en el artículo 491 del Código Penal, y sancionado en el artículo 490 N° 1° del mismo texto legal.

**Séptimo:** Que para calificar los hechos en esta forma, se tiene en cuenta que terceros que estaban a cargo de la atención médica obstétrica de M. de las M. M. N., antes del parto y durante su transcurso, en el período

en que comenzaron las primeras contracciones el día 31 de Octubre de 2001, conociendo el hecho que se iniciaba el proceso de nacimiento con esas primeras manifestaciones fisiológicas, descuidaron la atención de la paciente y del hijo por nacer, un feto con vida en el vientre de su madre, dejaron transcurrir las horas con conocimiento de la fragilidad de los latidos de corazón que presentaba el feto, no concurrió el médico al hospital y abandonó dicho recinto la matrona, procediendo recién a las 04.40 horas del día siguiente, 1° de noviembre, a practicar en la parturienta una operación de cesárea en carácter de urgente, a fin de salvar la vida del feto que es luego extraído del vientre materno ya fallecido.

**Octavo:** Que la negligencia que se atribuye al médico ginecólogo, a cargo de la atención de la parturienta en el proceso de embarazo y parto, surge de manifiesto de la circunstancia que, no obstante la información acerca de las dificultades que presentaba la señora M. N., que padecía de diabetes y que anteriormente había sufrido tres abortos espontáneos, y del conocimiento que tenía de ella y su proceso de embarazo, además de los hechos y circunstancias que se le estaban comunicando desde el hospital, concurrió a dicho establecimiento tardíamente, para realizar un procedimiento quirúrgico de cesárea de emergencia, cuando la criatura ya había muerto.

**Noveno:** Que por su parte, la negligencia que se atribuye a la matrona particular a cargo de la atención de la paciente, se manifiesta en la circuns-

tancia de haber estado con ésta desde su ingreso al hospital el día 31 de Octubre, en las últimas horas de ese día, haber advertido personalmente las dificultades que presentaba y, no obstante ello, la abandonó, dejándola encargada a una matrona y el personal de turno, que no tenían la relación y obligación de prestación de servicios como profesional particular, sin dar aviso, personalmente, como correspondía, al médico tratante, acerca de los acontecimientos que dieron lugar a los resultados dañosos ya señalados.

**Décimo:** Que el bien jurídico protegido es la vida orgánica del feto, sujeto pasivo, para que no sufra un mal o sea víctima de él, riesgo que afectó a la madre en cuanto fue abandonada y desatendida por su médico y matrona particulares, afectando también al feto, a la criatura que estaba con vida en el claustro materno, que muere por esa falta de atención y de cuidados.

Las figuras de ilícitos que conforman el hecho principal en los cuasidelitos contra las personas, están constituidas por el homicidio y las lesiones, y también por el aborto. En el homicidio el sujeto pasivo “es otro” como lo manifiesta el artículo 391 del Código Penal, adquiriendo relevancia trascendental el sentido y alcance de la expresión en el ámbito penal. En una definición civilista “otro” es un sujeto distinto, un hombre vivo diferente del autor, que ha adquirido la calidad de persona desde el momento de su separación completa de la madre y sobrevive un momento siquiera a esa separación, como lo dispone el artí-

culo 74 del Código Civil. En cambio, en el ámbito penal el concepto, la idea de quién es “otro”, ha ido adquiriendo una visión más acorde con la realidad y circunstancias del tipo penal de que se trata, así en los cuasidelitos y en los de negligencia médica que nos preocupa, es también “el otro” el producto de la concepción, sin lugar a dudas y discusión, a lo menos, en la etapa de nacimiento que se inicia con las primeras contracciones que sufre y experimenta la parturienta, de manera que si durante ese proceso biológico, cuya vida ha sido auscultada, fallece antes de su extracción del vientre materno, sea por operación o procedimiento médico o naturalmente, se habrá originado responsabilidad penal, si quienes debieron controlar, dirigir y realizar las actuaciones médicas y obstétricas necesarias para el parto sin consecuencias, incurrieron en negligencia como la comprobada en autos.

La calidad de persona entonces, del “otro” a que se refiere el Código Penal, no puede apreciarse con el rigor y criterios civilistas del entramado del Código Civil, así el Derecho Penal, en la salvaguardia de la vida humana, debe ir varios pasos más adelante para su debida protección por su condición de prevención y de prohibición, y si ocurre su quebrantamiento, debe propender a la inexistencia de la impunidad.

**Undécimo:** Que el desarrollo hasta los días de hoy, de concepciones ya liberadas de las interpretaciones tradicionales de la norma del artículo 491 del Código Penal, específicamente en cuanto al sentido y alcance

de la expresión “causare mal a las personas”, que se relaciona con otra, la de “el que mate a otro” del artículo 391 del mismo texto, permiten en un examen y análisis más cercano a la filosofía y principios del Derecho Penal, advertir que no es posible mantener en la interpretación de esas normas los criterios civilistas, según los cuales el sujeto que es extraído del vientre materno, al fin del embarazo, y particularmente al término del nacimiento, no es “persona” ni es “el otro”, sino cuando ha sido separado completamente de su madre según así lo establece el artículo 74 del Código Civil, que subordina la existencia legal al nacer, al hecho de separarse completamente de su madre, y que en el inciso 2° dispone que la criatura que muera en el vientre materno o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás. Sin embargo, a continuación el artículo 75 dispone que “la ley protege la vida del que está por nacer, y que el juez a petición de cualquiera o de oficio, adoptará las providencias que le parezcan necesarias y adecuadas para salvaguardar la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.”

**Duodécimo:** Que, como adelantamos, ideas y conceptos, vaciados en normativas legales, constitucionales y aún internacionales, han ido aclarando y precisando que la protección que el Código Penal debe otorgar al ser humano se ha extendido a individuos o sujetos con vida antes de la expulsión del vientre materno, desde

la concepción, y a lo menos, durante el período, estadio o etapa del nacimiento o alumbramiento, que se inicia con las primeras contracciones que se producen en la parturienta y que termina con la expulsión natural o extracción por procedimiento quirúrgico de la placenta y el feto.

**Décimo tercero:** Que, entre la normativa a que se alude, resulta útil mencionar las siguientes:

a) De la Ley N° 20.120, publicada en el Diario Oficial del 22 de septiembre de 2006, sobre La Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma, y Prohíbe la Clonación Humana, que en su artículo 1° prescribe que “Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”.

b) En la Constitución Política de la República, en el Capítulo III de los Derechos y Deberes Constitucionales, el N° 1 del artículo 19, dispone “que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y que la ley protege la vida del que está por nacer”.

c) En el Código Civil, el artículo 55, establece que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

d) La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San

José de Costa Rica, de fecha de adopción el día 22 de noviembre de 1969, en vigor en Chile desde el 21 de Agosto de 1990, publicada en el diario oficial el 5 de enero de 1991, que en el capítulo II, sobre Derechos Civiles y Políticos, artículo 4° del párrafo del Derecho a la Vida, dispone: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

e) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de fecha de adopción el 16 de Diciembre de 1966, vigente en Chile desde el 1° de mayo de 1972, publicado en el diario oficial el 29 de abril de 1989, que en su artículo 6° numeral 1° dispone: “que el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

En lo doctrinario, se escriben artículos para revistas especializadas en materias jurídicas, entre ellas, la revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, se publica con el título de Persona Humana, Autonomía Privada y Orden Público Económico, un texto, por el Vicedecano y Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Enrique Alcalde Rodríguez, en relación con el tema de la personalidad natural y de los términos del artículo 74 del Código Civil, en una separata del siguiente tenor: “I bid., pág 41. Creemos que constituye un error entender que el “nacimiento”, según lo define el artículo 74 aludido,

marca “el inicio de la personalidad natural”. En efecto, de acuerdo con el artículo 55 del Código, son personas “todos los individuos de la especie humana” debiendo entenderse por individuo, conforme con su acepción natural y obvia, “cada ser organizado sea animal o vegetal respecto de la especie a que pertenece”. De este punto de vista dado que la criatura concebida y no nacida constituye un ser único e independiente, cuya entidad no se confunde con la de sus progenitores, cabe por tanto entender que queda plenamente comprendido dentro del concepto que de la persona tiene nuestro legislador civil. Por lo demás, según el propio tenor literal del art. 74, el “nacimiento” determina la “existencia legal de la persona”, lo cual se explica en razón de la clase de derechos de que se ocupa nuestro Código Civil, pero no implica que antes de él aquella no exista para otros efectos tanto o más importantes. Ello lo corrobora el artículo 80, el cual sí se refiere a la existencia “natural” de la persona al disponer que aquella termina con la muerte, evidenciando que ésta es diversa de su existencia legal. Asimismo, nos parece que exigir el “nacimiento” como supuesto necesario para adquirir la condición de persona no implica que antes de su verificación no estemos ya frente a un sujeto humano y, por ende, titular de garantías tan esenciales como el derecho a la vida. No considerarlo así implicaría que el status de “persona” dependería, en definitiva, de la definición que de tal concepto tuviere el legislador o el propio constituyente y que si hoy se asocia por algunos al hecho del parto, el día de mañana

podría estar vinculado con la “viabilidad” del recién nacido o cualquier otro criterio que se estableciere cumpliendo con los requisitos formales para la dictación de la norma.”

**Décimo cuarto:** Que de acuerdo con las declaraciones que los acusados prestaron en autos, relacionadas en los considerandos sexto y séptimo del fallo en alzada, ambos reconocieron haber prestado atención médica a la paciente Sra. M. N., durante el embarazo y en el proceso de parto que culminó con la ejecución de una cesárea de urgencia a efectos de realizar un salvataje fetal, sin lograrlo ya que la criatura murió en el útero materno, pero estiman que en dicha asistencia obraron con la diligencia debida.

De lo anterior y sin perjuicio de lo expresado en la sentencia en alzada, surge la necesidad de determinar si las conductas desplegadas u omitidas por el acusado apelante, se enmarcan en la figura penal tipificada en el artículo 491 del Código Penal.

**Décimo quinto:** Que la culpa, siguiendo lo expresado por el profesor Alfredo Etcheberry, en el artículo “La culpa en la Responsabilidad Profesional Médica” (expuesto en el Seminario Internacional de Responsabilidad Profesional Médica, realizado en noviembre de 1999, publicado por la Fundación de Asistencia Legal Médica de Chile) requiere de una predecibilidad en la producción de un resultado, lo que equivale a la representación de un peligro para la vida o salud ajena, y la obligación de prever su posibilidad y conducirse de modo de evitarlo, lo que constituye

el deber de cuidado. La extensión de ese deber de cuidado, en el ejercicio de la actividad médica o curativa, se encuentra asociado a un criterio valorativo, la negligencia culpable, en que el agente obligado hace menos de lo que impone ese deber. De esta manera el médico o profesional de la salud no debe crear un riesgo que no existía ni debe aumentar el riesgo existente más allá de los límites permitidos, lo que se encuentra regulado por la *lex artis*, que siguiendo al mismo autor se define como el conjunto de prácticas y reglas técnicas que deben observarse en el desarrollo de la actividad curativa, que regula su forma, circunstancias y precauciones que deben adoptarse en sus distintas etapas, sea en su examen, diagnóstico, pronóstico y aplicación de un tratamiento o terapia, a fin de reducir los riesgos.

**Décimo sexto:** Que el informe del Departamento de Responsabilidades Médicas del Servicio Médico Legal, agregado de fs. 626 a 636, concluye que conforme con los antecedentes del embarazo de la paciente, no estaba indicado practicar una cesárea electiva, antes de que comenzara el trabajo de parto; que luego del ingreso a la maternidad y al practicarse el monitoreo de los latidos cardio fetales, éste reveló poca variabilidad entre dichos latidos y su caída, bradicardia, durante las contracciones uterinas que eran poco frecuentes, lo que se explica por dos razones: la existencia de una hipoglicemia transitoria o la existencia de un feto en situación de hipoxia, aunque la decisión del médico de administrar suero

glucosado fue adecuada y oportuna, pues en ese momento no había indicación de llevar a cabo la extracción inmediata del feto, pero sí estar preparado para ello. También refiere que el sufrimiento fetal agudo se produjo entre las 2 y las 4 de la madrugada del día jueves 1° de noviembre de 2001 y que la decisión del médico, una vez que fue avisado de esa situación, de intervenir de inmediato a la paciente fue adecuada y oportuna, aunque la demora en obtener el pabellón influyó en el resultado desfavorable.

Igualmente explica que la compresión del cordón umbilical provoca una caída de la frecuencia cardiaca fetal de carácter bifásico, con una fase rápida seguida de una lenta, la primera se caracteriza por la rapidez con que aparece, por su gran amplitud y rápida recuperación, siendo muy semejante al DIP I, y la segunda produce la hipoxia fetal, sin embargo ninguno de los registros efectuados fueron sugerentes de la presencia de una circular de cordón, lo cual determinó que el feto continuara con un aporte reducido de oxígeno que se hizo crítico entre las 2 y las 4 de la madrugada llevándolo a la muerte pese a las medidas adoptadas por el médico tratante. (Se redujeron a ordenar telefónicamente a la matrona señora B. H. la hospitalización, la administración de suero glucosado, realización de monitoreo fetal y la advertencia, que si la paciente seguía en las mismas condiciones, la dejara en ayunas para operar al día siguiente a las 08,00 horas).

De acuerdo con este informe, los peritos estiman que el médico tratante, J.

F. R. C., debió haber concurrido de inmediato al centro hospitalario para atender personalmente a la paciente, después de conocer el resultado del primer monitoreo, que estableció que la Sra. M. N., presentaba desaceleraciones tipo DIP I, pues una de las posibilidades diagnósticas era que el feto se encontraba en situación crítica, revelando una hipoxia fetal previa al ingreso a la maternidad, lo que no hizo.

Lo anterior resulta coincidente con lo señalado en el Informe de autopsia y auditoria de muerte fetal tardía, agregado a fs. 71 y siguientes y fs. 300 y siguientes, que indica que de acuerdo a los latidos cardio fetales hubo sufrimiento fetal, y que se trataba de una muerte prevenible, si se hubiera diagnosticado el sufrimiento fetal al ingreso de la paciente o en los controles posteriores. También afirma que el sufrimiento fetal agudo se produjo por una circular de cordón umbilical, existiendo signos de hipoxia severa, por lo que el diagnóstico de sufrimiento fetal agudo no se realizó en forma oportuna.

A su vez, el médico informante, Dr. Carlos Iván Mansilla Andrade, a fs. 257 y 257 vuelta, expresó que la causa de la muerte del feto corresponde a un sufrimiento fetal agudo, por los antecedentes obstétricos de la cesárea, las marcas que presentaba el cuello del mortinato, y las lesiones hemorrágicas en el cordón umbilical, lo que indica que el sufrimiento fetal fue prolongado.

También resulta concordante con lo expuesto por la pediatra María Ame-

lia Espinosa Burgos, de fs. 284 a 285, quien manifestó que la impresión clínica era que el bebé había fallecido bastantes minutos antes que se efectuara la cesárea, por haber estado completamente hipotónico y con pupilas fijas sin reacción.

Por su parte, el médico Pablo Mardones Hennicke, a fs. 372 y siguientes refirió que la causa de la muerte se debió a un sufrimiento fetal agudo como consecuencia probable de una circular de cordón umbilical y que la presencia de una diabetes mellitus gestacional puede alterar el transporte de oxígeno hacia el feto, y que ante el primer monitoreo la conducta más apropiada era pensar en la interrupción del embarazo, por la vía más expedita, pudiendo plantearse un parto vaginal si el monitoreo hubiese presentado mejoría en los próximos minutos después de las medidas adoptadas. Igualmente ratificó la declaración prestada en el sumario administrativo incoado con ocasión de estos hechos, en la que indicó que el primer registro de latidos cardio fetales realizado a la paciente Sra. M. N. no era normal, porque destaca una variabilidad muy disminuida con desaceleraciones variables en relación a sus contracciones uterinas y no corresponden a DIPS I (corresponde según el traumatólogo Cristian Lira Breitler, médico de turno, a bradicardia fetal transitoria durante la contracción uterina que afectaba a la paciente a su ingreso al hospital) y un primer monitoreo de esas características, que reflejan un estado de hipoxia fetal, orientan a pensar en un sufrimiento fetal agudo y la conducta

es la interrupción del embarazo en forma perentoria por la variabilidad de latidos cardíacos muy disminuidos que en ningún momento presenta reactivación y la existencia de desaceleraciones variables profundas.

Coincide con lo señalado el médico Guillermo Antonio Bravo Craig, a fs. 402 vta., quien ratifica las declaraciones prestadas en el sumario administrativo, en las que indica que el primer monitoreo practicado a la paciente presenta una variabilidad disminuida y DIPS I, que en primera instancia ya habla de un compromiso fetal, por lo que la conducta médica a adoptar no ofrece mucho tiempo o demora en la acción: hospitalización, reposo de cúbito lateral izquierdo, aporte de volumen con solución glucosada y esperar 30 minutos, con monitoreo continuo, la respuesta al tratamiento. Si no se encuentra mejoría en ese periodo de tiempo tiene indicación de interrumpir el embarazo porque se está ante una hipoxia fetal.

En este punto cabe igualmente considerar que de acuerdo con el informe elaborado por el patólogo forense Dr. Belletti Barrera, la diabetes gestacional de la madre “de la que el médico y la matrona tratante estaban en conocimiento- es un aspecto relevante, y que produce efectos sobre el feto, ya que con dicho padecimiento la cifra de muerte perinatal es considerablemente más alta en comparación a la población general, que una bradicardia inferior a 120 o 100 latidos por minuto es signo de sufrimiento fetal, y que en todas las circunstancias el clínico no sólo debe atender a los signos de sufrimiento fetal sino a todos

los elementos en juego en cada caso, y en éste, aún disponiéndose de registro basal con monitor electrónico, no se advirtió la presencia de un registro que indicara que las alteraciones de la frecuencia cardíaca se debieran a una circular de cordón y no a otra causa de hipoxia fetal, y que una evaluación oportuna pudo haber modificado el pronóstico fetal, porque ésta obviamente, era anterior al ingreso a la maternidad.”

Conforme con lo expuesto, los profesionales señalados concuerdan en que el sufrimiento fetal agudo que en definitiva ocasionó la muerte del feto, pudo evitarse con un diagnóstico oportuno y la interrupción del embarazo de la paciente.

**Décimo séptimo:** Que, por otra parte ha quedado establecido que a quien correspondía diagnosticar el estado que presentaba la paciente y el feto, era el médico tratante.

En efecto, en las guías técnicas del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Regional de Coyhaique, en cuanto a la monitorización electrónica de la frecuencia cardíaca fetal, se describe el criterio de interpretación, para clasificarlo como reactivo o no reactivo, y se indica que dicho examen constituye la prueba de evaluación fetal primaria, el que si bien puede ser realizado por personal paramédico capacitado, el informe final del examen debe ser efectuado por perinatólogo, ya que su interpretación se relaciona con la edad gestacional, cuadro clínico y otras variables cardiográficas no mencionadas en la interpretación general analizada,

pero que tienen importancia clínica en la toma de decisiones.

Lo anterior resulta refrendado por la matrona Yesenia Alejandra Valdebenito Torres, quién manifestó que el diagnóstico preciso de la paciente correspondía a latidos fetales normales y DIPS I, esto es desaceleraciones de los latidos fetales a la contracción uterina, que en la ficha clínica de la paciente se consignó que los latidos fluctuaban entre 120 y 100 por minuto, lo que resultaba normal, sin embargo al examinarla personalmente se percató que había una bradicardia fetal, pues los latidos estaban entre 60 y 70 por minutos, dando cuenta al médico de turno Dr. Lira del sufrimiento fetal pesquisado e informando a los profesionales tratantes, Dr. R. C. y matrona B. H. Igualmente expresó que todo monitoreo debe ser evaluado por un médico, porque las matronas sólo están capacitadas para distinguir entre un monitoreo bueno y uno malo, pero no pueden interpretarlos, por lo que el primer monitoreo practicado debió ser evaluado por su médico tratante.

A la misma conclusión arriba la matrona Luisa Carrillo Martínez, quien refirió que sólo se limitó a efectuar el segundo monitoreo, el que encontró semejante con el primer registro practicado, que no le pareció de riesgo ni ominoso para el feto porque los latidos cardio fetales se encontraban dentro de los rangos normales, pero que no es responsabilidad de las matronas interpretar ni evaluar los monitoreos cardio fetales, ya que ello es de exclusiva responsabilidad del médico.

En el mismo sentido se pronunciaron los médicos Pablo Mardones Henricke y Guillermo Antonio Bravo Craig, quienes en sus declaraciones, en las que ratificaron los dichos vertidos en el sumario administrativo realizado para investigar estos hechos, expresaron que el examen debe ser evaluado por un médico obstetra. El último indicó, además, que después de una evaluación hay siempre una conducta obstétrica que puede ir desde que la paciente pueda continuar con el embarazo hasta la interrupción inmediata del mismo y que no se trata de un examen de fácil interpretación. También dijeron que tratándose de pacientes privados, los monitoreos son tomados por la matrona tratante y evaluados por el médico tratante.

De lo dicho queda en evidencia que la evaluación del primer monitoreo tomado por la matrona B. H. correspondía, en este caso al médico tratante, R. C., toda vez que se trataba de una paciente particular, a su cargo.

**Décimo octavo:** Que de los antecedentes precisados anteriormente fluye necesariamente que una atención médica ajustada a la *lex artis*, debió considerar dentro del diagnóstico efectuado, luego de conocer el resultado del primer monitoreo efectuado a la paciente, que el feto se encontraba en un grave riesgo, lo que obviamente pudo haber modificado el curso causal de los acontecimientos.

Tal conclusión se ve refrendada por lo informado por la Sociedad Chi-

lena de Obstetricia y Ginecología, que establece que la muerte fetal era evitable si se hubiesen realizado las acciones debidas en su momento, vale decir, información por parte de la matrona tratante de las condiciones de ingreso de la paciente y evaluación inmediata del médico tratante, y la realización de diversos exámenes derivado todo ello de un diagnóstico oportuno de sufrimiento fetal agudo, que habría obligado a la evacuación del feto por la vía más expedita de acuerdo a las condiciones obstétricas presentes.

**Décimo noveno:** Que si bien puede estimarse de acuerdo con lo manifestado en el informe del Departamento de Responsabilidades Médicas del Servicio Médico Legal, que el procedimiento médico o medidas terapéuticas adoptadas luego que el personal médico tratante tomara conocimiento del resultado del segundo monitoreo fue el adecuado, no debe perderse de vista que la etapa diagnóstica del mismo no fue la adecuada, considerando que una hipoxia fetal era una de las causas posibles del estado de la paciente.

Así, aunque en una etapa de diagnóstico no puede ser exigible la infalibilidad médica, éste (el diagnóstico) debe establecerse considerando todos los factores concurrentes de manera de poder minimizar el riesgo que ello conlleva, y siguiendo nuevamente al profesor Etcheberry, es posible establecer la responsabilidad de l facultativo médico en esa temprana etapa, entre otros casos, cuando el médico aplica las medidas terapéuticas sin haber determinado el diagnóstico,

como cuando éste se establece sin haber visto ni examinado a la paciente, o no se consideran las eventualidades menos frecuentes o posibles, pero que se tienen en cuenta en el plano científico, como que la hipoxia fetal podía derivarse de un sufrimiento fetal y cuando hay, simplemente, abandono de la paciente.

En este caso, se ha establecido que el médico tratante no vio ni examinó a la paciente luego que ésta ingresara por sus propios medios al establecimiento hospitalario presentando contracciones y sangrado, y sólo se limitó a recibir el informe del resultado del primer monitoreo - practicado por la matrona particular, con la que formaba equipo médico - telefónicamente, ordenando su hospitalización, sin perjuicio que además, indicó la administración de suero glucosado con lo que también dispuso de medidas terapéuticas, que no consideraron las eventualidades menos frecuentes pero posibles, como lo era la hipoxia fetal, negándose a intervenirla a esa hora, según se desprende de los dichos de la matrona Carrillo Martínez y de la acusada, la matrona particular Sra. B. H.

De esta forma, el actuar del médico tratante no puede sino estimarse negligente, más aún estando en conocimiento que la paciente había presentado una diabetes gestacional en el embarazo, que de acuerdo con el Dr. Belletti en su informe de fs. 769 y siguientes, es un factor que se debe considerar, por lo que ameritaba cuidados especiales a fin de prevenir un resultado adverso, independientemente que luego de imponerse efec-

tivamente del estado de la paciente hubiera adoptado las medidas necesarias para salvar a la criatura que la paciente llevaba en su vientre.

**Vigésimo:** Que de esta manera se evidencia que para la asistencia médica que requería la paciente Sra. M. N. se presentaron dos etapas: la primera, luego del ingreso al hospital, en la fase inicial del trabajo de parto, en que el médico tratante sin haber visto personalmente a la paciente y conformándose con lo informado telefónicamente por la matrona particular con la que formaba equipo médico, dispuso su hospitalización, la realización de monitoreos y la administración de suero glucosado a fin de intervenirla al día siguiente, es decir, sin haberse impuesto personalmente del estado que presentaba, dio instrucciones para que la misma fuese tratada por la matrona, la que no sólo no dio cumplimiento a las indicaciones recibidas, sino que además dejó a la paciente en manos de terceras personas, abandonando el recinto hospitalario. De esta forma queda de manifiesto que la conducta de ambos profesionales, sin duda se aparta de la *lex artis*, puesto que omitieron el cuidado, dedicación y la realización de exámenes personales y directos que madre e hijo necesitaban en atención a su estado; y la segunda, consistente en la intervención cesárea que se le practicó a efectos de efectuar el salvataje fetal, no logrando ese objetivo, lo que si bien se ajusta a los procedimientos que rigen la materia, lo que fue sólo para constar la muerte de la criatura.

**Vigésimo primero:** Que resulta necesaria alguna referencia a la cercanía de la materia en examen, frente a otras conductas que darían lugar a responsabilidad que dicen relación con la protección de la vida de la madre y del producto de la concepción. Es así que tipos delictivos fundamentales para la incriminación de las conductas atentatorias en contra de la vida humana, como el aborto y homicidio, constituyen sólo diversas instancias en la tutela del bien jurídico, con lo que se protege tanto la vida dependiente cuanto la vida independiente, así la frontera entre el homicidio y el aborto deslinda en la posibilidad de que la acción pueda o no incidir de manera directa en el producto de la concepción, sin afectar con dicha acción también la de la madre, como cuando a raíz de las maniobras abortivas se provoca su deceso, a título culposo, caso en el cual incluso pudiera estimarse que se trata de un concurso de delitos.

De lo anterior se desprende que si bien de acuerdo con lo señalado por la doctrina, el aborto “en cuanto para su realización requiere dolo directo no admitiría sanción a título de culpa y no se encuentra regulado en el título de los delitos contra las personas, ello en ningún caso implica que aquellas conductas culposas que atentan en contra de la madre, quien se erige como un sujeto pasivo de la acción desplegada, aún cuando sólo puedan afectar la vida e integridad física o psíquica de ella, no puedan ser comprendidas en las figuras previstas en los artículos 490 y 491 del Código Penal, en tanto afectan la salud inte-

gral de la primera, también tutelada por dichas figuras.

En el caso en análisis no cabe duda que las conductas, o más bien las omisiones en que incurrieron los profesionales de la salud, y especialmente el médico R. C. en la atención inicial del proceso de parto, se materializaron en la madre, afectando también la vida de la hija que llevaba en su vientre, y que dependía de ella, de manera que sujeto pasivo podría ser la madre, en este caso la paciente, que no recibió la atención médica necesaria y oportuna que debía ser dispensada por el equipo médico particular tratante, quienes generaron con su comportamiento un riesgo jurídicamente desaprobado por el ordenamiento, al no tomar las medidas procedentes para instaurar un tratamiento adecuado como medio de evitar la evolución desfavorable del cuadro que se presentaba, descuidando la asistencia y vigilancia del alumbramiento y omitiendo llevar a cabo un procedimiento médico, sin respetar las reglas de la *lex artis* que resultaban obligatorias, las cuales de haber sido cumplidas, deberían haber llevado, necesariamente a la decisión de practicar oportunamente una cesárea, por lo que cabe concluir que fue el riesgo generado por la negligencia omisiva del equipo médico y no otro, el que en definitiva se materializó, directa e inequívocamente, en el resultado de muerte de la criatura que llevaba la madre en su vientre, que es quién tiene la calidad de sujeto pasivo, no obstante que los hechos provocaron en la madre un síndrome angustioso depresivo, según se desprende de los

documentos agregados a fs. 1, 110 y 1.111.

**Vigésimo segundo:** Que de esta forma se configura una omisión culpable y negligente de parte de los acusados - sujetos activos- en contra de la vida de la criatura que estaba por nacer “el sujeto pasivo” - y que como tal queda comprendida entre las figuras protegidas por el artículo 491 del Código Penal, en relación con el artículo 490 del mismo cuerpo legal.

**Vigésimo tercero:** Que al contestar la acusación la defensa de R. C. solicitó su absolución por estimar que no concurren los elementos objetivos y subjetivos que exige el tipo penal, por cuanto, indica, que el daño presuntamente cometido lo habría sido en contra del feto, quien no puede ser sujeto pasivo, del cuasidelito imputado, que no hubo negligencia culpable en el desempeño de la profesión, por aplicación de lo expresado en la teoría de la confianza que debe imperar en el trabajo en equipo, y que no existe la relación de causalidad que sirve de base al ilícito, lo cual se rechaza toda vez que la muerte de la criatura que llevaba en su vientre la madre, es concreción de la situación de peligro que para la producción de ese resultado supuso la omisión, por su parte de los deberes de cuidado que le incumbían respecto a la asistencia ginecológica a la embarazada, aún en la etapa inicial del trabajo de parto. Resultado que no se habría producido si el acusado se hubiese ajustado al deber de cuidado que le era exigible y, en definitiva, atendido el parto en el momento oportuno, sin

haber omitido los deberes más elementales que le eran exigibles para evitar el desenlace ocasionado, lo que en caso del acusado incluso conlleva una mayor reprochabilidad al actuar con dejación y olvido de los deberes técnicos que como profesional de la medicina y como jefe del equipo médico tratante le correspondían, siendo especialmente reprochable que hubiese prescindido del reconocimiento ginecológico que resultaba indispensable y obligatorio, cuya omisión no admite excusa, bastándole su control telefónico, sin que le sea posible ampararse en que la matrona incumplió sus deberes ni en que la paciente debió ser tratada por el personal institucional del Hospital de Coyhaique, toda vez que se trataba de una paciente particular, ingresada al recinto bajo esa modalidad, de conformidad con los convenios celebrados con el Servicio de Salud para la atención de dichos pacientes en instituciones de salud pública, de acuerdo con los documentos que rolan a fs. 223 y siguientes y que se encontraba a su cargo, como jefe del equipo médico tratante, de acuerdo a lo informado a fs. 671 y siguientes, sin haber sido traspasada a la modalidad institucional.

### **EN CUANTO A LA ACCION CIVIL.**

**Vigésimo cuarto:** Que en lo relacionado con la reserva de la acción civil que debe verificarse durante el sumario del juicio criminal, a fin de dar cumplimiento a la disposición del artículo 103 bis del Código de Procedimiento Penal, y para los fines también de poner a salvo las

acciones que en su oportunidad se entablarán, de las excepciones de prescripción, y en el entendido del demandado J. F. R. C. que derechamente opone dicha excepción en el plenario del juicio fundado en que la querellante no hizo reserva de la acción civil oportunamente, consta claramente en los autos que dicha reserva fue debidamente verificada por la querellante señora M. de las M. M. N. en la sección petitoria de la querrela criminal deducida el 7 de diciembre de dos mil uno, sección en que, además de solicitar que se tenga por presentada la acción penal, insta nominativamente por la condena de los querrelados J. F. R. C. y E. C. B. H. al máximo de las penas señaladas en la ley por su responsabilidad en el ilícito ya acreditado, y a continuación expresa textualmente: “sin perjuicio de las acciones civiles que me reservo deducir en su oportunidad, todo ello con expresa condena en costas”, agregado que es suficiente anuncio de la manifestación de voluntad de la querellante, de que accionará civilmente contra los responsables del delito, cumpliéndose así, a cabalidad, con la norma citada, que no obstante el empleo en dicha disposición de la expresión “debidamente cursada”, ello no significa de modo alguno que sólo se satisfaga con la interposición de una demanda con los requisitos del artículo 254 del Código del Procedimiento Civil.

Esta Corte Suprema, en diversos fallos se ha referido al tema, pareciendo necesario para aclarar conceptos la cita de algunos, entre ellos los pronunciados en las causas roles

704-02, 5605-04, 5604-05 y 6046-05, además de otros en que se mantiene la misma tesis. A modo de ejemplo se transcribe el considerando 4° de la sentencia de veintiséis de diciembre de dos mil seis, emitida en la causa Rol N° 5604-05, que es del siguiente tenor: “Que en tal contexto, no puede pretenderse que en la etapa investigativa se ejerza formalmente la acción civil con todos los requisitos dados para el juicio plenario, sino que por el contrario, resulta bastante para satisfacer el requerimiento legislativo, cualquier manifestación expresa del actor consignada en el proceso y verificada durante el sumario, en orden a dejar establecido que ejercerá en el curso del juicio penal propiamente tal, esto es, en el plenario, las acciones civiles que pudieren derivar o ser consecuencia del delito que se está juzgando y relativos a los casos y fines que señala el artículo 10 del mismo cuerpo legal”. En ese mismo fallo, se agregó más adelante: “sin que en la especie sea menester que en tal ocasión cumpla con otra formalidad o requisito particular, por no exigirlo precepto alguno”.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara: a) que se rechaza el recurso de casación en la forma deducido a fs. 1250; y, b) que se confirma en lo apelado la sentencia de ocho de agosto de dos mil seis, escrita de fs. 1201 a fs. 1248, complementada el nueve de mayo de dos mil siete, a fs. 1376, con declaración que los acusados J. F. R. C. y E. C. B. H. quedan condenados como autores de un cuasidelito que causa

mal a la persona de M. de las M. M. N. con resultado de la muerte del feto, cometido en las últimas horas del día 31 de octubre de 2001 y las primeras horas del día siguiente 1° de noviembre de ese año.

Se previene que el Ministro Nibaldo Segura Peña concurre al fallo teniendo particularmente en consideración los siguientes fundamentos:

**PRIMERO.-** Que el hecho punible objeto de la acusación ha sido el que contempla el artículo 491 del Código Penal -inserto en el Título X del Libro II de los cuasidelitos- que dispone que “el médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior, esto es, reclusión o relegación menor en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen o la de reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito.”

En el tratamiento de la materia propuesta es previo analizar los siguientes puntos: 1.- si el Nasciturus es o no persona, 2.- si fallece antes del proceso de su nacimiento por negligencia médica culpable ¿qué delito es el que sirve de base a la sanción, o no existe hecho punible?

**SEGUNDO.-** Que, en relación al primer punto, el artículo 74 del Código Civil, inserto en el Título II del Libro I que regula el princi-

pio y fin de la existencia de las persona sanciona que “La existencia de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre.” Su inciso segundo declara: “La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.”

A esta norma se le atribuido plena validez tanto en el campo del derecho civil como en el penal, al punto que es ampliamente reconocido como válido que no es posible comisión de delito de homicidio (en cualquiera de sus formas), y de lesiones, cuando la criatura por nacer muere antes de su total expulsión del claustro materno o no haya sobrevivido un momento siquiera; la ley lo protege en su tránsito formativo mediante el delito de aborto, pero éste no es posible cuando en lugar de cometerse con dolo directo, se produce el resultado de muerte del feto por culpa del facultativo. De este modo, un hecho de esta naturaleza y de tanta gravedad queda impune. ¿Es eso realmente lo que desea nuestra legislación?

**TERCERO.-** Que, esta problemática debe dilucidarse a la luz del giro que hoy ha tomado la ciencia del derecho, con particular énfasis en los Derechos Humanos regulados por las normas constitucionales vigentes y el Derecho Internacional, que nos rigen, esto es, aquellos tratados que han sido debidamente ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

A.- Conforme al señalado imperativo es obligado analizar los siguientes cuerpos legales superiores:

1.- De partida, el artículo 5° de la Constitución Política de la República dispone en su inciso 2° que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

2.- Nuestra Constitución, cuando trata De los Derechos y Deberes Constitucionales declara en primerísimo lugar, y en lo que ahora interesa, que asegura a todas las personas: Artículo 19 “N° 1°. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.”

3.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, cuyo texto promulgatorio es el Decreto N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, desde esa fecha obliga a respetar lo que declara en su artículo 6: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

4.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, cuyo texto promulgatorio es

el Decreto N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991, en su artículo 4° del párrafo del Derecho a la Vida, dispone: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

B.- En el plano de normas simplemente legales:

1.- La Ley N° 20.120, publicada en el Diario Oficial del 22 de septiembre de 2006, sobre La Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma, y Prohíbe la Clonación Humana, en su artículo 1° prescribe que “Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”.

2.- En el Código Civil, cuando se trata de la división de las personas, el artículo 55 establece que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

**CUARTO.**- Que de las normas referidas es dable arribar a las siguientes conclusiones en base a las reflexiones que se expresan en cada caso.

1.- Existe una franca contradicción entre lo que disponen los artículos 74 y 55 del Código Civil en relación del concepto “persona” que emana de

ellas, que obliga a definir sus alcances.

El primero, la existencia legal la radica en el hecho del nacimiento, que ocurre con la separación completa de la madre, sobreviviendo a ello, presumiendo categóricamente que no ha existido jamás cuando la criatura muere en el vientre materno, o perece antes de estar completamente separada de la madre, o no ha sobrevivido un momento siquiera a la separación. Es la norma por la cual se estima, casi en forma absoluta, que sólo es posible atentar contra la vida del feto mediante el delito de aborto, tipificado precisamente para sancionar cuando se pone fin a la vida del nasciturus “maliciosamente”, y en ninguna otra forma.

A su vez, el artículo 55, sin definir lo que entiende por “persona”, da el concepto que tiene de ellas y declara que lo son “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.”. Si el léxico entiende por “Individuos” todos aquellos que son “de la especie humana”, en su acepción 5.- como “sujeto de derecho”; y “especie” como “conjunto de cosas semejantes entre sí por tener uno o varios caracteres comunes”, ninguna duda puede haber que la norma se está refiriendo ampliamente a todos los seres humanos sin distinción, comprendiendo, por tanto a los que se forman y encuentran en el vientre materno. A ellos, precisamente, extiende además el calificativo de “personas”, voz que se utiliza profusamente en las leyes y tratados internacionales.

De lo dicho concluye que el concepto de “personas” que utiliza el artículo 74 es plenamente aplicable sólo en el campo civil, extendiendo sus normas benefactoras con anterioridad al nacimiento para efectos de protección de la vida del que está por nacer en la forma que declara en el artículo 75; sin embargo, la norma del artículo 55 es más amplia y comprensible de los “nasciturus”, a quienes le reconoce también calidad de “personas”, por tanto sujetos de derecho.

2.- Que, a su tiempo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 al declarar que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”, el “Pacto de San José de Costa Rica”, al sancionar que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, y el artículo 5° de la Constitución Política de la República disponer que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”, normas superiores que obligan ser respetadas por los órganos del Estado, son suficientes a estos sentenciadores para concluir que el ser que está por nacer debe ser

tenida como “persona”, para todos los efectos legales, particularmente en el orden penal, por tanto acreedores de protección en todo cuanto atañe a su vida, normal desarrollo, y nacimiento en las mejores condiciones. Ello conlleva a precaverlo de acciones dolosas o culpables arbitrarias -como lo declaran los Tratados invocados-, esto es, contrarias a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho, que atenten contra lo anterior, y sancionarlas cuando lo afecten.

**QUINTO.-** Que en lo doctrinario, aparte del antecedente recordado por la sentencia en el considerando tercero, acápite segundo, es oportuno tener en cuenta los que ahora se pasan a relacionar.

El profesor Rodolfo Figueroa García-Huidobro, en su trabajo “Concepto de Derecho a la Vida”, *Ius Praxis*, Año 14-N° 1, 2008. Universidad de Talca, pp. 261 y ss., explica cinco concepciones sobre el tema, a saber: 1.- La que entiende que el derecho a la vida consiste en el derecho a vivir, a permanecer con vida; 2.- la sugiere que el derecho a la vidas consiste en el derecho a vivir bien, a permanecer con vida; 3.- la que entiende que el derecho consiste en el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir de inmediato; 4.- la que propone entender el derecho a la vida simplemente en el derecho a que no nos maten , 5.- la que suscribe la idea de que este derecho consisten en que no nos maten arbitrariamente, y explica, respecto a esta última, a la que adhiere, que esta concepción parte de la base que el objeto del derecho a la

vida no es la vida como una realidad fenoménica sino una conducta de terceros, la de matar arbitrariamente a otro. En consecuencia, esta concepción del derecho a la vida distingue el derecho a la vida de la vida. El objeto de esta cita no es entrar en las profundidades de las ideas del autor, sino dejar constancia que en la literatura jurídica nacional varios como él se preocupan del tema y lo extienden teniendo como norte el tema del derecho a la vida como punto director de cualquiera teoría.

El distinguido profesor Alfredo Etcheverry en su *Derecho Penal Parte Especial*, T. III, Ed. Jurídica, 1997, pp. 38, comentando el inciso 2° del artículo 74 del Código Civil, expresa “La estricta aplicación de esta regla en materia penal nos conduciría a la impunidad del aborto, ya que se trataría de un delito imposible o inexistente: la criatura a que se da muerte en el vientre materno “se reputará no haber existido jamás”, y desde el momento que jamás ha existido, no se ha podido darle muerte. Esta absurda conclusión pone de manifiesto que esta última regla debe entenderse “se reputará no haber existido jamás para los efectos civiles”. Si la más elemental lógica jurídica exige entender en esta forma el inciso segundo, es evidente que igual interpretación debe darse al inciso primero del mismo artículo, en el sentido de que la regla sobre existencia “legal” de la persona debe entenderse establecida también para los efectos civiles, y no para los penales. Pero en lo demás mantiene su parecer de estimar que la persona humana es tal desde que nace en el

concepto del inciso 1° del artículo 74 del Código Civil, y como individuo, debe estar vivo con existencia independiente, y agrega: “por esta razón el feto no puede ser considerado víctima de delito de homicidio, ya que si bien es un ser vivo, no es un individuo, pues no tiene vida independiente” (p. 34).

A su turno el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez (*Derecho Civil de la Persona. Del Genoma al Nacimiento*, Ed. Jurídica, 2007) después de advertir desde el comienzo que las posiciones que sustenta en una primera parte de su proyecto mayor -la contenida en esta obra- se sitúa sólo en lo que concierne al derecho civil, formula afirmaciones que no se pueden soslayar, como las contenidas en su párrafo 38. “el embrión implantado, “el que está por nacer”, no es objeto del derecho de propiedad, no es posible considerarlo “cosa” susceptible de uso, goce, disposición o abuso, es ajeno al Derecho de los Bienes. Por el contrario, es sujeto de derechos, como el derecho a la vida o el derecho a la integridad física, que le han conferido diversos instrumentos internacionales y nuestra legislación interna.”. “Un ser que es titular de derechos (actuales, puros y simples y sujetos a modalidades) es un sujeto de derechos, y no siendo cosa, pertenece indudablemente a la categoría de “persona”, aunque el artículo 74 del C.C. lo excluya de ella. Ya señalamos que la circunstancia de tener derechos inferiores en número a aquellos de que gozan los ya nacidos no influye en su naturaleza jurídica. Por estas consideraciones, estimamos

indispensable modificar la redacción del artículo 74, reuniendo en una sola fecha la existencia natural y la existencia legal, la cual creemos que debe corresponder al momento de la implantación del embrión en las paredes del útero. Desde ese momento debe entenderse que ha empezado la persona” (p. 150).

Al respecto, el profesor Figueroa recuerda un caso particular que va en la misma dirección de sus ideas anteriores -que, por lo demás, corresponde exactamente a los antecedentes en que se funda-. Se trata de un dictamen de la Contraloría General de la República (N° 25.403, de 21 de agosto de 1995) en el cual declaró la calidad de “persona” a un hijo nonato de una víctima de violación de los derechos humanos y de violencia política, respecto a los derechos establecidos por el artículo 17 de la Ley N° 19.123 que concedió pensión de reparación a ciertos familiares de las víctimas, que en este caso favorecía a la madre del que estaba por nacer, en razón que el artículo 18 dispuso que serán causantes de esa pensión las “personas” declaradas víctimas de tales violaciones o violencia. Comenta el autor: “En el caso, la víctima era un niño que no había nacido aún, y el problema era decidir si ese niño era “persona””. El dictamen de Contraloría “recuerda lo establecido por el artículo 19 N° 1 inciso 2° de la Constitución Política de la República, así como lo estatuido por el artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, y resuelve que el nonato debe ser con-

siderado como persona para los fines de la ley referida,”de modo entonces, que si la vida de un ser en gestación ha sido interrumpida en las circunstancias previstas en la Ley N° 19.123, éste debe ser estimado como causante de los beneficios que esta normativa regula.” (p. 152).

**SEXTO.-** Que, en otro orden de ideas, se sabe que la formación natural del ser humano comienza con la fecundación, proceso que no sucede en un momento preciso pues “se trata de un proceso que demora un tiempo prolongado, como lo destaca el profesor Gonzalo Figueroa (op. Cit. P.101 y siguientes) y a quien se sigue básicamente en esta corta explicación. La unión del espermatozoide con el óvulo se produce entre doce a veinticuatro horas, dando origen a una célula con ambos núcleos, pronúcleo; veinticuatro horas después se fusionan los cromosomas, acción que se denomina “singamia”, la que da origen al cigoto, y treinta horas después se inicia la división celular dando origen a una mórula de 16 células. Al llegar ésta al útero se transforma en blastocito y sólo al séptimo día de la fertilización se inicia el proceso de implantación en la pared uterina que se completa a los catorce días, recibiendo la denominación de preembrión que se caracteriza porque éste “no tiene aún en sus cromosomas, a pesar de tener características genéticas precisas, toda la información necesaria para llegar a ser embrión”, en cita que hace el autor del parecer del Dr. Juan Pablo Beca. La etapa siguiente, de embrión, comienza durante la tercera semana

desde la fecundación. “Se completa en este momento la gastrulación o diferenciación de tejidos, y después comienza la organogénesis. El cigoto no es aún un nuevo individuo, no es siquiera el precursor de uno solo” No hay individuo humano hasta que se haya establecido la individualidad. Este proceso se puede considerar completo a las tres semanas, e inexistente antes de los 7 días. La concepción se completa con la implantación más que con la fertilización. La etapa de embrión se alcanza a la tercera semana después de la fecundación, y se caracteriza porque se ha producido la plena implantación en el útero y el inicio de intercambio con la madre; “El embrión es definitivamente un individuo y reúne todas las condiciones para ser considerado persona en potencia” (Anota y aclara el autor que la voz “persona” que utiliza el Dr. Beca lo es en su acepción común, queriendo dignificar “individuo de la especie humana y no en su acepción jurídica de “individuo ya nacido”, y se atribuye el destacado. En esta etapa el feto adquiere las condiciones de viabilidad que le permiten subsistir, y que se alcanza a los 180 días, seis meses, lo que se afirma en la actualidad. El nacimiento fija el final de la vida humana dependiente, y el individuo adquiere la calidad de “persona”, desde el punto de vista netamente civil, como, se recuerda, lo advirtiera el autor desde el comienzo de su libro. Explica que “Como hito importantísimo en la vida humana, que acarrea un conjunto de consecuencias jurídicas, resulta importante determinar con precisión el instante preciso (sic) en que el nacimiento ha

tenido lugar, dentro del proceso largo del parto. Algunos autores han propuesto establecer diversos momentos, como aquel en que aparecen los primeros dolores del parto, o aquel en que comienza o concluye la expulsión del feto desde el claustro materno, con o sin seccionamiento del cordón umbilical, o aquel en que se inicia la respiración pulmonar, o incluso, aquel en que el niño demuestra ser capaz de alimentarse por vía bucal”, posiciones que estima agrupables en dos grandes escuelas: “la doctrina más antigua y más compleja de la viabilidad, y la doctrina más moderna y más simple de la vitalidad””

Recordemos también que durante esta etapa final de la gestación ya es hecho demostrado que las criaturas sienten, escuchan, y están dotados de actividad cerebral que les permiten sociabilizar ante estímulos y personas externas; si una presión las oprimen, rehúyen la molestia cambiando de posición, lo mismo si un ruido estridente las inquietan, logrando que la madre se alerte y las proteja. Tampoco es desconocido el hecho que, al contrario, una melodía agradable las atrae y calma. En el caso de embarazo múltiple, también es cierto que entre los hermanos se logra una afinidad particular que se gesta desde la etapa embrionaria, y que se manifiesta y potencia posteriormente.

**SÉPTIMO.-** Que, por lo relacionado, este sentenciador considera que una criatura, con su ciclo embrionario completo, que reclama ser liberado del claustro materno a efectos de seguir su vida independiente y para lo cual la ciencia médica reco-

mendaba hacerlo con la intervención y asistencia medico-profesional oportuna, se frustra y muere dentro de su madre, debe recibir la debida protección del derecho porque, para los efectos penales, es persona a favor de quien se ha declarado el derecho inalienable y superior de tener su vida protegida por normas de rangos superiores desde que quedó implantado en el útero de su madre, por lo menos. Consecuencialmente, debe ser considerado sujeto pasivo pleno frente a los hechos y personas que atenten contra su vida, independientemente de aquellos que también pudieran afectar a su madre, situación esta última que en el caso de autos no se produjo.

Se previene que el Abogado Integrante Sr. Hernández concuerda con la decisión de mayoría, sin perjuicio de adicionar las siguientes consideraciones particulares:

1°.- Que “el médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión”, incurre en el cuasidelito sancionado en el artículo 491 del Código Penal.

Este precepto presenta dos dificultades dogmáticas en su aplicación al caso concreto, cuales son el alcance de la referencia a los profesionales de la salud que pueden ser sujetos activos en su comisión y, de otra parte, la posibilidad de extender el tipo culposo a la muerte del nonato, en la medida que el Código punitivo castiga el delito de aborto, entendido generalmente por los cultores de la

disciplina atinente como “la muerte inferida al producto del embarazo que aún no es persona” o “la muerte inferida a un feto”, en el decir de Soler, al que adhiere la mayor parte de los penalistas chilenos.

2°.- Que, con relación al primer punto, si bien la doctrina observa que pueden ser sujetos activos de este ilícito sólo los profesionales mencionados, la expresa cita que allí se hace de las “matronas” despeja cualquier duda acerca de la legitimidad de su inclusión como potencial partícipe del mismo. Esta consideración es suficiente para descartar el razonamiento sobre el particular de la defensa de la matrona involucrada.

3°.- Que, en cambio, es más complejo el tema de la extensión del tipo penal descrito al “nasciturus” o nonato, en la medida que, si bien tradicionalmente nuestro ordenamiento jurídico ha dispensado protección a la vida del que está por nacer “artículo 75 del Código Civil, reproducido, en lo pertinente, en el artículo 19.1° de la Constitución Política de la República” este amparo se ha traducido, en el ámbito criminal, en la punición del delito de aborto, pero a partir de la consideración del feto como “un principio de existencia (porque) hay en él germen de un hombre”. En otras palabras, lo que se castigaría en el aborto “acorde con la tesis clásica, reseñada - es la destrucción del producto de la concepción, llamado a convertirse en una “futura vida humana”, que el constituyente y el legislador acuerdan proteger a través de la ley, como un objeto jurídico

valioso, pero que no es identificable con la persona humana.

Es precisamente esta falta de equivalencia, en el plano valórico, entre la persona “nacida” y el nonato, lo que marca el diverso tratamiento penal concedido en el Código Penal a los delitos de homicidio de una “persona”- y de aborto, referido a la vida incipiente del que aún no se separa completamente del vientre materno.

4º.- Que, empero, una tal visión del producto de la concepción como una persona en ciernes, pero que no ha alcanzado todavía el rango de tal, si bien explicable biológicamente al menos a la época de redactarse el Código Penal, no tiene ninguna sustentación jurídica en el actual estado de desarrollo del vigente Estado Democrático Constitucional de Derecho, que integra a sus normas “por imperativo del artículo 5º, inciso 2º de la Carta Fundamental” aquellas reglas y principios contenidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como parte de un complejo que el profesor Humberto Nogueira ha denominado “el bloque constitucional de derechos”.

No cabe duda que, en ese entorno, es factible incardinar las normas que esta sentencia refiere en su motivación 9ª, las que son muy explícitas en el sentido de establecer que las personas adquieren el estatuto de tales desde la concepción. Y como se trata de preceptos relativos a derechos fundamentales, contenidos en el derecho convencional de los tratados, su aplicación ha de ser preferente respecto del derecho interno, como lo ha

resuelto esta misma Corte en variadas oportunidades, v. gr. en las sentencias recaídas en los casos “Molco” (Rol N° 559/2.004) y “Cerro Chena” (Rol N°3.125/2.004).

Digna de destacar, en esta perspectiva, es la norma del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1.969, conforme a la cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Ese mandato quedaría incumplido en caso de prescindirse de su aplicación, a pretexto de que nuestro ordenamiento doméstico no concede al nonato la calidad de persona humana.

Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Ballesteros y de las prevenciones sus autores.

Rol N° 1882-08.-

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el abogado integrante Sr. Hernández, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

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



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

---



## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES

Marcos Contreras Enos<sup>1</sup>

### I. Introducción

Cuando se comete un delito desde o a través de una empresa –por ejemplo, un delito contra el medio ambiente<sup>2</sup> o contra la salud pública<sup>3</sup>–, dada la actual configuración del régimen de responsabilidad penal en Chile<sup>4</sup>, se erige como pregunta clave la relativa a cómo imputar dicho delito como obra propia de un individuo perteneciente a la empresa desde la cual se cometió, imputación que requiere una “constatación de identidad [...] en virtud de la que las obras del sistema puedan valorarse jurídicamente de modo directo como obras de la persona física”<sup>5</sup>. Esa constatación se torna problemática a la luz de la particular configuración de la empresa moderna, organización que se caracteriza, a grandes rasgos, por factores que la dotan de eficiencia desde el punto de vista del gobierno corporativo, a saber: escisión marcada entre propiedad y gestión; división del trabajo y diferenciación funcional en el seno de la gestión, descen-

- 1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Ejemplo: un gerente de planta ordena el vertido de contaminantes a un cuerpo de agua ocasionando una mortandad de peces (eventual configuración del delito del art. 136 de la Ley 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura).
- 3 Ejemplo: el encargado de una industria del rubro alimenticio ordena la elaboración de un alimento con un componente infectado, lo que pone en grave peligro la salud de los consumidores (eventual configuración del delito del art. 315 del CP).
- 4 El inc. 2° del art. 58 del CPP establece que “[l]a responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”. La disposición transcrita consagra el principio de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas (“*societas delinquere non potest*”), el que rige en Chile, a partir del año 2009, no como regla absoluta, sino sólo como regla general. En efecto, con la dictación de la Ley 20.393, las personas jurídicas pueden ser responsables, en ciertas circunstancias, de los delitos de lavado de dinero, financiamiento al terrorismo y cohecho a funcionario público nacional o extranjero. Lo anterior, sin embargo, no obsta a la indagación de la responsabilidad penal de las personas naturales respectivas, es más, por regla general, la responsabilidad penal de las personas naturales será requisito para configurar la responsabilidad de la persona jurídica en cuyo seno se cometió el delito (la excepción a dicha regla se encuentra en el art. 5° de la Ley 20.393), razón por la cual, aun en el contexto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sigue siendo crucial la pregunta por la responsabilidad penal de las personas naturales que intervinieron en el hecho.
- 5 SCHÜNEMANN, Bernd, “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LV, 2002, Madrid, p. 16.

tralización de los procesos de acción y decisión y del conocimiento; flujos de información selectivos<sup>6</sup>; administración con autonomía e independencia para tomar decisiones que se coordinan con otras, etc. Conforme a dichos rasgos, al crecer la organización se hace más compleja su estructura, adquiriendo forma de pirámide, de modo tal que la empresa se compone de un apéndice estratégico (quienes toman decisiones), de una línea intermedia de mando (los que transmiten y coordinan las decisiones) y de un núcleo de operaciones (quienes ejecutan las decisiones)<sup>7</sup>.

Al respecto se ha señalado que los rasgos de la empresa moderna son supuestos de desintegración de los elementos que en nuestra clásica comprensión del delito eran constitutivos para poder afirmar la responsabilidad penal, todo lo cual puede conducir a una situación tal que prácticamente nadie termina siendo responsable<sup>8</sup>. En ese contexto se ha afirmado que la empresa moderna puede ser un sistema de irresponsabilidad (penal) organizada. En efecto, si aplicamos el modelo “clásico” de teoría del delito –designando como tal a aquel que, teniendo como sustrato teorías de base naturalista, considera prototípicamente como delito a aquel de autor único, que dolosamente realiza una conducta activa, que causalmente produce un resultado normalmente empíricamente medible<sup>9</sup>– al ámbito de la empresa moderna, a lo más se llegará a imputar responsabilidad penal al trabajador, es decir, a aquella persona que se encuentra en el último eslabón de la cadena y que posiblemente sea aquel que recibe el sueldo más bajo dentro de la estructura empresarial<sup>10</sup>. Lo anterior iría en contra de la tendencia que se reconoce en la legislación, jurisprudencia y doctrina, consistente en trasladar la responsabilidad jurídico-penal lo máximo posible “hacia arriba”, es decir, de responsabilizar penalmente en primera línea a los órganos directivos y sólo en segunda línea a los órganos que ejecutan<sup>11</sup>. En la perspectiva de esa tendencia se ha afirmado en nuestro medio que “político criminalmente es un fin deseable que la responsabilidad penal se haga efectiva en primera línea en aquéllos que aparecen como los ‘verdaderos’ responsables, en cuanto depositarios del poder en la organización empresarial y no –o no sólo– en empleados ubicados en los niveles más inferiores de la escala jerárquica”<sup>12</sup>.

6 No todos los que deciden, ni todos los que ejecutan, cuentan con la misma base de información. GARCÍA CAVERO, Percy, “Problemas de imputación objetiva en estructuras empresariales”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N°10, 2008, p. 202.

7 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 33.

8 GARCÍA CAVERO, *ob. cit.*, p. 201.

9 *Id.*, p. 200.

10 *Ibid.*

11 SCHÜNEMANN, *ob. cit.*, pp. 10 y 11.

12 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N°10, 2008, p. 176. El mismo autor señala en el mismo sentido que se trata de abandonar el modelo de im-

Pues bien, el afán político criminal al que se ha hecho referencia se expresa, en términos dogmáticos, en la búsqueda de formas de imputación que alcancen o abarquen a quienes están al mando de la empresa desde la cual se cometió un determinado delito de modo tal que se evite las consecuencias de la “irresponsabilidad organizada”. En esa perspectiva, el presente artículo tiene por objeto abordar las figuras de autoría y participación que eventualmente pueden ser aplicables cuando un delito cometido desde la empresa es atribuible a decisiones tomadas por los órganos directivos de la misma.

## II. Imputación jurídico penal y autoría

Las normas sobre autoría buscan la determinación de un sujeto de imputación, una base para sostener que un acto específico, una cierta obra, un particular hecho, pueden ser considerados como propios de una persona<sup>13</sup>. En ese sentido, se puede señalar que no existe un autor en abstracto, sino que siempre se es autor de algo, por lo que éste no es quien reúne ciertos requisitos en abstracto, sino quien, en concreto, se conecta con el hecho típico de modo tal que se pueda afirmar que realiza la conducta descrita en el tipo respectivo, definición que implica un juicio de atribución.

Ahora bien, dicho lo anterior, no queda zanjado el modo en que la atribución se efectuará. Para ello será necesario precisar de qué modo se realizan los respectivos tipos penales. Una opción interpretativa consiste en apreciar el problema desde un punto de vista naturalista o mecánico-causal y adherir, junto con ello, a un concepto objetivo-formal de autor (que suele ser el correlato de la teoría de la equivalencia de las condiciones, teoría utilizada para imputar los resultados a la conducta en los tipos de resultado<sup>14</sup>) para, de la mano de él, sostener, como ejemplarmente lo hace Labatut, que “el calificativo de autor corresponde únicamente al que ejecuta los actos integrantes del tipo legal de que se trata”, recibiendo “la calificación de autor inmediato el individuo que ejecuta por sí mismo la acción constitutiva del tipo delictivo, haciendo realidad la hipótesis descrita en él”<sup>15</sup>. Como se puede apreciar, el autor citado está

---

putación “*bottom up*”, de abajo hacia arriba, a favor del modelo “*top down*”, de arriba hacia abajo. *Id.*

- 13 Cfr., ETCHEBERRY, *Derecho Penal Parte General*, t. II, 3ª ed, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 85.
- 14 Esto lo ejemplifica el planteamiento de Novoa, quien, respecto a los delitos de resultado y sosteniendo una concepción objetivo-formal de la autoría, señala que “[t]oda persona que pone una condición sin la cual el hecho típico no se hubiere realizado, se convierte en sujeto activo del tipo”, NOVOA MONREAL, Eduardo, “Algunas consideraciones sobre el concurso de personas en un hecho punible”, en *Revista de Ciencias Penales*, 1966, pp. 165 y 169, cit. por SOTO PIÑEIRO, Miguel. “La noción de autor en el Código Penal Chileno”, en *Gaceta Jurídica* N° 68, 1986, p. 18.
- 15 LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal, t I, Parte General*, 6ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1972, p. 357.

partiendo del presupuesto consistente en que es autor, solamente, el sujeto que realiza –en sentido mecánico-causal– de propia mano, la totalidad o parte de la acción descrita en el tipo, o de los actos necesarios para que el mismo se dé<sup>16</sup>.

En el ámbito empresarial, la consecuencia de una idea como la anterior consiste en que, en el mejor de los casos, sólo se llegaría a imputar responsabilidad penal a quien “mueve los dedos”, al trabajador, a quien “se encuentra en el último eslabón de la cadena”<sup>17</sup> y no a los “verdaderos responsables”<sup>18</sup>. Por esa razón, parece más correcto, conforme a las aportaciones de la dogmática contemporánea y a las nuevas valoraciones sociales en torno al reparto de responsabilidades<sup>19</sup>, considerar que la atribución de una conducta debe ser apreciada en términos normativos, por lo que, para verificar la tipicidad de ella, se deben utilizar los criterios proporcionados por la teoría de la imputación objetiva de la conducta o teoría de la conducta típica<sup>20</sup> (que no es sino el correlato de la teoría de la imputación objetiva del resultado, teoría utilizada para imputar los resultados a la conducta en los tipos de resultado). Pues bien, según la teoría de la imputación objetiva, realiza el tipo no (o no sólo) quien realiza la última aportación causal para efectos de generar el resultado previsto en el mismo, sino quien crea el riesgo prohibido que finalmente se realiza en el concreto resultado<sup>21</sup>. Gráficamente: quien crea el riesgo típico es “*el que*” en los distintos delitos de la parte especial que utilizan esa fórmula.

16 SOTO PIÑEIRO, *ob. cit.*, p. 17.

17 GARCÍA CAVERO, *ob. cit.*, p. 200.

18 HERNÁNDEZ BASUALTO, *ob. cit.*, p. 176.

19 Al respecto, Van Weezel señala que en los últimos años al menos dos casos de responsabilidad por el producto han dado cuenta de una nueva forma de comprender la distribución de responsabilidades al interior de la sociedad, a saber: el caso del mortal accidente de un bus interurbano en el puente sobre el río Tinguiririca (“caso Tur Bus”) y el caso de un producto farmacéutico supuestamente defectuoso que habría provocado la muerte de varios consumidores (“caso ADN”). Para el autor, el hecho de que en esos casos las imputaciones se dirigieran en primera línea contra quienes tomaron las decisiones claves que luego redundaron en la mala calidad del servicio o del producto “implica un cambio de importancia en la concepción que la sociedad tiene acerca de lo que significa ‘intervenir’ en un hecho delictivo”, VAN WEEZEL, Alex, “Intervención delictiva y galantismo penal”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 8/2009, disponible en [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com).

20 Wolfgang Frisch ha sostenido que la teoría del tipo no se puede construir exclusivamente sobre la base de criterios de imputación de resultados, razón por la cual adopta una perspectiva distinta a la sostenida por los defensores de la teoría “clásica” de la imputación objetiva, centrada en la conducta en sí. Desde esa perspectiva Frisch propone la distinción entre el juicio objetivo y normativo de desaprobación de la conducta (teoría de la conducta típica) y el juicio de imputación del resultado a la conducta desaprobada (teoría de la imputación objetiva). FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado* (trad. a cargo de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis), Marcial Pons, Madrid, 2004.

21 Cabe señalar, eso sí, que lo normal es que quien crea el riesgo sea, además, quien efectúa la última aportación causal para la producción del resultado, como ocurriría, por ejemplo, en un caso de homicidio mediante el disparo de un arma de fuego.

Elocuente a este respecto es Tiedemann, quien señala, ejemplarmente, que “productor” de alimentos adulterados no es quien utiliza [tanto] la máquina como la materia prima para fabricarlos, sino quien actúa en el tráfico como comerciante; no ‘capta’ clientes con actos engañosos, quien redacta los avisos publicitarios, los exhibe en escaparates o los difunde en la prensa y televisión, sino el titular del negocio que origina la publicidad”<sup>22</sup>. Lo anterior encuentra correlato en la práctica, ya que actualmente no es extraño que las imputaciones realizadas en el contexto de formalizaciones, acusaciones y condenas por delitos cometidos desde la empresa no se dirijan contra los trabajadores, sino contra quienes detentan el poder de decisión respecto de la concreta actividad empresarial que generó el resultado típico, y sin que ello implique la utilización de alguna forma de imputación especial que niegue específicamente la responsabilidad del operario, a pesar de su innegable aportación causal al resultado, limitándose la imputación a señalar al “sujeto de arriba” como autor en términos del art. 15 N°1 del CP.

Para efectos de delimitar el objeto de análisis en lo que sigue, se utiliza la clásica distinción entre imputación de la acción e imputación de la omisión<sup>23</sup>, centrando la atención en la primera de ellas para efectos de analizar en su seno las distintas posibilidades de calificación de intervención en el hecho. La imputación de la omisión (de deberes de vigilancia y cuidado) no será abordada en esta oportunidad<sup>24</sup>.

Conforme a lo señalado, serán responsables, a título de acción, en forma alternativa: a) quienes disponen que se realice la actividad peligrosa en las condiciones defectuosas (mediante instrucciones específicas impartidas directamente o a través de personas ubicadas en un rango inferior), o b) quienes, con poder de mando en la empresa, han organizado o bien gestionan defectuosamente, el funcionamiento de ese aspecto de la actividad empresarial, creando de ese modo el riesgo de una realización típica<sup>25</sup>.

Esta forma de entender el asunto en modo alguno es contradictoria con la concepción dominante en derecho nacional en materia de autoría y participación, a saber, la teoría del dominio del hecho, toda vez que, según ella, autor es quien controla el desarrollo del hecho teniendo el dominio o señorío sobre el curso del mismo<sup>26</sup>, señorío que se puede afirmar respecto de quien, estando al

22 TIEDEMANN, Klaus, “Parte general del derecho penal económico”, en *Anuario de Derecho Penal*, p. 21, disponible en [www.unifr.ch](http://www.unifr.ch).

23 Esto, sin pasar por alto que, desde el funcionalismo radical, se ha negado relevancia a la distinción (*vid.*, JAKOBS, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Universidad Externado de Colombia, 1996), la que, empero, sigue predominando en la doctrina y, con mayor fuerza aún, en la práctica.

24 Para un tratamiento de dicho tópico, *vid.* HERNÁNDEZ BASUALTO, *ob. cit.*, pp. 175-198.

25 HERNÁNDEZ BASUALTO, *ob. cit.*, p. 184.

26 Politoff, *et al*, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte General*, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 399.

mando de un ámbito de la organización empresarial, mediante la adopción de decisiones, crea riesgos típicos que se concretan en el resultado.

### III. Autoría del Art. 15 N°1 del CP<sup>27</sup>

En términos estrictos, para captar la conducta del autor individual, no es necesario recurrir a lo estipulado por el art. 15 CP, ya que su intervención se encuentra comprendida en los tipos de la parte especial o, en otros términos, su conducta se subsume directamente en el tipo respectivo<sup>28</sup>. Consecuentemente, se puede sostener que el art. 15 N°1 está concebido para captar hipótesis en las que intervienen en el hecho delictivo dos o más sujetos que pueden ser calificados como autores. Ello se sustenta, en la referencia a “los que” que hace la disposición y en la alusión a “tomar parte”, en cuanto dicha expresión evoca la idea de una realización típica parcial.

La doctrina confirma esa interpretación. Así, Garrido señala que “el N°1 del art. 15 reconoce dos formas de actuar del realizador individual del delito, y en ninguna de ellas requiere que sea el mismo ejecutor quien personalmente ejecute todo el hecho; se satisface con la realización de cualquiera actividad que ponga en desarrollo el proceso fáctico en que el delito consiste”<sup>29</sup>. Labatut, en tanto, señala que “los *coautores* [...] quedan comprendidos en el número primero del art. 15, porque toman parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa”<sup>30</sup>. Por su parte, Etcheberry señala que “[t]omar parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa [...] significa realizar por sí mismo, total o parcialmente, la acción típica descrita por la ley, o causar el resultado allí previsto por acto propio, sin valerse de intermediarios”. Por otro lado, agrega que “[s]i la ejecución es sólo parcial, no es estrictamente indispensable el concierto previo, pero siempre es necesaria la convergencia de voluntades, es decir, que todos los que toman parte en la ejecución lo hagan con conciencia de estar realizando el mismo hecho, que resulta una obra común”<sup>31</sup>. Aún más explícito a este respecto es Sergio Yáñez, quien señala que “[p]ara penar a quien realiza totalmente y por sí mismo el tipo penal, no se requiere recurrir al artículo 15 N°1, ya que son suficientes las disposiciones de la Parte Especial que describen

27 Art. 15 N°1 CP. “Se consideran autores: 1° Los que toman parte en la ejecución del hecho sea de una manera inmediata y directa sea impidiendo o procurando impedir que se evite”.

28 Soto Piñero señala que el primer autor nacional que decididamente considera dicha idea es Novoa y, adicionalmente, que ella ha llegado a ser la opinión mayoritaria en nuestra doctrina. SOTO PIÑERO, *ob. cit.*, p. 19. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso señalar que, en la práctica, tanto en querellas, formalizaciones, acusaciones y sentencias, se suele recurrir al art. 15 N°1 en conjunto con el tipo específico de la parte especial, para calificar la intervención del autor individual.

29 GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, p. 261. La cursiva es nuestra.

30 LABATUT, *ob. cit.*, p. 358. La cursiva es nuestra.

31 ETCHEBERRY, *ob. cit.*, p. 88.

los tipos delictivos”, agregando, en lo que interesa, que “[e]l artículo 15 en general se refiere a situaciones en que interviene en el hecho delictivo más de una persona. Esto es claro en el N°1 de la disposición citada, pues se habla de “tomar parte”, lo que *supone una contribución a la realización de un todo, interviniendo, entonces, diversas personas en esa realización*”<sup>32</sup>.

Por lo anteriormente señalado, la figura en comento, podría ser utilizada cuando, desde los presupuestos aquí asumidos, sean dos o más personas las que realicen el respectivo tipo penal. Piénsese, por ejemplo, en un proceso productivo en el que intervienen distintos órganos que detentan poder empresarial y que adoptan decisiones que, al coordinarse, redundan en la realización de un tipo penal.

#### **IV. Imputación de los directivos como inductores (15 N°2 del CP<sup>33</sup>) o como cómplices (Art. 16 del CP<sup>34</sup>)**

En términos generales, estas formas de imputación se podrían utilizar cuando se busque una fórmula para atribuir responsabilidad penal a los ejecutores materiales (normalmente, los trabajadores) y *además* a los sujetos de arriba, implicando sancionar a los primeros como autores y a los segundos como inductores o cómplices.

Sin negar *a priori* la posibilidad de que estas figuras sean aplicables en determinadas constelaciones fácticas, es preciso tener presente que, dado el principio de accesoriadad en la participación, quedaría descartada de plano la aplicación de estas figuras en la mayoría de los casos en que no se pueda afirmar la responsabilidad penal del trabajador<sup>35</sup>. Por lo demás, estas formas de intervención, en un importante porcentaje de hipótesis, serán contradictorias con la idea de que los sujetos de arriba son los “verdaderos responsables”, ya que a éstos se les sancionaría accesoriamente, radicándose el reproche penal principal en el ejecutor material. Al respecto, Muñoz Conde señala que estas figuras “no se ajustan correctamente a la naturaleza de este tipo de intervenciones o rebajan la importancia de las mismas a un lugar secundario que no concuerda con el destacado papel que desempeñan en el ámbito de la organizaciones”<sup>36</sup>.

32 YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, en *Revista de Ciencias Penales*, 1975, p. 56. La cursiva es nuestra.

33 Art. 15 N°2 CP. “Se consideran autores: 2° Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”.

34 Art. 16 CP. “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”.

35 Por ejemplo, cuando éste sufre un error de tipo, caso en el que, si concurren otras circunstancias, podría aplicarse la figura de la autoría mediata.

36 MUÑOZ CONDE, Francisco, “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?”, p. 8, disponible en [www.unifr.ch](http://www.unifr.ch).

## V. Coautoría del Art. 15 N°3 del CP<sup>37</sup>

Díaz y García Conlledo señala que, para la teoría del dominio del hecho, es coautor quien, en el marco de un acuerdo o plan común con división de funciones, aporta una contribución esencial al hecho en fase ejecutiva, siendo, por tanto, los elementos esenciales de la coautoría: el acuerdo o plan común, la esencialidad de la contribución del sujeto y la prestación de la contribución en fase ejecutiva<sup>38</sup>.

En el ámbito nacional, para Garrido concertarse importa unificar propósitos, establecer una intención común entre varias personas mediante la identificación de las diversas finalidades que pueden tener individualmente; pero concertarse –continúa el autor– involucra más, pues también significa pactar, acordar un negocio, por lo que comprende la aceptación de un plan conjunto de ejecución de la finalidad única<sup>39</sup>. Pero, además del concierto de voluntades, según Garrido, el N°3 del art. 15 exige que los sujetos que intervienen participen en alguna forma en la ejecución material<sup>40</sup>. Por su parte, Yáñez sostiene que en el art. 15 N°3 se trata de varias personas que realizan el hecho en diferentes funciones, de tal modo que cada aporte completa el aporte de los demás, configurando un hecho unitario, basándose esta forma de autoría en la división del trabajo y requiriendo de la decisión común respecto del hecho, el concierto previo y de la realización común del hecho<sup>41</sup>.

Entendidos los modelos anteriores en clave naturalista y aplicados a la imputación de “los de arriba” en una estructura empresarial, se presentan los siguientes problemas: a) dificultad en la afirmación de la existencia de *concierto previo*, en casos de empresas de grandes dimensiones en las que, consecuencialmente, existe una “distancia” considerable entre quien toma la decisión y el que la ejecuta; y b) tradicionalmente se ha interpretado la *ejecución común* como ejecución material, lo que normalmente no se verificará en el contexto de delitos cometidos desde la empresa, ya que los “sujetos de arriba” rara vez ejecutan materialmente el delito en cuestión.

En relación con las dificultades de configuración del mutuo acuerdo o concierto previo, Schünemann<sup>42</sup> afirma que “la figura de la coautoría no se puede

37 Art. 15 N°3 CP: “Se consideran autores: 3° Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”.

38 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Autoría y participación”, en *REJ* N°10, 2008, p. 30. En un sentido similar, aunque sin hacer referencia a la esencialidad de la contribución, MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 4, y NÚÑEZ CASTAÑO, *ob. cit.*, p. 168.

39 GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, p. 316.

40 *Id.*, pp. 319 y 320.

41 YÁÑEZ PÉREZ, *ob. cit.*, p. 59.

42 SCHÜNEMANN, *ob. cit.*, p. 18.

negar sólo con el argumento de que falta el mutuo acuerdo entre el principal y el órgano de ejecución, ya que la intensidad débil de la dimensión ‘mutuo acuerdo’ en la empresa sí podría compensarse con la estrecha vinculación objetiva de las aportaciones del principal y del órgano de ejecución”<sup>43</sup>.

Tratando de salvar el segundo obstáculo, Muñoz Conde aboga por distinguir entre coautoría ejecutiva, total o parcial, y coautoría en la que alguno o algunos de los coautores no están presentes en la ejecución del delito, para, con posterioridad, afirmar respecto de esta última que “si el fundamento de la coautoría es el llamado dominio funcional del hecho, lo importante no es ya o solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga, aunque no esté presente en su ejecución”<sup>44</sup>.

Dichas consideraciones no resultan contradictorias con las conclusiones a que se arribaría partiendo de lo postulado por la doctrina nacional, ya que ésta: a) ha interpretado la expresión “facilitar los medios” del art. 15 N°3 en forma amplia, estimando que incluye los medios intelectuales<sup>45</sup>, la que, por lo tanto, podría ser comprensiva de la intervención de un directivo empresarial; y b) adhiere mayoritariamente a la teoría del dominio del hecho, teoría en virtud de la cual se ha señalado por la I. Corte Suprema que la coautoría del art. 15 N°3 exige (más que el concierto, facilitar los medios o presenciarse el hecho), el dominio del hecho, esto es, el poder decidir la no consumación<sup>46</sup>, poder que normalmente tiene el directivo de una organización empresarial.

## VI. Autoría mediata

Para Roxin, un sujeto es autor mediato “[s]i hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad)”<sup>47</sup>. Dejando de

43 Para fundamentar dicha aseveración, Schünemann señala que la caracterización legal de la coautoría es tan general que se trata de un concepto tipo, es decir, de un concepto con varios elementos graduables (dimensiones), que no puede ser definido en el sentido clásico, sino que sólo puede ser concretizado a través de las reglas de aplicación a casos similares en las que las diferentes dimensiones se representan con distintas intensidades, respectivamente, de modo que, por ejemplo, la intensidad débil de un elemento pueda compensarse con la intensidad especialmente elevada de otro, pudiéndose de esta forma seguir viéndose el caso concreto como una forma de aparición del concepto-tipo. *Ibid.*

44 MUÑOZ CONDE, p. 4. En idéntico sentido, Nuñez Castaña, pp., 168 y 169.

45 YÁÑEZ PÉREZ, *ob. cit.*, p. 60.

46 Corte Suprema (recurso de casación en el fondo), Rol N°2.607-99, sentencia de fecha 14 de septiembre de 1999, cit. por MERA, Jorge/CASTRO, Álvaro, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, 3ª ed., LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 202 y ss.

47 ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, (traducido por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis) 7ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 337.

lado el supuesto de dominio de la voluntad por medio de estructuras de poder organizadas –que será analizado en el acápite siguiente– se puede señalar, sintéticamente, que la autoría mediata es una forma de autoría que recibe aplicación en casos en los que el que ejecuta materialmente no es responsable del hecho, tratándose de casos de autoría en solitario que sólo parecen de corresponsabilidad, dado que el autor mediato no actúa *con* el hombre de adelante sino *a través* de él.

Para poder afirmar la configuración de este tipo de autoría se requiere la verificación de un déficit del hombre de adelante, que tenga la eficacia de suprimir su responsabilidad penal por el hecho de que se trata, ya que, a su respecto, falta alguno de los elementos necesarios para afirmar dicha responsabilidad. Todo ello, claro está, en el supuesto que el déficit sea inimputable a quien resulta instrumentalizado. Ahora bien, el déficit en comento puede ser de dos tipos, según su origen. En primer término, puede tratarse de un déficit por coacción. Al respecto Roxin señala que “una coacción que presta al sujeto de detrás el dominio de la voluntad, convirtiéndolo en autor mediato, se da siempre que (pero sólo cuando) el ordenamiento jurídico exonera al agente de responsabilidad penal por su actuación, merced a la situación creada por el sujeto de detrás”<sup>48</sup>. Por lo tanto, se exige como estándar necesario de coacción el mismo que la ley usa para eximir de responsabilidad por fuerza irresistible o miedo insuperable (inexigibilidad de otra conducta)<sup>49</sup>. En segundo término, puede tratarse de un déficit por error: caso en el que rige el principio del saber superior, exigiéndose que el hombre de atrás sepa más, que detente un saber “supraordenado” del hecho y su contexto en relación al saber del hombre de adelante.

Para afirmar la configuración de una hipótesis de autoría mediata, empero, no basta con el déficit de quien es instrumentalizado, sino que se requiere la competencia correlativa del hombre de atrás, la que se puede fundar en su responsabilidad en el déficit del hombre de adelante o en su responsabilidad en el suceso en el que incide el déficit, como por ejemplo, por no haberlo sacado del error al instrumento cuando tenía el deber de hacerlo.

En el contexto de delitos cometidos desde la empresa, un número importante de supuestos se puede solucionar mediante la aplicación de esta figura, ya sea implícita<sup>50</sup> o explícitamente<sup>51</sup>. Nos referimos primordialmente a los casos en

48 ROXIN, *id.*, p. 193.

49 Roxin utiliza la expresión “estado de necesidad”, ROXIN, *id.*, p. 167. Al respecto, Ríos Arenaldi señala que dicha expresión corresponde a la exclusión de culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, por fuerza moral o miedo insuperable, del art. 10 N°9 del CP. RÍOS ARENALDI, Jaime, “De la autoría mediata en general y de si en Chile su inexpressividad legal constituye una laguna de punibilidad”, en *Política criminal* N°2, pp. 3 y 4, nota al margen 12.

50 Porque la responsabilidad de quien materialmente realiza la acción típica ni siquiera es problematizada.

51 Porque se hace referencia a la configuración de una autoría mediata, ya sea situándola en el respectivo tipo de la parte especial, en el art. 15 N°1 CP o en el art. 15 N°2 CP.

los que el operario que realiza la última aportación causal tiene un conocimiento muy fragmentario e incompleto del devenir que conduce a un resultado típico, por lo que, en definitiva, no sabe que está realizando la acción típica. A modo de ejemplo, a efectos de dilucidar la responsabilidad penal a efectos del art. 136 de la Ley 18.892<sup>52</sup>, pensemos en un trabajador cuya función es abrir diariamente, después de recibir la orden respectiva, una compuerta por la que se vierten legalmente residuos líquidos industriales a un cuerpo de agua. Pues bien, pensemos ahora que, en una oportunidad, dichos residuos contienen una concentración de agentes químicos en una cantidad superior a la establecida en la respectiva norma de emisión y, aun así, se ordena su vertido, lo que genera una mortandad de peces. En una situación como esa, puede ocurrir que el trabajador que abre la compuerta (quien, en términos del art. 136 de la Ley 18.892, “introduce agentes contaminantes en un cuerpo de agua”) no tenga conocimiento del carácter contaminante de los vertidos, por lo que, a su respecto, se podría afirmar que ostenta un déficit por error y, eventualmente, que fue instrumentalizado por quien, teniendo conocimiento del carácter de contaminante de los residuos, de todos modos, ordenó el vertido.

Ahora bien, es de la esencia de la autoría mediata que el hombre de adelante, que es el ejecutor material, sea un mero instrumento, razón por la cual la aplicación de esta figura se problematiza cuando aquel no actúa como instrumento. En dicho supuesto la autoría mediata tradicional cede paso a la autoría mediata mediante el dominio de aparatos organizados de poder, figura que se analiza a continuación.

## VII. Autoría mediata por dominio de la organización

Esta forma de autoría neutralizaría la objeción consistente en que en un gran número de casos resultaría contra intuitivo considerar el comportamiento de los sujetos de arriba como accesorio al de los trabajadores ejecutores materiales (lo que ocurriría, como ya se señaló, de considerar a los sujetos de arriba como inductores o cómplices de los trabajadores), ya que aquí tanto el ejecutor material como el sujeto que detenta el dominio de la organización serían autores.

Roxin afirma la necesidad de esta figura porque los casos que en ella debieran encuadrarse no podrían ser comprendidos como coautoría ni tampoco como inducción. No podrían ser comprendidos como autoría ya que falta la eje-

52 Art. 136 inc. 1° de la Ley 18.892. “El que introdujere o mandare introducir en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño a los recursos hidrobiológicos, sin que previamente hayan sido neutralizados para evitar tales daños, será sancionado con multa de 50 a 3.000 unidades tributarias mensuales. Si procediere con dolo, además de la multa, la pena a aplicar será la de presidio menor en su grado en su grado mínimo”.

cución “en común” y tampoco hay una colaboración con reparto de trabajo mediante aportaciones al hecho entrelazadas. Tampoco podrían ser comprendidos como inducción porque si bien es cierto hay una circunstancia en común con dicha figura (que el hombre de atrás provoca al que ejecuta inmediatamente el hecho), se diferencian porque el peso objetivo de las contribuciones al hecho está repartido de modo inverso en la inducción y en el dominio de la organización, existiendo, por tanto, una divergencia en el reparto de poder. El inductor se define por no estar en el centro de la decisión acerca de la comisión del delito, ya que da un impulso, pero entrega todo el dominio del hecho en manos del inducido, de modo tal que el inductor permanece fuera del suceso y ha dejado al que actúa inmediatamente la decisión de si y cómo será ejecutado el hecho. En el dominio organizacional, en cambio, decide el hombre de atrás, mientras que el hombre de adelante se ve involucrado casi por casualidad. El hombre de atrás en la palanca de mando del poder toma la determinante decisión de si el hecho debe ser ejecutado, mientras que el que ejecuta inmediatamente casi siempre llega sólo casualmente a la concreta situación de acción<sup>53</sup>.

Las condiciones del dominio de la organización son: a) Poder de mando, esto es, autoridad para dar órdenes y ejercicio de ella para causar realizaciones del tipo; b) Desvinculación del ordenamiento jurídico; c) Fungibilidad del ejecutor inmediato; y d) La considerablemente elevada disposición al hecho del ejecutor<sup>54</sup>.

Ahora bien, el problema que se plantea en el contexto de este análisis es si las reglas del dominio de la organización son trasladables a delitos cometidos desde la empresa<sup>55</sup>. A este respecto es el mismo Roxin quien señala que no se puede declarar autores mediatos a los superiores de empresas, si determinan a los empleados de su negocio a cometer delitos, debido a que, de las cuatro condiciones del dominio de la organización faltarán, generalmente, al menos tres, a saber: a) las empresas no trabajan por regla general desvinculadas del

53 ROXIN, Claus, “El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N°7, 2006, p. 13.

54 *Id.*, pp. 16-20.

55 Históricamente, el debate en torno a esa pregunta se torna intenso a partir de la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 26 de Julio de 1994, que resuelve los problemas de la responsabilidad criminal de los altos cargos de la antigua República Democrática de Alemania. En ella se declara que los miembros del Consejo de Seguridad Nacional son autores mediatos de las muertes producidas por los soldados de la frontera en el muro de Berlín. Los miembros del Consejo fueron los que dieron la orden de disparar y los soldados, obedeciendo la orden, los que dispararon a las personas que intentaban huir a través del muro de Berlín. El tribunal consideró a los altos cargos autores mediatos de los delitos de homicidio y a los soldados fronterizos autores inmediatos de los mismos hechos. Sin embargo, el Tribunal Supremo alemán va más allá y señala que “una autoría mediata así defendida es aplicable no sólo en el caso de abuso de poder estatal, sino también en casos de delitos organizados mafiosamente, y también los problemas de responsabilidad en el ámbito de la empresa se dejan solucionar así”. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *ob. cit.*, pp. 18 y 19.

Derecho, en tanto no se proponen deliberadamente desde un principio actividades criminales; b) falta la fungibilidad de los que estén dispuestos a acciones criminales; y c) tampoco se puede hablar de una disponibilidad al hecho considerablemente elevada de los miembros de la empresa porque, como muestra la realidad, la comisión de delitos contra el medio ambiente lleva consigo un considerable riesgo de punibilidad y también el riesgo de la pérdida del puesto en la empresa<sup>56</sup>.

De los obstáculos enumerados por Roxin, normalmente el más problemático será el primero, esto es, la desvinculación del derecho, la que, en otros términos, exige que el delito se cometa desde una “empresa criminal”. Ello, considerando que lo normal es que la empresa desde donde se cometa un delito no sea una tal “empresa criminal”, lo que implicaría que la forma de imputación en comento no sea aplicable a la generalidad de las empresas en el contexto de delitos económicos, ambientales o contra la salud pública.

## VIII. Conclusiones

1. La imputación en el contexto de delitos cometidos desde la empresa se configurará no (o no sólo) por el aporte mecánico-causal a la realización de un resultado, sino, fundamentalmente, por el hecho de la creación (o aumento) de un riesgo prohibido para el bien jurídico respectivo, riesgo que se ha manifestado en el concreto resultado, siendo responsables, por lo tanto, a título de acción, en forma alternativa: a) quienes, mediante instrucciones específicas, disponen que se realice la actividad peligrosa en las condiciones defectuosas, o b) quienes, con poder de mando en la empresa, han organizado o bien gestionan defectuosamente el funcionamiento de la actividad empresarial, creando de ese modo el riesgo de una realización típica. Esta perspectiva es compatible con la teoría del dominio del hecho, toda vez que se puede señalar que quien, teniendo poder sobre un ámbito empresarial, crea riesgos típicos que se realizan en el concreto resultado, es quien controla el desarrollo del hecho.
2. Ahora bien, para captar típicamente la conducta de un “sujeto de arriba” de la organización empresarial desde la cual se ha cometido un delito, que, en solitario, ha realizado el respectivo tipo penal mediante el ejercicio de su poder de decisión, no es necesario recurrir a las figuras del art. 15 CP, ya que su conducta se subsumiría directamente en el tipo penal respectivo, aunque, de la mano de la nomenclatura utilizada por los operadores jurídicos, también se podría afirmar la autoría del art. 15 N°1<sup>57</sup>. Dicha imputación podría

<sup>56</sup> *Id.*, p. 21.

<sup>57</sup> Con anterioridad ya se señaló que, en la práctica, las imputaciones al autor individual se suelen captar mediante la combinación del respectivo tipo de la parte especial y el art. 15 N°1 CP.

hacerse, como ocurre en muchos casos, sin siquiera tematizar la responsabilidad del operario ejecutor material, o bien, afirmando la configuración de una hipótesis de autoría mediata. Por lo demás, toda vez que el art. 15 N°1 está concebido para captar hipótesis en las que intervienen en el hecho delictivo dos o más sujetos que pueden ser calificados como autores, esta forma de imputación podrá ser utilizada cuando sean dos o más sujetos con poder dentro de la organización empresarial quienes adopten decisiones que, al coordinarse, redundan en la realización de un hecho típico.

3. En los supuestos en los que el subordinado-ejecutor es plenamente responsable, por regla general, debería descartarse el recurso a las figuras de la inducción o la complicidad para captar la conducta de los directivos de una empresa, ya que en virtud de dicho expediente el reproche penal más intenso se predicaría respecto del operario y no respecto de quienes detentan el real poder de determinación dentro de la estructura empresarial.
4. En hipótesis como las del número anterior debería preferirse la aplicación de la figura de la coautoría considerando al efecto que el déficit en la exigencia relativa al mutuo acuerdo o concierto previo puede compensarse con la estrecha vinculación objetiva de las aportaciones del principal y del órgano de ejecución. Asimismo, el déficit en la exigencia relativa a la ejecución (material) común se podría subsanar con la mayor intensidad en el control o dominio del hecho de quien no es ejecutor material del delito. Tales consideraciones no son contradictorias con las conclusiones a las que se puede arribar al respecto a partir de las representaciones generalizadas existentes en el derecho nacional, tales como la inclusión de los medios intelectuales en la expresión “facilitar los medios” del 15 N°3 y la centralidad atribuida al dominio del hecho (entendido como poder de decidir la no consumación) para interpretar la disposición ya referida.
5. Las soluciones anteriores debieran ser suficientes para alcanzar la conducta de quienes, detentando el poder empresarial, deciden la realización de un hecho típico, no siendo necesario recurrir a una figura que no se adecua perfectamente a las peculiaridades de la criminalidad de empresa, a saber, la autoría mediata mediante el dominio de aparatos organizados de poder.

## DELITOS TRIBUTARIOS Y RECOPIACIÓN DE ANTECEDENTES. COMENTARIOS A PROPÓSITO DE UN FALLO DICTADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Alejandro Moreira Dueñas<sup>1</sup>*

---

### Comentario:

#### 1. Los recursos y la sentencia

El pasado primero de diciembre de 2009, el Tribunal Constitucional resolvió dos recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que buscaban que dicha magistratura declarara que la aplicación de los artículos 34 y 161 N°10 del Código Tributario dentro del proceso penal resultaba contraria a la Constitución.

Acerca de estas normas, útil es recordar que el artículo 34 permite a los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos (en adelante e indistintamente, “El Servicio” o el “SII”) tomar declaraciones juradas a los contribuyentes, y el artículo 161 N°10 faculta a la misma institución a realizar actividades de incautación de documentación relacionada con el giro del negocio del presunto infractor, pudiendo solicitar el auxilio de la fuerza pública para ello. Estas normas tienen aplicación al interior del denominado proceso de “*recopilación de antecedentes*”, mecanismo en virtud del cual la autoridad tributaria recoge una serie de informaciones que puede ser utilizada como fundamento para que el Director del SII resuelva girar administrativamente un impuesto, o bien, interponer acciones penales, si estima que, finalizada la mencionada recopilación, se estaría en presencia de un delito tributario.

Cabe recordar que en nuestro país el ejercicio de la acción penal que emana de los delitos contemplados en el Código Tributario está reservada exclusivamente al Director del SII, quien también podrá solicitar al Consejo de Defensa del Estado que la ejerza, sin que el Ministerio Público pueda iniciar una investigación de oficio o por denuncia de terceros.

Volviendo a los recursos, destacamos que uno de los argumentos esgrimidos en ellos consistió en que la actividad de recopilación de antecedentes violentaba el artículo 83 de la Constitución Política, pues en virtud de dicho procedimiento se permitiría al SII realizar actividades que importan una investigación de hechos que podrían constituir delito, rol que, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, está reservado en forma exclusiva al Ministerio Público. Ello,

---

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

porque la facultad de tomar declaraciones o incautar documentación, corresponde a acciones que los fiscales pueden desarrollar en el marco de una investigación penal e incluso algunas de ellas requieren autorización judicial previa. De esta manera, las facultades entregadas al Servicio lo convierten, en opinión de los recurrentes, en un organismo que investiga, resuelve y afecta garantías constitucionales sin que previamente un juez lo autorice.

Conociendo de estos recursos, y pese a haber declarado su admisibilidad, el Tribunal declaró inadmisibles los requerimientos, pues en opinión de la mayoría de sus integrantes, “...la *‘recopilación de antecedentes’* por parte del Servicio de Impuestos Internos, a que alude el artículo 161, N°10, del Código Tributario, así como la facultad de requerir el testimonio de determinados contribuyentes, técnicos o asesores en la confección de una declaración de impuestos, a que se refiere el artículo 34 del mismo cuerpo legal, ya se ejercieron, sirviendo precisamente de base para la interposición de las querellas en contra de los requirentes en estos autos de inaplicabilidad”. Para concluir afirmando que “...los preceptos legales impugnados en este proceso de inaplicabilidad ya no podrán ser aplicados en el desarrollo de la causa RUC N°0710017208-3, RIT N°9504-2007, que substancia el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, incumpliendo el requisito de admisibilidad contemplado en el inciso undécimo del artículo 93 de la Carta Fundamental, referido a que las normas que se impugnen *‘puedan resultar decisivas en la resolución de un asunto’*, acogiendo de esta manera los argumentos que la Fiscalía señaló en estrados<sup>2</sup>.

Luego, puede apreciarse que no se emitió pronunciamiento de fondo al respecto, por lo que podría afirmarse que se mantiene la opinión que sobre el particular expresó el Tribunal Constitucional en los autos ROL N°349-2002, en

2 ROL 1246-08-INA y 1388-09-INA (acumulados). El fallo tiene además algunos aspectos de interés; en primer lugar, el ministro sr. Carmona promovió una indicación para que el TC no entrara a resolver el asunto de fondo planteado, pues a su juicio la Magistratura ya realizó un control de constitucionalidad preventivo en sentencia ROL N°349 de 30 de abril de 2002. La indicación fue rechazada por siete votos contra dos. En segundo lugar, destacamos que la sentencia que se comenta fue acordada con el voto en contra de los ministros sres. Bertelsen, Vodanovic y Fernández señalando que: *“la normativa impugnada constituye legislación de aplicación decisiva, en tanto los antecedentes y pruebas recopiladas en función de ella pueden llegar a constituir los elementos probatorios principales en el proceso penal, desde la fase de investigación hasta su término, en la medida que servirán para formar convicción ante el tribunal de juicio oral y contribuir a determinar si existe o no mérito suficiente para condenar al contribuyente”*. Más allá de la confusión terminológica, al equiparar el concepto procesal penal de prueba con los antecedentes obtenidos por el SII, es interesante destacar que, para los disidentes, los preceptos impugnados sí podrían tener aplicación en el proceso penal, cuestión sobre la cual surgen bastantes dudas pues, además de no considerar la posibilidad que durante la investigación de la Fiscalía puedan realizarse diligencias que confirmen o descarten la comisión de ilícitos tributarios (dañando de paso la presunción de inocencia), desconoce la distinta naturaleza del proceso criminal y la fase administrativa y, por último, no tiene presente que la “evidencia” obtenida por el SII no es equiparable al cuerpo del delito como si se tratara de un delito de sangre, nada más lejano a aquello, pues estamos en presencia de documentos que requieren análisis y conclusiones siendo esa la prueba, y no la materialidad que la administración pudo recopilar.

los que, a propósito del examen preventivo de constitucionalidad que se realizó respecto de la Ley 19.806 (las “leyes adecuatorias”) señaló: *“Que, siguiendo el principio tantas veces aplicado por este Tribunal ‘de interpretación de conformidad a la Constitución’, y a fin de precaver una eventual contradicción entre el nuevo numeral 10 del transcrito artículo 161 y el artículo 80 A de la Carta Fundamental, esta Magistratura aprueba la modificación a aquel precepto, en el entendido de que la ‘recopilación de antecedentes’ a que él se refiere no importa ni puede constituir una investigación de aquellas que se mencionan en el citado artículo 80 A y, por ende, que si en el transcurso de esa recopilación el Servicio verifica que existen motivos suficientes para iniciar una investigación por la posible comisión de un hecho que revista caracteres de delito que corresponda sancionar con multa y pena corporal, deberá abstenerse de continuar en dicha actuación”*. En otros términos, pueden perfectamente coexistir estos dos procedimientos, pues son distintos y persiguen diferentes objetivos, uno a cargo del ente persecutor penal y otro a cargo de un organismo estatal.

Ese, es por tanto, el estado de nuestra jurisprudencia al respecto, pero estimamos que este fallo constituye una buena excusa para los efectos de formular algunos comentarios en relación con este tema, como los que siguen a continuación.

## 2. Justificación del proceso de recopilación de antecedentes

¿Por qué existe la recopilación de antecedentes en Chile? ¿Por qué los delitos tributarios sólo pueden ser investigados una vez que el SII ejerce sus acciones criminales? Estas inquietudes pertenecen a la esencia de la política-criminal que ha orientado la persecución de los hechos ilícitos de naturaleza tributaria, por lo que, en los párrafos que siguen, trataremos de esbozar una breve respuesta a dichas preguntas, aunque es evidente que ellas requieren un análisis extenso y detenido que excede los límites de este artículo.

A este respecto, resulta importante tener presente que, en primer lugar, en nuestro país los delitos tributarios están consagrados exclusivamente en el Código Tributario<sup>3</sup>, en el interminable artículo 97 que, con una técnica legislativa muy objetable, combina infracciones penales con administrativas. Estas disposiciones criminales tienen distintas estructuras y consecuencias, pero, para efectos de este artículo, cabe hacer notar una notable diferencia entre ellas; nos referimos a la complejidad de las conductas incriminadas. En efecto, y a modo de ejemplo, los números 8 y 9 describen los delitos de comercio irregular y ejercicio efectivo del comercio clandestino, tipos penales que están

3 En el proyecto de Código Penal presentado por la Comisión del Foro Penal, los delitos tributarios pasan ahora a ubicarse en el Código punitivo en los artículos 316 y ss. Creemos que en dicha oportunidad se perdió una ocasión valiosa para realizar una reestructuración de los tipos penales, ya que en términos generales el proyecto contiene las mismas figuras que el actual artículo 97 del Código Tributario.

formulados de una manera muy simple y fácil de comprender por el destinatario de la norma, pero lo más importante para estos efectos, es que estos ilícitos en la mayoría de los casos no requieren de “*recopilación de antecedentes*”, ya que generalmente este tipo de hechos quedan al descubierto a propósito de la perpetración de delitos de otra naturaleza, como la venta de productos falsificados (libros, fonogramas, películas, ropa, etc.) los que casi siempre son detectados en primera instancia por la policía y luego comunicados por el Ministerio Público a la autoridad tributaria<sup>4</sup>, la que, si así lo decide, presentará las acciones penales correspondientes.

Lo anterior tiene una innegable importancia, pues la mayoría de los delitos tributarios que se han iniciado durante la reforma procesal penal corresponden a ilícitos de dicha clase, esto quiere decir que son minoritarias las oportunidades en que se ha iniciado un proceso penal a continuación que el SII ha culminado su “*recopilación de antecedentes*”. Las oportunidades en que fue necesario este último procedimiento, corresponden principalmente a casos de aprovechamiento del sistema tributario para obtener beneficios económicos, ya sea rebajando la carga tributaria, logrando restituciones de dinero producto de remanentes o aprovechándose indebidamente de mecanismos que la ley ha creado para incentivar determinadas actividades. En concreto, estamos hablando de facilitación de facturas falsas, uso e incorporación de las mismas a la contabilidad de un contribuyente, simulación de exportaciones, rebaja no permitida de costos, entre otras maniobras. Puede que existan otras acciones ilícitas que se enmarquen dentro de una planificación tributaria que sea irregular, pero ello ha llegado a sede penal en muy escasas ocasiones, al menos durante la vigencia del nuevo sistema penal.

En otro orden de ideas, es preciso señalar que los delitos tributarios no constituyen ilícitos de fácil constatación. En efecto, no se trata de un robo o de un simple fraude, quizás la acción u omisión investigada no tenga mayor complejidad (piénsese en el caso de la “compra” de una factura), pero siempre habrá un sistema impositivo relacionado, circunstancia que necesariamente hará más complejo el escenario. Creemos que este último punto es clave para entender la lógica de la política criminal tributaria.

En efecto, probablemente en la mente del legislador estuvo el objetivo de aprovechar del mejor modo la coexistencia de dos organismos como el Ministerio Público y el Servicio de Impuestos Internos, instituciones que juegan distintos roles, persiguen objetivos disímiles, pero que, tratándose de delitos tributarios,

---

4 Así lo dispone el artículo 162 inciso sexto del Código Tributario. Escenario que podría cambiar a propósito de estos delitos si se aprueba el proyecto de ley “contra el comercio ilegal” (Boletín N°5069-03) que dentro de sus disposiciones faculta a las Policías para denunciar directamente a la Fiscalía alguno de los delitos contemplados en los artículos 97 N°8 ó 9.

sin duda que debieran trabajar juntos en los ámbitos de su respectiva competencia.

Es evidente que uno de los objetivos de la reforma era mejorar el sistema de justicia vigente para toda clase de delitos, sin embargo, también era bastante claro que no todos los ilícitos pueden ser afrontados de la misma manera, con los mismos recursos, ya que estos últimos siempre serán escasos, siendo necesario que la Fiscalía centre sus objetivos en la organización de la persecución de las infracciones de “*mayor impacto social*”. Luego, creemos que este factor, entre otros, ayudó al legislador a tomar la decisión de reorganizar la forma en que los delitos tributarios serían investigados en Chile, para establecer un sistema en que el Ministerio Público constituya el órgano central de la persecución que cuente siempre con la colaboración de un ente especializado que actúe como una especie de guía en esta materia. Esto último es un principio general en materia de investigación, ya que el artículo 19 del Código Procesal Penal dispone que la Fiscalía podrá solicitar colaboración de cualquier servicio público para indagar la comisión de un hecho que podría constituir delito. Además, no debe olvidarse que el SII al presentar acciones penales pasa a tener la calidad de interviniente, por lo que le asisten todos los derechos y facultades que el Código Procesal Penal contempla para los querellantes.

Pero en materia tributaria era necesario agregar un matiz, sobre todo teniendo presente que la detección de alguna de las maniobras antes mencionadas siempre quedará en evidencia cuando se analice el comportamiento tributario de un contribuyente, labor que no realiza el Ministerio Público, sino que el Servicio de Impuestos Internos al revisar las declaraciones y operaciones que correspondan, y especialmente, al constatar que alguna de ellas no encajen dentro del perfil del contribuyente. A primera vista, que un comerciante aparezca vendiendo tres veces más mercadería que el mes anterior, no tiene por qué constituir alguna irregularidad, por el contrario, el sistema económico vigente impulsa el crecimiento personal que supuestamente llevará el progreso y bienestar de toda la sociedad, por lo que si una persona ha mejorado sus ventas es sin duda una situación favorable respecto de la cual no hay motivo para desconfiar. Sin embargo, ese mismo contribuyente, para seguir con el ejemplo, en algún momento deberá declarar sus impuestos y entregar a la autoridad los antecedentes relacionados con este explosivo aumento de ventas, y no porque el Estado desconfíe, sino porque es una carga y obligación vinculante para todos los ciudadanos, momento en que la documentación entregada debe ser estudiada y analizada, y en el cual podría presentarse el primer indicio de alguna irregularidad.

En este punto se marcan las diferencias entre nuestro sistema y el de otros países. En España, por ejemplo, la agencia tributaria tiene la obligación inmediata de denunciar estos hechos y abstenerse de cualquier otra actividad respecto del contribuyente en cuestión. A continuación, el ente persecutor inicia un pro-

cedimiento que podría terminar en una acusación y posterior juicio. En Alemania y Estados Unidos, por su parte, la autoridad tributaria tiene las mismas facultades que la Fiscalía para investigar hechos de naturaleza penal tributaria, es decir, un mismo organismo es el que concentra toda la actividad investigativa, pudiendo incluso fijar el monto de los impuestos adeudados. En Francia, a su turno, antes que la autoridad pueda denunciar, se realiza una “instancia previa” ante un Comisión de infracciones que sólo si así lo estima, autorizará la presentación de acciones ante el Ministerio Público que tendrá a su cargo la investigación de los hechos<sup>5</sup>. En Perú, en cambio, cuando el órgano administrador del tributo considera que existen indicios de la comisión de un delito tributario, comunicará este hecho inmediatamente al Ministerio Público, ente que iniciará la investigación pero no podrá formalizarla sin un informe *motivado* de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria<sup>6</sup>.

En Holanda, por último, al igual que en Chile, se estableció un procedimiento distinto, ya que probablemente se consideró que escenarios como los arriba descritos aún no eran suficientes para echar a andar toda la maquinaria de persecución penal, entonces se tomó una decisión distinta, entregándose al Servicio de Impuestos Internos las herramientas necesarias para determinar si efectivamente en las operaciones cuestionadas existen irregularidades (no delitos) o hay un cambio en el comportamiento tributario del contribuyente o simplemente éste hizo un buen negocio.

A nuestro parecer, esta actividad no la puede realizar cualquier persona, es mucho más eficiente que sea alguien especializado en la materia quien pueda analizar la información disponible e incluso pueda llevar adelante algunas actuaciones para corroborar o descartar hipótesis, y nunca podrá descartarse la posibilidad que el contribuyente no quiera colaborar, ya que probablemente para él no sea agradable someterse a un proceso de fiscalización, especialmente si tiene algo que esconder.

Es aquí donde cobra plena justificación el sistema de “*recopilación de antecedentes*” y las otras facultades que la ley otorga al Servicio de Impuestos Internos. Todas ellas responden a una lógica de eficiencia que casi no admite reparos, ¿cómo el Estado se asegura que la recopilación de antecedentes sea correcta? Obviamente, poniendo a cargo de dicho procedimiento a los funcionarios más capacitados para ello, y esperando que utilicen sus atribuciones con racionalidad, sin incurrir en arbitrariedades y asegurando al afectado la posibilidad de recurrir a una instancia judicial donde pueda cuestionar la actuación del

5 Primer informe del observatorio administrativo previsto en el convenio de 30 de junio de 2005 entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Secretaría de Estado de Justicia en materia de prevención y lucha contra el fraude fiscal. España, diciembre de 2006, disponible en [www.aeat.es](http://www.aeat.es)

6 PAREDES CASTAÑEDA ENZO, *Los delitos tributarios en el Perú*. Editorial Cuzco SAC, Lima, Perú, 2007, p. 97.

órgano fiscalizador. ¿Todo esto para qué? Para que el Director del Servicio tenga la posibilidad de decidir con la mayor cantidad de antecedentes, seriamente obtenidos, si ejercerá o no una acción penal que persiga la responsabilidad penal del supuesto infractor.

Entonces, el diseño político-criminal es bastante claro, se busca asegurar al Estado el mayor rendimiento de sus servicios y dejarlos actuar en los ámbitos de su competencia, y si a esto le agregamos la obligación de todos los organismos estatales de colaborar con la investigación penal, queda en evidencia que el sistema de “*recopilación de antecedentes*” como etapa previa a la investigación penal, asegura la racionalidad y no inflación penal-tributaria, fenómeno que se presenta con frecuencia en naciones que no tienen este sistema y que, en definitiva, provoca una fuerte sensación de impunidad por este tipo de hechos.

Estas razones “prácticas” que, para parte de la doctrina nacional no tienen tanto peso<sup>7</sup>, marcan una decisión de diseño que, estimamos, asegura una persecución racional y no arbitraria de los delitos tributarios.

En cuanto a las razones por las cuales sólo el Director del SII puede promover la instancia penal, además de ser coherente con la mantención de la facultad de recopilar antecedentes en el propio Servicio, podría también cobrar relevancia una de las características más reconocidas del derecho penal: su naturaleza de *ultima ratio*, en la medida que efectivamente se promuevan los acuerdos que eviten llegar a sede penal para la solución del conflicto<sup>8</sup>.

### 3. Algunos problemas y alternativas para superarlos

Las anteriores consideraciones no quieren decir que la sistemática creada a propósito de los delitos tributarios no esté exenta de reparos. Por el contrario, y más aún cuando la reforma procesal penal está todavía fresca en nuestro país, la práctica ha demostrado que efectivamente se presentan algunos problemas que la legislación no ha previsto. A continuación nos referimos sólo a alguno de ellos.

Es evidente que las atribuciones del SII, como por ejemplo, la de tomar declaraciones juradas o entrar en el domicilio de un contribuyente para incautar documentación, no pueden ejercerse una vez que el proceso penal ya está en marcha, a menos que se trate de períodos tributarios investigados distintos, y

7 VAN WEEZEL, Alex, “Delitos Tributarios”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2006, p. 158.

8 La propia legislación da un mensaje en este sentido en la medida que acepta la posibilidad que en materia de delitos tributarios existan acuerdos reparatorios, incluso existiendo en abstracto un evidente interés en la persecución penal, pues estos ilícitos atacan de manera importante el orden público económico, eso sí, establece límites en cuanto a los mínimos de los montos respectivos, develando que en esencia se trata de un problema que puede solucionarse de una manera distinta a la imposición de una condena.

aun en ese escenario, pareciera aconsejable que, si existen sospechas que las acciones u omisiones investigadas corresponden a un patrón reiterado en el tiempo, se enmarque su indagación dentro del proceso penal, pues cabe recordar que en dicho procedimiento el Servicio ya figura como denunciante o querellante, luego, perfectamente puede o ampliar sus acciones o solicitar diligencias a la Fiscalía.

Por otro lado, los antecedentes recopilados, piénsese en libros contables, facturas, boletas, guías de despacho, etc., constituyen evidencia que, luego de ser analizada, sustentará la acción penal del SII y generalmente será acompañada al Ministerio Público. ¿Qué puede hacer un fiscal con dicha evidencia? La primera obligación sin duda será custodiarla, ¿pero podrá introducirla en un juicio oral? Previo a ello debió desarrollarse una audiencia de preparación de juicio oral en la cual se podría discutir la “constitucionalidad” y legitimidad de la obtención de dicha evidencia. Aquí es útil ahondar en alguna de las consideraciones anteriormente expuestas<sup>9</sup>.

Como primera idea, es preciso destacar que la documentación incautada por sí sola no demuestra ningún delito tributario, en otras palabras, de la simple lectura de una factura no es posible colegir que se ha cometido un delito tributario, para ello será indispensable utilizar dicha factura y cotejarla con otros antecedentes. Incluso cuando la factura es materialmente falsa, la sola materialidad de ella no demuestra nada.

Por lo tanto, la documentación incautada por el SII en su proceso de recopilación de antecedentes no tiene por qué razón constituirse en prueba introducida al juicio oral, además porque probablemente ello en nada ayude al Tribunal a determinar los hechos. La prueba la constituirá la declaración del funcionario del SII que analizó dicha factura y el cotejo con otros antecedentes que pueden ser la declaración de otra persona o la revisión de algún registro contable o cuenta corriente, etc., también siempre podrán existir testigos que declaren sobre los hechos materia de juicio.

Pareciera que algunas veces no se toma en consideración la separación de etapas en el proceso penal, ya que la investigación a cargo de la Fiscalía no puede llevarse adelante sin contar, al inicio, con los antecedentes que el Servicio aportó en su querrela, que son aquellos que provienen de la recopilación de anteceden-

9 Para algunos autores “...la inclusión de los antecedentes recopilados por el Servicio entre aquellos que constituyen la investigación del Fiscal, sin lugar a dudas autorizará la alegación de nulidad conforme a los artículos 159 y ss del Código Procesal Penal, o, posteriormente, podrán ser excluidos de acuerdo al citado art. 276, por provenir de una investigación efectuada por la autoridad administrativa pretiriendo la garantía fundamental del procedimiento de investigación que, garantizado en el art. 19 N°3 de la Constitución Política del Estado, el art 83 del mismo Código fundamental entrega de manera exclusiva al Ministerio Público”. ULLOA ROSAS, LUIS E. “Investigación del delito tributario” en Revista de Derecho y Ciencias Penales N°9 / 2007. Universidad San Sebastián, Concepción, Chile, p. 94.

tes, pues estos orientan la indagación del fiscal. Es evidente que si, por ejemplo, se objeta una operación que se refleja en una factura, probablemente la Fiscalía decreta diligencias para corroborar su veracidad, luego, ya no es importante el papel, sino que el resultado de la investigación. A mayor abundamiento, si un fiscalizador tomó declaraciones juradas, la Fiscalía siempre contará con dos opciones, o tomar declaración al funcionario (que es testigo de oídas) o citar nuevamente a la persona que declaró en sede administrativa pero ahora para que declare ante el fiscal (que puede ser un testigo o el propio imputado, que siempre gozará de todos los derechos respectivos). Por último, si el Servicio aportó antecedentes que la propia autoridad generó o que ya están en su poder, como algún certificado o declaración de impuestos, ¿cuál sería el sentido de no incorporarlos a la carpeta y nuevamente pedirlos al SII? Razones de economía procesal recomiendan simplemente agregarlos a la carpeta y decretar diligencias a su respecto. Cosa completamente distinta es su incorporación al juicio, que es la única etapa procesal en que podemos hablar técnicamente de prueba.

No se nos escapa la crítica a la legitimidad del procedimiento que permitió al funcionario hacerse de dicha factura o revisar los libros contables, pero justamente dicha actuación se enmarca dentro del ejercicio de la potestad tributaria del Estado, y además no debe dejarse de lado que la ley otorga al contribuyente la posibilidad de reclamar de ello ante los Tribunales, quienes decidirán en última instancia si el procedimiento administrativo fue apegado o no a la ley, pues no puede olvidarse que si, por ejemplo, un juez (civil) declara que la recopilación de antecedentes fue arbitraria, la Fiscalía puede reiterar las diligencias objetadas, ya que el proceso penal constituye una etapa distinta, y por lo mismo, durante la investigación el fiscal podrá solicitar incluso al SII un informe pericial para que analice los mismos antecedentes que ahora el Ministerio Público ha obtenido, fundándose para ello en el ya mencionado artículo 19.

Afirmar lo contrario, sería abrir un flanco de impunidad que no puede tolerarse ya que transformaría a los delitos tributarios en imposibles de perseguir y juzgar, y además concretaría una de las tantas críticas que desde Sutherland se hacen a la delincuencia económica, a saber: el trato diferenciado y la escasa sanción a quienes cometen este tipo de actos.

### **Sentencia:**

Santiago, primero de diciembre de dos mil nueve.

### **VISTOS:**

En la causa Rol 1246-08, con fecha 6 de octubre del año 2008, el señor

P.E.G.Y. ha deducido ante este Tribunal Constitucional un requerimiento a los efectos de que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 161, N°10, del Código Tributario, específicamente de sus incisos primero, segundo, tercero y cuarto, en la causa criminal que se sigue en su contra por supues-

tas infracciones tributarias, RIT 9504-2007, RUC 0710017208-3, que se encuentra pendiente ante el 9° Juzgado de Garantía de Santiago. Con fecha 14 de octubre de 2008, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró admisible este requerimiento y dispuso, además, la suspensión del procedimiento en el que incide.

Consta a fojas 214 que el día jueves 29 de enero de 2009 se verificó la vista de esta causa a la que concurren, conforme al correspondiente certificado, los siguientes ocho Ministros de este Tribunal Constitucional: señores Juan Colombo Campbell (Presidente), José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señor Francisco Fernández Fredes.

Consta asimismo, a fojas 215, que, culminada la vista de la causa y con igual fecha, el Tribunal decretó tres medidas para mejor resolver, habiéndose cumplido todas ellas según se puede constatar a fojas 220, 221 y 223 de estos autos.

Por otra parte, el señor Jorge Correa Sutil, quien estuvo presente en la vista de la causa, según se indicó, cesó en su cargo de Ministro del Tribunal Constitucional antes de que se tomara conocimiento del resultado de las medidas para mejor resolver y se adoptara el respectivo acuerdo para decidir, en definitiva, el asunto planteado en estos autos de inaplicabilidad, por lo que no se reunía el quórum exigido para adoptar el correspondiente acuerdo. La circuns-

tancia anotada hizo necesario, para cumplir con la normativa constitucional y legal pertinente (artículos 92 y 93, inciso primero, N°6°, e inciso undécimo, de la Constitución y 17 de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional), decretar una nueva vista de la causa, dejando sin efecto la celebrada, mediante resolución dictada el 11 de agosto del año en curso.

En cuanto concierne a la causa Rol 1388-09, que se acumuló a la recién mencionada por resolución del Tribunal, fechada el 11 de agosto del año en curso, la señora J.C.N.R., mediante presentación de 15 de mayo de 2009, requiere a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 34 y 161, N°10, del Código Tributario, en la misma causa judicial ya individualizada, en la que ella aparece como querellada, junto al señor G.Y.. Esta acción fue declarada admisible por la Segunda Sala en sentencia de fecha 23 de junio de 2009, decretándose igualmente la suspensión del procedimiento en la gestión pendiente de que se trata.

Como antecedentes relevantes de aquella gestión invocada en ambos requerimientos, se pueden mencionar los siguientes: que ésta se inició por querrela interpuesta por el Servicio de Impuestos Internos en contra de los requirentes de estos autos constitucionales, por su presunta participación en los delitos contemplados en el artículo 97, N°4, incisos primero y segundo, del Código Tributario. Consta también en el expediente tenido a la vista que el

Ministerio Público ha formalizado la respectiva investigación sin que a la fecha se haya fijado su plazo de término. Además, previo a la presentación de la aludida querrela criminal y en ejercicio de las facultades que le son asignadas en el N°10 del artículo 161 del Código Tributario, el Servicio de Impuestos Internos desarrolló un procedimiento denominado “recopilación de antecedentes” respecto de las actividades comerciales desarrolladas por el señor G.Y. y, en ejercicio de la potestad prevista en el artículo 34 del mismo Código, se le tomó declaración a la señora N., en su calidad de asesora tributaria del señor G.

EN CUANTO AL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO EN LA CAUSA ROL 1388-09 CON RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 34 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO EN EL PROCESO JUDICIAL SUB LITE.

Para la requirente, señora N.R., la facultad entregada al Servicio de Impuestos Internos por dicho precepto legal debiera ser declarada “inaplicable por inconstitucionalidad para este caso en particular”, en razón de lo establecido en el artículo 83 de la Carta Fundamental, en relación con lo prescrito en los artículos 180 y 190, del Título I del Libro Segundo del Código Procesal Penal, denominado “Etapa de Investigación”. En otros términos, la requirente formula una crítica respecto del hecho de que el mencionado órgano administrativo haya procedido a llevar adelante una verdadera “investigación criminal” en

su contra, sin que haya intervenido el Ministerio Público, conforme a las reglas constitucionales y legales que regulan el proceso penal. Dentro de la misma argumentación, la actora estima igualmente transgredido, por la aplicación del precepto legal reprochado, el artículo 19, N°2°, de la Constitución Política.

CON RESPECTO AL N°10 DEL ARTÍCULO 161 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, QUE CONSTITUYE EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO EN AMBOS REQUERIMIENTOS.

Como cuestiones generales y previas:

Los requirentes manifiestan que el Servicio de Impuestos Internos, en aplicación de tal precepto legal, habría efectuado actuaciones y diligencias que importaron una real investigación en el sentido del artículo 83 de la Constitución, lo que habría implicado una aplicación inconstitucional de la norma impugnada para el caso en particular. En este sentido, se pide expresamente a este Tribunal Constitucional resolver “si existe oposición entre el artículo 161, N°10, del Código Tributario y la Constitución, en cuanto a la facultad del Director del Servicio de Impuestos Internos para ordenar diligencias y/o actuaciones” que, a su juicio, serían “constitutivas de una investigación en el sentido del actual artículo 83 de la Constitución Política del Estado (anterior artículo 80 A), sin autorización judicial previa”.

Se hace hincapié, en este punto, en que este mismo Tribunal Constitu-

cional, en fallo de 30 de abril de 2002 (considerando 34°), declaró constitucional el N°10 del artículo 161 del Código Tributario, con el entendido de que la referida “Recopilación de Antecedentes” no importa ni puede constituir una investigación de las que se mencionan en el artículo 80 A (actual 83), y que, por ende, si durante el desarrollo de tal actuación administrativa el Servicio de Impuestos Internos verifica que existen motivos suficientes para iniciar una investigación por la posible comisión de un delito que deba sancionarse con multa y pena corporal, debe abstenerse de continuar. A juicio de los requirentes, tal declaración del Tribunal Constitucional no inhibe la presentación de un requerimiento de inaplicabilidad en contra del mismo precepto legal, más aun cuando, en su concepto, el mencionado Servicio lo ha utilizado de manera contraria a esas consideraciones.

También los actores recuerdan que en sentencia Rol 198, de 1995, esta Magistratura declaró inconstitucional una normativa similar referida al Consejo de Defensa del Estado.

Se afirma, por último, que el mismo Servicio ha continuado revisando antecedentes incluso con posterioridad a la formulación de la querrela de que se trata, lo que debiese ser materia de la investigación llevada adelante por el Ministerio Público en la causa criminal sub lite.

Fundamentos constitucionales para apoyar la acción de inaplicabilidad deducida respecto de la norma legal citada.

1. El precepto impugnado vulneraría los artículos 1°, 6° y 7°, en relación con lo dispuesto en los artículos 5° y 19, N°2°, de la Constitución Política:

Básicamente en los requerimientos se expresa que las facultades que se entregan al Servicio de Impuestos Internos en la norma cuestionada no son controlables en sede judicial, por lo que ello acarrea la nulidad de todo lo que el órgano realice en contra de los derechos reconocidos en la Carta y en los tratados internacionales ratificados y vigentes. Se puntualiza, asimismo, que no sería razonable, desde la perspectiva de la igualdad ante la ley asegurada constitucionalmente, que una norma legal como la impugnada admita que un imputado en un proceso penal goce de todas las garantías y derechos consagrados en la Ley Fundamental mientras que en un procedimiento administrativo, como el desarrollado en este caso por el Servicio de Impuestos Internos, un contribuyente, como el señor G., o un tercero, como la señora N., tengan que conformarse con los escasos derechos procesales consagrados en el artículo 161, N°10, inciso final, del Código Tributario.

2. En relación con lo dispuesto en el N°3°, incisos cuarto y quinto, del artículo 19 de la Constitución:

Se afirma que la regulación legal de la denominada “Recopilación de Antecedentes” sería contraria a la garantía constitucional consistente en un procedimiento e investigación racionales

y justos. La exigencia de aprobación judicial previa que establece el artículo 83 de la Carta Fundamental aquí no se habría respetado. Inclusive, se dice que el reclamo en contra de las resoluciones adoptadas por el Servicio de Impuestos Internos que la misma norma legal impugnada contempla, no obsta al cumplimiento de aquéllas.

A juicio de los accionantes se infringe, además, la garantía de que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, ya que el Departamento de Investigación de Delitos Tributarios ejerce jurisdicción al estar facultado para “hacer ejecutar lo resuelto”.

En cuanto al inciso quinto del precepto constitucional invocado, se objeta que el referido servicio público pueda adoptar la resolución de allanar con el auxilio de la fuerza pública, incautar documentos, incluso en un lugar que no es el domicilio del contribuyente y, con posterioridad, si así lo decide libremente, deducir la correspondiente querrela o denuncia. A entender de los requirentes, en todos estos casos el Servicio de Impuestos Internos estaría ejerciendo jurisdicción en sentido amplio, pero sin que exista un procedimiento en la ley que garantice eficazmente los derechos de los afectados, por ejemplo: no existe el emplazamiento, es decir, sería de carácter secreto; no se señala plazo para la recopilación de antecedentes; no se contempla la asistencia de abogado defensor ni se otorgan recursos ordinarios o especiales para objetar las actuaciones del mismo organismo.

Recuerdan, en este punto, que esta Magistratura Constitucional se refirió al debido proceso al revisar la constitucionalidad del proyecto de ley orgánica constitucional del Ministerio Público, en su sentencia de 28 de septiembre de 1999, y, de este modo, si dicho organismo se encuentra sometido a la garantía del debido proceso, con mayor razón debe estarlo el Servicio de Impuestos Internos.

Señalan, asimismo, que la Contraloría General de la República, en dictamen N°6635, de 11 de febrero de 1988, ha confirmado la inexistencia legal del Departamento de Investigación de Delitos Tributarios del Servicio de Impuestos Internos y que, en el caso concreto que los afecta, éste habría actuado, transformándose en una comisión especial prohibida por el ordenamiento constitucional.

### 3. En relación con el inciso sexto del N°3° del artículo 19 de la Carta Fundamental:

Se señala que los incisos segundo y tercero del N°10 del artículo 161 del Código Tributario, impugnado, se refieren al “presunto infractor”, por lo que, a juicio de los actores, éstos vulneran el principio de inocencia reconocido en la norma constitucional referida.

Señalan, asimismo, que dichas normas legales facultarían al Director del Servicio de Impuestos Internos, en base a simples presunciones obtenidas de un procedimiento administrativo denominado “Recopilación

de Antecedentes”, para ordenar medidas que implican afectar derechos fundamentales y, en ese aspecto, la requirente insiste en sostener que conforme a lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley Fundamental sólo corresponde al Ministerio Público investigar hechos delictivos y, para ello, ordenar medidas cautelares que afecten derechos o bienes de las personas, pero con previa autorización judicial, y eso es lo que, precisamente, no contemplaría la norma contenida en el N°10 del artículo 161 del Código Tributario que se impugna.

Agregan que la presunción de inocencia formaría parte del “bloque constitucional de derechos, porque está asegurado y garantizado tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y, a mayor abundamiento, indican que tales derechos constituyen límites a la soberanía, por disposición del artículo 5° de la Carta Fundamental, según ya lo ha reconocido la Corte Suprema. También el principio de inocencia, según sostienen los requirentes, formaría parte del derecho al debido proceso, como establecen el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

#### 4. En relación con los numerales 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución Política:

En el libelo se afirma que la norma impugnada también es contraria a

tales garantías constitucionales que reconocen lo que en doctrina se conoce como el “derecho a la intimidad de que gozan las personas y su familia”.

Por otra parte, en cuanto al respeto a la privacidad, se hace hincapié en lo señalado por este Tribunal Constitucional en sentencia Rol 181, de 2 de noviembre de 2004, y, también, a lo que declaró en su fallo Rol 389-2003, sobre la Unidad de Análisis Financiero (considerandos 16°, 17°, 18°, 19°, 20°, 21°, 22° y 23°).

Luego se agrega que, en este caso, las medidas adoptadas por el Servicio de Impuestos Internos incluso se habrían ejecutado en la casa particular de un tercero no contribuyente, como es el caso de la señora J.C.N.R., que trabajaba como asesora tributaria del señor G.Y..

#### 5. En relación con el principio de legalidad en el establecimiento de tribunales de justicia (artículos 19, N°3°, incisos cuarto y quinto; 38, inciso segundo, y 76 de la Constitución):

Los requirentes manifiestan que la orden emanada del Jefe del Departamento de Investigación de Delitos Tributarios del Servicio de Impuestos Internos, que dispone una incautación y/o un allanamiento con fuerza pública, sería ejecutada “Por Orden del Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos”, sin que exista emplazamiento previo de los afectados. Aducen, asimismo, que, en este caso, un servicio público se

habría arrogado facultades de tribunal de justicia, en circunstancias que la “Recopilación de Antecedentes” prevista en el artículo 161, N°10, del Código Tributario sólo puede operar en ejercicio de facultades administrativas fiscalizadoras, es decir, no puede implicar el desarrollo de una investigación en el sentido del artículo 83 de la Constitución. Agregan que, a pesar de que el precepto impugnado “forma parte de una modificación efectuada por ley orgánica constitucional con arreglo a lo preceptuado en la disposición quinta transitoria de la Carta Fundamental, ello no excluye la contradicción” que se produce entre la aplicación de aquél y las normas permanentes de la Carta.

6. Por último, en cuanto concierne a la eventual afectación de la garantía del numeral 26° del artículo 19 de la Ley Fundamental:

Sólo en el requerimiento deducido por el señor P.G.Y. –Rol 1246-09– se afirma que los incisos segundo, tercero y cuarto de la disposición del Código Tributario que impugna “en ningún caso respetan la esencia de todos los derechos fundamentales señalados”, fundando tal aserto en que dicha disposición “regula sus efectos hasta extremos que, en la práctica, imposibilitan la plenitud de su vigencia o comprimen su contenido a términos inconciliables con su fisonomía” y, a continuación, cita algunas consideraciones de la Sentencia Rol N°943, dictada por esta Magistratura Constitucional, en las

que se reconoce la fuerza obligatoria de los principios y valores rectores de la Carta Suprema en la interpretación del alcance de la protección constitucional de los derechos fundamentales y se reitera la doctrina previa de este mismo Tribunal Constitucional en cuanto entiende, en el contexto de la disposición constitucional invocada, que “un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible (sentencia Rol 43, de 24 de febrero de 1987, considerando 21°)”.

Evacuando el traslado conferido en los autos, el Servicio de Impuestos Internos formuló las siguientes consideraciones, a los efectos de que los requerimientos fueran rechazados en todas sus partes:

Comienza el organismo refiriéndose al sentido y alcance del artículo 161 del Código Tributario, dentro del cual se ubica el precepto que se ha impugnado en estos autos, indicando, en síntesis, que éste constituiría “la piedra angular del procedimiento general para la aplicación de sanciones administrativas”. Luego, en cuanto al numeral 10 de la misma norma, indica que éste entrega al Director del Servicio facultades o potestades administrativas orientadas a la recopilación de antecedentes que sería necesaria para que pueda adoptar la decisión que por ley le compete privativamente –según el artículo 162 del mismo Código–, en relación con el ejercicio de la acción penal por hechos constitutivos de delito tributario.

A continuación, aludiendo a la aplicación de la norma legal impugnada al caso concreto de los requirentes de estos autos, el organismo señala que ha sido “gracias a la utilización del procedimiento de recopilación de antecedentes y a la utilización de las facultades de incautación de documentación tributaria, que se logró determinar” que el señor P.G.Y. “había incurrido en gravísimas conductas constitutivas de infracción a la normativa tributaria (conforme a lo dispuesto en el N°4 del artículo 97 del Código Tributario), las que consistieron concretamente en la contabilización de una gran cantidad de facturas falsas, como sustento de IVA Crédito Fiscal, en los períodos julio de 2006 a febrero de 2007”. Además, según señala el Servicio, dicha persona, en el mismo período indicado, habría deducido “indebidamente de la base imponible del Impuesto a la Renta costos legalmente rechazados, lo que en definitiva conduce a la existencia de evasión tributaria”.

También se afirma que no sería efectivo lo señalado por el señor G. en su requerimiento, en cuanto a que se le estarían requiriendo nuevos antecedentes por parte de ese organismo administrativo, en circunstancias de que ya se habría iniciado una investigación en su contra a cargo del Ministerio Público. Lo anterior, por cuanto lo que ese Servicio hace actualmente es llevar adelante una recopilación de antecedentes que afecta al actor, pero respecto de un período comercial posterior -mayo a julio del año 2007- al que fue objeto del primer procedimiento administrativo que derivó en

el proceso criminal que se sigue en su contra ante el 9° Juzgado de Garantía de esta ciudad y cuya investigación lleva adelante el Ministerio Público, como corresponde en derecho.

Aduce el Servicio de Impuestos Internos que “si se detectan nuevas irregularidades de carácter tributario” está obligado a ejercer las acciones que correspondan, acompañando todos los antecedentes del caso al Ministerio Público.

En cuanto concierne a los razonamientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad planteados en el libelo, el organismo administrativo observa, en síntesis, que en general los requerimientos estarían planteados en términos que permitirían concluir que lo que se busca es que esta Magistratura califique la actuación desarrollada por el Servicio al llevar a cabo su labor de fiscalización respecto de los actores y, por consiguiente, no se pretende un pronunciamiento sobre los posibles efectos inconstitucionales que podría generar la aplicación de las normas legales impugnadas en un asunto judicial pendiente.

Por otra parte, se afirma que si no existiera el numeral 10 del artículo 161 del Código Tributario impugnado, el organismo no podría cumplir su misión de servicio, como órgano que integra el Estado, y, más concretamente, indica que “sería imposible tomar conocimiento de hechos constitutivos de delito tributario, con lo que en realidad se imposibilitaría completamente el ejercicio posterior de la acción penal o la aplicación de

sanciones de otra índole”. Por consiguiente, la norma legal de que se trata, impediría el ejercicio arbitrario de la acción penal en materia tributaria, lo cual constituiría una garantía y no una vulneración de las normas que integran las bases fundamentales de la Constitución que se han invocado por los actores de estos autos.

El mismo organismo público hace hincapié en que la norma legal en cuestión sí contempla herramientas eficaces para impugnar judicialmente las actuaciones que se desarrollen en ejercicio de las potestades que aquélla le entrega a la autoridad tributaria y que ellas también dejarían de aplicarse, en este caso, si se acogiera la pretensión que se hace valer, generándose, de tal forma, un efecto negativo para el propio requirente.

Sobre la eventual vulneración de las garantías reconocidas en el N°3° del artículo 19 de la Constitución Política, el Servicio de Impuestos Internos niega que la norma legal impugnada contenga un procedimiento que pueda calificarse como irracional e injusto por el solo hecho de que se inicie sin necesidad de contar con autorización judicial, como estima el requirente. Lo anterior, por cuanto aquél es de naturaleza administrativa y no jurisdiccional a cargo de un tribunal de justicia. En lo demás, insiste el organismo en señalar que dicho procedimiento administrativo cumple con las exigencias de racionalidad y justicia a que se refiere el texto constitucional citado.

Se añade que ni el Servicio ni ninguna de sus dependencias habrían

actuado como “comisión especial” en este caso concreto, contrariamente a lo que afirman los requirentes en sus respectivos libelos, pues, según se manifiesta, lo que se ha hecho es ejercer, de manera directa o delegada, una potestad administrativa que la ley le asigna y de conformidad a las reglas también determinadas en la legislación vigente.

En cuanto al principio de inocencia que se ha invocado como eventualmente vulnerado por la aplicación en este caso del artículo 161, N°10, del Código Tributario, el Servicio de Impuestos Internos asevera que ello no sería efectivo, por cuanto, en caso alguno, se está imputando o atribuyendo responsabilidad penal a una persona cuando se inicia un procedimiento de recopilación de antecedentes al amparo del mencionado precepto legal, ni tampoco cuando se ordenan las medidas específicas de aposición de sellos o de incautación de documentación contable. Lo que se hace, como ya se ha señalado, es llevar a cabo una serie de actuaciones de orden administrativo que permiten al organismo ejercer su rol fiscalizador del cumplimiento de las normas tributarias por parte de los contribuyentes y, de esta forma, eventualmente detectar irregularidades a los efectos de efectuar la correspondiente denuncia ante la justicia para que ésta determine la responsabilidad y las sanciones que deberán ser aplicadas. El organismo hace hincapié en el hecho de que la descrita es una situación que se repite respecto de otros organismos de la Administración que cumplen funciones de

control de la actividad de los particulares.

Luego, en cuanto a la posible contravención de los numerales 4° y 5° del artículo 19 de la Ley Fundamental, el Servicio la niega, ya que, según entiende, el N°10 del artículo 161 del Código del Ramo contendría precisamente las excepciones a las que estas disposiciones constitucionales aluden.

En otro orden de consideraciones, el organismo público afirma que en los requerimientos no se ha expresado de qué manera concreta podría verse vulnerada la garantía contenida en el numeral 26° del artículo 19 de la Carta Fundamental por la aplicación de la disposición legal que impugnan y que ello se explicaría porque tal contravención no existiría en este caso, conforme a los argumentos que se han entregado con relación al resto de las normas constitucionales invocadas.

Finalmente, en cuanto a la posible contravención del principio de legalidad en el establecimiento de los tribunales de justicia que también se denuncia, el Servicio de Impuestos Internos primeramente resalta el hecho de que se ha errado en la individualización de algunas normas constitucionales que consagrarían tal principio, aludiendo concretamente a la equivocada referencia a los artículos 73, inciso primero, y 74, inciso primero, lo que lleva a sostener que esta parte del requerimiento no contendría una impugnación razonablemente fundada, en los términos exigidos por la norma de la Consti-

tución que contempla la acción de inaplicabilidad. En seguida, y sin perjuicio de lo anterior, el organismo entrega criterios que permitirían diferenciar la actividad jurisdiccional de aquella meramente administrativa, y también aquellos que servirían para distinguir los rasgos característicos de la potestad sancionadora de la Administración. Lo anterior le sirve de fundamento al organismo administrativo para insistir en que la norma impugnada en autos constituiría la atribución a ese Servicio “de las herramientas necesarias para el cumplimiento de sus cometidos legales, sin que ello importe la adopción de una decisión que afecte en forma definitiva el patrimonio de terceros, estableciendo derechos o imponiéndoles obligaciones”, es decir, sin que se le autorice a ejercer funciones jurisdiccionales o que permita desarrollar actuaciones propias de una investigación judicial, y todo esto, agrega el Servicio, tal como ya lo declaró esta Magistratura Constitucional en la sentencia Rol 349, del año 2002, que también ha sido citada en el requerimiento.

A su turno, el Ministerio Público se hizo parte en estos autos y pidió al Tribunal tener presente las siguientes observaciones a los efectos de instar por el rechazo de los requerimientos deducidos:

El referido organismo público argumenta en el sentido de que el N°10 del artículo 161 del Código Tributario, impugnado, regula “una actividad distinta de la investigación criminal” que se le entrega a dicha institución, y también recuerda el pronuncia-

miento emitido en la materia por este Tribunal Constitucional en su sentencia Rol 349.

Sin perjuicio de lo anterior, el mismo organismo se encarga de señalar que “la persecución penal de los delitos tributarios (...) sólo (se) puede iniciar por denuncia o querrela del Servicio de Impuestos Internos y el Consejo de Defensa del Estado, en su caso”, y que esta situación está vinculada con la atribución asignada a dicho Servicio para fiscalizar a los contribuyentes.

Por otra parte, aduce que la acción deducida no puede prosperar, atendido que la norma legal que se impugna “ya ha sido aplicada por el órgano facultado para ello en el desarrollo de una actividad previa que se encuentra agotada”, como lo es el denominado procedimiento de “recopilación de antecedentes”, y que actualmente lo que enfrentan los requirentes es un procedimiento diferente, de carácter penal, que se encuentra en etapa de investigación a cargo de la competente Fiscalía del Ministerio Público, “de suerte que el efecto negativo” que persiguen los actores (que no se aplique el precepto legal impugnado para la resolución del asunto sub lite) es “imposible”.

Por lo anterior, el organismo afirma que el artículo 161, N°10, del Código Tributario no puede estimarse decisivo en la resolución del conflicto penal pendiente que se ha invocado por los requirentes en estos autos.

Señala también que de la lectura del libelo se puede inferir que se persigue

que la inaplicación de la norma legal impugnada incida en la valoración que haga el juez competente respecto de la licitud o ilicitud de la prueba agregada a la respectiva investigación penal, lo que, a su entender, sería dar un efecto errado al requerimiento de inaplicabilidad deducido, ya que es al Juez de Garantía a quien le corresponde pronunciarse en el caso sub lite y, de acogerse el requerimiento, no le está permitido “aplicar la disposición legal objeto del reproche”.

Agrega el Ministerio Público que el hecho de que una persona esté siendo investigada criminalmente no la exime, en tanto contribuyente, de las actividades fiscalizadoras del Servicio de Impuestos Internos, como parece entender erradamente la parte requirente.

A juicio del Ministerio Público, la acción deducida debiera ser rechazada, además, porque contendría una objeción abstracta que no es propia de la naturaleza de aquélla.

Por último, se niega la veracidad de la afirmación que se formula por los actores en autos, en orden a que previo al inicio del proceso de recopilación de antecedentes por parte del Servicio de Impuestos Internos, en este caso, el contribuyente estaba siendo investigado por el Ministerio Público, acompañando antecedentes que así lo demostrarían.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 3 de septiembre de dos mil nueve se procedió a la vista conjunta de las causas acumuladas, oyéndose los alegatos de los abogados señor

Ricardo García Matus, por los requirientes, señor Patricio Silva-Riesco Ojeda, por el Servicio de Impuestos Internos, y señor Hernán Ferrera Leiva, por el Ministerio Público.

## CONSIDERANDO:

### I. El conflicto constitucional sometido a esta Magistratura.

**PRIMERO:** Que el artículo 93, inciso primero, N°6° de la Constitución Política de la República dispone que es atribución de este Tribunal Constitucional “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”;

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

**TERCERO:** Que, como se ha señalado en la parte expositiva, don

E.P.G.Y. y doña J.C.N.R. han requerido a este Tribunal Constitucional la declaración de inaplicabilidad del artículo 161, N°10, del Código Tributario, en el proceso criminal que se sustancia ante el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago por supuestas infracciones tributarias, RIT 9504-2007, RUC 0710017208-3. En relación con la misma gestión pendiente, la señora N. ha impugnado, asimismo, la aplicación del artículo 34 del Código Tributario. Las acciones de inaplicabilidad deducidas se fundan en que la aplicación de los referidos preceptos legales, en la causa judicial individualizada, resultaría contraria a los artículos 1°, 6°, 7° (en relación con el artículo 5°), 19 N°s 2° y 3°, incisos tercero, cuarto y quinto (debió decir cuarto, quinto y sexto, respectivamente), 4°, 5° y 26°, 38, inciso segundo, 73 (debió decir 76), inciso primero, 74 (debió decir 77), inciso primero, 83 y Disposición Quinta Transitoria de la Constitución Política;

**CUARTO:** Que para la acertada resolución del asunto planteado a esta Magistratura, es pertinente recordar que los preceptos legales impugnados en estos autos señalan:

*“Artículo 34. Están obligados a atestiguar bajo juramento sobre los puntos contenidos en una declaración, los contribuyentes, los que hayan firmado y los técnicos y asesores que hayan intervenido en su confección, o en la preparación de ella o de sus antecedentes, siempre que el Servicio lo requiera, dentro de los plazos de prescripción. Tratándose de sociedades esta obligación recaerá, además, sobre los socios o administradores que*

señale la Dirección Regional. Si se trata de sociedades anónimas o en comandita, están obligados a prestar ese juramento su presidente, vicepresidente, gerente, directores o socios gestores, que, según el caso, indique la Dirección Regional”.

*“Artículo 161. Las sanciones por infracción a las disposiciones tributarias, que no consistan en penas corporales, serán aplicadas por el Director Regional competente o por funcionarios que designe conforme a las instrucciones que al respecto imparta el Director, previo el cumplimiento de los trámites que a continuación se indican:*

*10. No se aplicará el procedimiento de este Párrafo tratándose de infracciones que este Código sanciona con multa y pena corporal. En estos casos corresponderá al Servicio recopilar los antecedentes que habrán de servir de fundamento a la decisión del Director a que se refiere el artículo 162, inciso tercero.*

*Con el objeto de llevar a cabo la recopilación a que se refiere el inciso precedente, el Director podrá ordenar la aposición de sello y la incautación de los libros de contabilidad y demás documentos relacionados con el giro del negocio del presunto infractor.*

*Las medidas mencionadas en el inciso anterior podrán ordenarse para ser cumplidas en el lugar en que se encuentren o puedan encontrarse los respectivos libros de contabilidad y documentos, aunque aquél no corresponda al domicilio del presunto infractor.*

*Para llevar a efecto las medidas de que tratan los incisos anteriores, el funcionario encargado de la diligencia podrá recurrir al auxilio de la fuerza pública,*

*la que será concedida por el Jefe de Carabineros más inmediato sin más trámite que la exhibición de la resolución que ordena dicha medida, pudiendo procederse con allanamiento y descerrajamiento si fuere necesario.*

*Contra la resolución que ordene dichas medidas y sin que ello obste a su cumplimiento, podrá ocurrirse ante el juez de letras en lo civil de turno del domicilio del contribuyente, quien resolverá con citación del Jefe del Servicio del lugar donde se haya cometido la infracción. El fallo que se dicte sólo será apelable en lo devolutivo.”;*

**QUINTO:** Que el conflicto constitucional cuya decisión se solicita a este Tribunal, de conformidad con lo planteado por ambos requirentes, permite distinguir las siguientes infracciones constitucionales:

1. A la regularidad con que deben proceder los órganos del Estado en sus respectivas actuaciones, de conformidad con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, de modo que si los actos realizados por el Servicio de Impuestos Internos al ejercer las facultades contenidas en los artículos 34 y 161, N°10, del Código Tributario no son controlables por la vía judicial y contravienen derechos constitucionales (garantizados por la propia Carta Fundamental o por tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes), ello acarrea la nulidad de derecho público de las referidas actuaciones;

2. A la igualdad ante la ley, garantizada por el artículo 19 N°2° de la Ley Suprema, en la medida que se pro-

duciría una discriminación arbitraria para el contribuyente a quien se aplican las medidas de tomarle declaración jurada sobre ciertos hechos que investiga el Servicio de Impuestos Internos, así como de recopilar antecedentes que obran en su poder sin los derechos y garantías que, en situaciones similares, gozan los imputados en un proceso penal;

3. Al principio de legalidad del Tribunal y a la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales, a que alude el numeral 3°, inciso cuarto, del artículo 19 de la Carta Fundamental, así como los artículos 38, inciso segundo, y 76 de la misma, desde el momento que un órgano administrativo —el Servicio de Impuestos Internos— estaría ejerciendo jurisdicción en estos procedimientos de “recopilación de antecedentes” al estar facultado para ejecutar lo resuelto;

4. Al principio del debido proceso legal, garantizado en el inciso quinto de la misma norma antes aludida, que exige que las investigaciones y los procedimientos sean racionales y justos, lo que, en la especie, no ocurriría, toda vez que el Servicio de Impuestos Internos puede proceder afectando derechos constitucionales de los contribuyentes sin previa autorización judicial. A juicio de los requirentes, esta situación cobra aun mayor gravedad si se tiene presente que el Servicio puede adoptar la resolución de allanar o de incautar documentos con el auxilio de la fuerza pública, incluso en un lugar que no corresponda al domicilio del contribuyente;

5. A la presunción de inocencia que estaría asegurada en el inciso sexto del artículo 19 N°3° de la Constitución Política, como también en los tratados internacionales que conforman “el bloque de constitucionalidad”, en el sentido de que las normas impugnadas se refieren al “presunto infractor” y permiten adoptar en su contra una serie de medidas que afectan derechos fundamentales en base a simples presunciones;

6. A los derechos a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia, así como a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, garantizados por el artículo 19 de la Ley Fundamental, en sus numerales 4° y 5°. Ello en la medida que la jurisprudencia emanada de este Tribunal Constitucional ha puesto especial énfasis en la protección de la intimidad, en un sentido amplio, limitando los casos en que ese valor puede afectarse, con mayor razón cuando, como en este caso, tales afectaciones pueden alcanzar a un tercero no contribuyente como la señora N.;

7. A la protección de la esencia de los derechos antes aludidos, asegurada en el numeral 26° del artículo 19 de la Carta Política, pues los preceptos legales impugnados regulan las medidas que puede adoptar el Servicio de Impuestos Internos hasta extremos que, en la práctica, imposibilitan la plenitud de la vigencia de esos derechos o comprimen su contenido a términos inconciliables con su fisonomía;

8. Al artículo 83 de la Constitución, según el cual las investigaciones des-

tinadas a perseguir las conductas delictivas sólo pueden ser realizadas por el Ministerio Público y no por un órgano administrativo como el Servicio de Impuestos Internos;

## II. Cuestiones previas que deberán resolverse.

1. Improcedencia del pronunciamiento del Tribunal por haber operado la cosa juzgada constitucional.

**SEXTO:** Que, previo a la decisión sobre la inaplicabilidad de los preceptos legales que se impugnan en esta oportunidad, y al adoptarse el acuerdo respectivo, el Ministro Carlos Carmona Santander promovió indicación para que este Tribunal no entrara a resolver el asunto de fondo planteado, toda vez que, tal como lo indicaron los requirentes, por sentencia de 30 de abril de 2002, recaída en el Rol N°349, esta Magistratura controló la constitucionalidad del artículo 161, N°10, del Código Tributario, en los términos interpretativos que se recuerdan a continuación:

*“Que, siguiendo el principio tantas veces aplicado por este Tribunal ‘de interpretación de conformidad a la Constitución’, y a fin de precaver una eventual contradicción entre el nuevo numeral 10 del transcrito artículo 161 y el artículo 80 A de la Carta Fundamental, esta Magistratura aprueba la modificación a aquel precepto, en el entendido de que la ‘recopilación de antecedentes’ a que él se refiere no importa ni puede constituir una investigación de aquellas que se mencionan en el citado artículo 80*

*A y, por ende, que si en el transcurso de esa recopilación el Servicio verifica que existen motivos suficientes para iniciar una investigación por la posible comisión de un hecho que revista caracteres de delito que corresponda sancionar con multa y pena corporal, deberá abstenerse de continuar en dicha actuación.”* (Considerando 34°) (El subrayado es nuestro).

**SÉPTIMO:** Que, de esta forma, y a juicio del Ministro autor de la indicación, nos encontraríamos ante la situación prevista en los artículos 37, inciso segundo, y 47, inciso segundo, N°2, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que impide que esta Magistratura pueda resolver de manera distinta en sede de inaplicabilidad, lo resuelto en el control preventivo de constitucionalidad, si estamos frente a la invocación del mismo vicio. Si bien estos preceptos, en la época en que se tomó el presente acuerdo, que sirve de base a esta sentencia, no estaban vigentes, pues no se había publicado la ley que los incorporó al ordenamiento jurídico –cosa que sucedió con la Ley N°20.381, publicada en el Diario Oficial el 28 de octubre de 2009, no hacen más que consagrar principios que armonizan adecuadamente el control preventivo con el control represivo de preceptos legales; lo que permite su plena aplicación. Más todavía, si se realizó en la sentencia invocada una única interpretación posible, lo que obliga a esta Magistratura a su respeto y consideración;

**OCTAVO:** Que, sometida a votación la indicación antes referida, ella fue desechada por siete votos con-

tra dos, sobre la base de entender que dicha norma es aplicable sólo a los casos en que se ejerce el control abstracto y preventivo de constitucionalidad y no, como en este caso, el control concreto de preceptos legales que ya se han incorporado al ordenamiento jurídico;

## 2. Improcedencia del pronunciamiento del Tribunal por no ser decisivos los preceptos legales impugnados en la decisión del asunto sub lite.

**NOVENO:** Que, desechada la indicación precedente, corresponde que este Tribunal se haga cargo de una segunda cuestión previa al pronunciamiento de fondo, alegada por el Ministerio Público, tanto en su escrito de observaciones a los requerimientos como en estrados. Dicha cuestión consiste en que esta Magistratura no podría entrar a resolver el conflicto de constitucionalidad planteado en estos autos, debido a que las normas legales que se impugnan *“ya ha(n) sido aplicada(s) por el órgano facultado para ello en el desarrollo de una actividad previa que se encuentra agotada, como lo es el denominado procedimiento de ‘recopilación de antecedentes’”*. Agrega el Ministerio Público que lo que ahora enfrentan los requirentes es un procedimiento diferente, de carácter penal, que se encuentra en etapa de investigación a cargo de la competente Fiscalía del Ministerio Público. Así, resultaría que el artículo 161 N°10 –y también el artículo 34– del Código Tributario no podrían estimarse decisivos para la resolución del conflicto penal pendiente que se

ha invocado como gestión pendiente en estos autos;

**DÉCIMO:** Que, como puede apreciarse, la referida alegación del Ministerio Público incide en un requisito de admisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad contemplado en el inciso undécimo del artículo 93 de la Carta Fundamental, de modo que si aquélla se acogiera, resultaría inoficioso entrar a analizar si, efectivamente, la aplicación de los preceptos legales que se impugnan por los requirentes podría producir efectos contrarios a la Constitución;

**DECIMOPRIMERO:** Que el precepto constitucional aludido establece que el examen del requisito que se pretende incumplido en la especie y la respectiva declaración de inadmisibilidad corresponde hacerlos a cualquiera de las salas del Tribunal, sin ulterior recurso. Este examen fue realizado en las causas materia de autos por la Segunda Sala, admitiendo los requerimientos a tramitación por resoluciones de 14 de octubre de 2008 y de 23 de junio de 2009, respectivamente. Sin perjuicio de ello y atendido que la Sala consideró que este requisito se encontraba suficientemente cumplido *“para el solo efecto de pronunciarse sobre su admisibilidad”* (considerando 7° de ambas resoluciones), así como considerando el derecho que tienen las partes a que el Tribunal resuelva todas y cada una de sus alegaciones, esta Magistratura entrará al examen del mismo, tal como ha procedido en anteriores ocasiones (sentencias Roles N°s. 821, 946, 1029 y 1046);

**DECIMOSEGUNDO:** Que, de conformidad con los certificados de 2 de septiembre de 2008 y de 1° de abril de 2009, extendidos por la Jefe de Causas y Sala del Noveno Juzgado de Garantía de Santiago en relación con una y otra causa, respectivamente, los que fueron oportunamente acompañados en estos autos, la gestión pendiente en que inciden ambos requerimientos, RUC 0710017208-3, RIT N°9504-2007, se originó por querrela deducida por el Servicio de Impuestos Internos por los delitos tributarios del artículo 97 N°4, incisos primero y segundo, del Código Tributario, en contra, entre otros, de P.E.G.Y. y de doña J.C.N.R.. Se indica que la formalización de ambos imputados se produjo con fecha 6 de diciembre de 2007, agregándose que la causa *“se encuentra actualmente en tramitación en la etapa de investigación ante el Ministerio Público.”* (El subrayado es nuestro);

**DECIMOTERCERO:** Que sobre la base de las certificaciones recordadas es posible sostener que la “recopilación de antecedentes” por parte del Servicio de Impuestos Internos, a que alude el artículo 161, N°10, del Código Tributario, así como la facultad de requerir el testimonio de determinados contribuyentes, técnicos o asesores en la confección de una declaración de impuestos, a que se refiere el artículo 34 del mismo cuerpo legal, ya se ejercieron, sirviendo precisamente de base para la interposición de las querrelas en contra de los requirentes en estos autos de inaplicabilidad;

**DECIMOCUARTO:** Que la afirmación anterior se ve corroborada al examinar el acápite signado con la letra d) de la certificación extendida por la Jefe de Unidad de Causas y Sala del Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, acompañada en los autos rol N°1246, que señala: “Expresamente consta, en el segundo otrosí de la querrela de autos, lo siguiente: “Sírvasse tener presente que serán acompañados al Ministerio Público, en cadena de custodia, los siguientes documentos.” *Que el punto N°3 del otrosí en cuestión señala el “Informe Pericial N°87-C, de 26 de julio de 2007, emanado de los funcionarios fiscalizadores del Departamento de Investigación y Delitos Tributarios, doña Mónica Rubilar, doña Janet Rodríguez Villafán y don Héctor Zúñiga Verdugo, quienes efectuaron la recopilación de antecedentes respecto de los delitos, materia de esta querrela.”;*

**DECIMOQUINTO:** Que, en consecuencia, los preceptos legales reprochados por los requirentes ya fueron aplicados, constituyendo base de la interposición de las respectivas querrelas que han seguido tramitándose ante el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago de conformidad con las normas vigentes en materia procesal penal. Según éstas, el Ministerio Público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, de los que determinaren la participación punible y de los que acreditaran la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley (artículos 83 de la Constitución Política y 3° del Código Procesal Penal);

**DECIMOSEXTO:** Que, en este mismo sentido, cualquier eventual vulneración de los derechos de los querrelados como consecuencia de la investigación que actualmente desarrolla el Ministerio Público -y no el Servicio de Impuestos Internos- debe ser impedida por el respectivo Juez de Garantía en virtud de lo previsto en el artículo 10 del Código Procesal Penal, cuyo inciso primero precisa: *“En cualquier etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.”;*

**DECIMOSÉPTIMO:** Que, a mayor abundamiento, el artículo 276 del Código Procesal Penal permite al juez de garantía excluir en el juicio oral aquellas pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales (inciso tercero). De esta forma, si el propio juez de garantía estimare que en el proceso de recopilación de antecedentes efectuado por el Servicio de Impuestos Internos antes del inicio de la gestión pendiente de que se trata se han vulnerado derechos fundamentales de los imputados, podría llegar a excluir del juicio oral los antecedentes probatorios recopilados en forma ilícita;

**DECIMOCTAVO:** Que de lo anteriormente razonado se sigue que los preceptos legales impugnados en este proceso de inaplicabilidad ya no podrán ser aplicados en el desarrollo de la causa RUC N°0710017208-3, RIT N°9504-2007, que substancia el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, incumpliendo el requisito de admisibilidad contemplado en el inciso undécimo del artículo 93 de la Carta Fundamental, referido a que las normas que se impugnen “puedan resultar decisivas en la resolución de un asunto”, por lo que ambos requerimientos deben ser rechazados;

**Y VISTO** lo prescrito en los artículos 1°, 5°, inciso segundo, 6°, 7°, 19 N°s. 2°, 3°, incisos cuarto, quinto y sexto, 4°, 5° y 26°, 38, inciso segundo, 74, 83, 93, inciso primero, N°6°, e inciso décimo primero, y Disposición Quinta Transitoria de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, modificada por la Ley N°20.381,

**SE RESUELVE:**

**Que se rechazan los requerimientos deducidos por don E.P.G.Y. y por doña J.C.N.R..**

**Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en los autos substanciados por el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 0710017208-3, RIT N°9504-2007, oficiándose al efecto a dicho tribunal.**

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake y Mario Fernández Baeza, quienes estuvieron por entrar al conocimiento del asunto y, con el mérito de consideraciones de fondo que, por el carácter del fallo, es improcedente consignar en esta ocasión, acoger el requerimiento. Para tal finalidad, tienen presente las motivaciones que se expondrán:

1.- Que constituye un error descartar la resolución del conflicto de constitucionalidad porque las normas legales que se impugnan ya han sido aplicadas por el órgano facultado para ello en el desarrollo de una actividad previa que se encuentra agotada, toda vez que la Constitución no establece limitaciones de carácter temporal para formular tal cuestión, como se infiere de su muy claro texto, en cuanto se persigue la inaplicabilidad de “un precepto legal cuya aplicación” le resulte contraria y siempre que la misma “pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto”.

Así, es la naturaleza del asunto que permite la aplicación, ya producida o eventual, la que determina la admisibilidad. De lo contrario, se estaría convalidando la violación de normas constitucionales, sin perjuicio de resultar indeterminado el momento desde y hasta el cual se puede ejercitar la acción: si ésta se planteara antes de la aplicación, se impugnaría su extemporaneidad señalando que aún no se ha producido la contrariedad entre la aplicación del precepto y la Constitución y, por ende, que se está suscitando una cuestión de carácter

abstracto, de mera inconstitucionalidad y no de inaplicabilidad; si se formula después de la aplicación, se le estima -según el fallo de que se disiente- como una gestión agotada. O sea, no existiría una época cierta para ejercitar la acción y, en la práctica, se estaría atribuyendo un estatuto especial, pético, a las normas objetadas, que no podrían ser declaradas inaplicables.

2.- Que la normativa impugnada constituye legislación de aplicación decisiva, en tanto los antecedentes y pruebas recopiladas en función de ella pueden llegar a constituir los elementos probatorios principales en el proceso penal, desde la fase de investigación hasta su término, en la medida que servirán para formar convicción ante el tribunal de juicio oral y contribuir a determinar si existe o no mérito suficiente para condenar al contribuyente.

En este sentido, si bien la fase investigativa ante el Servicio de Impuestos Internos consagrada en el artículo 161, N°10, del Código Tributario ya acaeció, la aplicación de dichos preceptos no se agota al cerrarse la misma, en la medida que con su fundamento se ejercerá la acción.

3.- Que la gestión judicial en que incide el recurso corresponde a la etapa de investigación ante el Ministerio Público, antes de que se verifique el procedimiento adversarial, en el que se calificará, primero, la procedencia y, luego, el valor de las pruebas, constituyendo la inaplicación de los preceptos que se impetra en esta causa un impedimento absoluto

para la admisión de ciertas pruebas. El requerimiento se ha formulado, entonces, con la mayor oportunidad y el efecto de la declaración que se requiere no puede ser más decisivo para la resolución de un asunto en la sede jurisdiccional respectiva.

Sólo mediante una declaración de inaplicabilidad de los preceptos impugnados, el juez de garantía podría excluir la prueba obtenida de acuerdo al artículo 161, N°10, objetado, pues su obtención la realiza una autoridad facultada por la ley, que a su vez está amparada por la presunción de constitucionalidad, circunstancia que impediría al juez calificarla de ilícita y excluirla, más aún si de ella emana el fundamento del ejercicio de la acción penal. Mal podría el juez de garantía considerar que la prueba obtenida en la investigación administrativa debe ser excluida por ilícita, si esta Magistratura declara que dicha indagación y la aplicación de su normativa habilitante se consideran constitucionales, por lo que es evidente que la declaración de inaplicabilidad solicitada generaría un efecto distinto del que se produce al ser rechazada, de lo que resulta claro que la normativa impugnada es de aplicación decisiva en la gestión sublite.

4.- Que, encontrándose pendiente el proceso penal y siendo decisiva la prueba obtenida en función de la normativa impugnada, una declaración de inaplicabilidad de dicha preceptiva privaría de sustento jurídico a tales antecedentes, que -sólo entonces- pasarían a ser prueba ilícita, en la medida que constituyen un efecto

contrario a la Constitución. Así, sin la principal probanza, eventualmente el contribuyente no podría verse privado de su libertad personal al no ser condenado, lo que sí podría ocurrir en caso de no declararse inaplicable la preceptiva impugnada.

5.- Que la naturaleza de la actuación llamada “recopilación de antecedentes” y su eventual conflicto con la exclusividad de la investigación que constitucionalmente se atribuye al Ministerio Público, es uno de los elementos medulares de este litigio constitucional y, por tanto, debe ser analizado y decidido en la sentencia de término, como un asunto de fondo y no como una cuestión preliminar referida de soslayo.

Redactaron la sentencia los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Francisco Fernández Fredes y la disidencia, el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROLES 1246-08-INA y 1388-09-INA (acumulados).

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander. Autoriza la Secretaria Suplente del Tribunal Constitucional, doña Marta de la Fuente Olgúin.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN RESPONSABILIDAD  
PENAL ADOLESCENTE  
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

---



## ANÁLISIS DEL DESARROLLO MORAL EN ADOLESCENTES INFRACTORES DE LEY

Miguel Morales Dabmen<sup>1</sup>

---

### I. Antecedentes jurídicos del Desarrollo Moral

Una interrogante importante al momento de discutir sobre el comportamiento delictual de los adolescentes, se refiere a los mecanismos idóneos para conseguir que el infractor se dé cuenta de que ha trasgredido los derechos del otro y/o tome conciencia sobre el daño que ha causado. En otras palabras, cuáles son los procesos de intervención eficientes para lograr que el adolescente detenga su desarrollo delictual.

Al respecto, cabe mencionar que la Ley N°20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente se ha hecho cargo de este asunto a través de la doble finalidad que menciona en su artículo 20, cual es la responsabilidad de los adolescentes por los hechos cometidos y su integración social a partir de una intervención socioeducativa. En este mismo sentido, se encuentra en la historia de la Ley N°20.084 que las respuestas penales contenidas en esta ley tienen por finalidad *“sancionar los hechos que constituyen la infracción y fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando siempre su desarrollo e integración social”*<sup>2</sup>. En consecuencia, se desprende así el afán responsabilizador de la norma y la intrínseca relación entre responsabilidad del adolescente por sus actos y el respeto por su integración social.

Si bien el concepto de desarrollo moral no es explícitamente mencionado en la norma, guarda estrecha relación con las nociones de responsabilidad y respeto, por lo tanto tiene sentido analizar este concepto a través de las distintas presentaciones que puede tener en el catálogo de penas de la norma de Responsabilidad Penal Adolescente.

### II. Antecedentes psicológicos y sociales del Desarrollo Moral

La Psicología del Desarrollo plantea las causas que conducen a la infracción penal desde las deficiencias en el desarrollo moral, el empleo de estrategias desadaptativas de afrontamiento hacia el estrés, y el aprendizaje de conductas delictuales como instrumentos para sobrevivir frente a la adversidad, la marginalidad, la exclusión social y la pobreza.

---

1 Psicólogo de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal de Adolescentes y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Historia de la Ley N°20.084. Página 13 de 1207. Primer Trámite Constitucional. Mensaje Presidencial, 2 de agosto de 2002. Biblioteca del Congreso Nacional.

## Rasgos de personalidad

En lo que respecta a los factores de personalidad y desarrollo moral, la relación más evidente tiene que ver con el trastorno de déficit de atención por hiperactividad, trastorno oposicionista y trastorno de conducta. Las características centrales que se describen en estos trastornos infantiles son la dificultad en el manejo de la ira, la impulsividad y la autorregulación, todas características que impiden la necesaria reflexión, empatía y capacidad de sentir culpa que están en la base de un adecuado desarrollo moral.

## Contexto escolar

Las consecuencias en el contexto escolar del bajo nivel intelectual provocan un menoscabo en sí mismo en el educando. Por ejemplo, un niño con problemas de rendimiento escolar producto de bajo nivel intelectual, probablemente, sentirá mermado su autoconcepto, se alienará de compañeros y profesores, y puede acabar generando una mala actitud hacia la escuela, oposicionismo o deserción escolar.

En este sentido, las experiencias de fracaso escolar constituyen un factor de merma del desarrollo ético y moral, mientras que el logro representa un factor protector; la actitud del adolescente hacia la escuela y el compromiso con las metas de aprendizaje incidirán en el logro escolar y en el consecuente desarrollo moral del niño<sup>3</sup>.

## La familia

Con respecto a la familia se han identificado factores dinámicos (tales como el clima familiar, la calidad de las relaciones vinculares, el apego del adolescente hacia sus padres, la comunicación, los estilos de crianza y disciplina) como elementos que inciden en la disposición para el desarrollo de códigos éticos y morales. La supervisión y el monitoreo de los padres, especialmente, parecen ser factores muy significativos para el desarrollo moral<sup>4</sup>.

## Elementos del Desarrollo Moral

Kohlberg sostiene que actuar de una forma moralmente elevada exige un estadio elevado de razonamiento moral; es decir, una persona no puede seguir unos principios morales determinados si no los entiende o no cree en ellos. Así, indica, el razonamiento moral es sólo un factor de la conducta moral (otros

3 Morales Córdova, H. (2005) *El Adolescente infractor en conflicto con la Ley Penal: una perspectiva sociopsicológica del Sistema de Justicia Penal Juvenil en el Perú*. Revista de Psicología, ISSN 0254-9247, Vol. 23, N°. 2, pp. 201-247.

4 Morales Córdova, H. (2005) *ob. cit.*

muchos factores influyen en el tipo de conductas morales que un individuo manifiesta), pero es el de mayor importancia o influencia en la conducta.

Desde un enfoque cognitivo-evolutivo, en el que los principales cambios producidos en el desarrollo suponen importantes reestructuraciones en el significado que el sujeto concede al mundo (hipótesis cognitiva) y en el que el resultado de las mismas posibilita formas superiores de adaptación a dicho mundo (hipótesis evolutiva), Kohlberg<sup>5</sup> describe el desarrollo moral en una secuencia de tres niveles (preconvencional, convencional y autónomo) que implican una relación diferente entre el yo y las reglas y expectativas morales de la sociedad:

- El nivel preconvencional, en el que se incluyen los dos primeros estadios (moralidad heterónoma y moralidad de intercambio), habla de una perspectiva social del individuo orientada en función de las consecuencias inmediatas de sus actos (evitación de los castigos o defensa de sus intereses concretos).
- La perspectiva social del nivel convencional, que corresponde a los niveles 3 (moralidad de la normativa interpersonal) y 4 (moralidad del sistema social), es la de un miembro de la sociedad que se orienta en función de las expectativas de los demás o del mantenimiento del sistema social como un todo.
- La perspectiva social postconvencional, en la que se incluyen los estadios 5 (moralidad de los derechos humanos) y 6 (sin evidencia empírica), se orienta a la construcción de principios morales autónomos que permitirían llegar a una sociedad ideal.

## Funcionamiento del desarrollo moral

El razonamiento moral trata de lo que debe o no debe hacerse en determinadas situaciones, lo que se considera justo o injusto; es decir, se orienta más a los valores que a describir lo que sucede o puede suceder. Para evaluar el nivel de razonamiento moral, Kohlberg utiliza básicamente la aplicación a los sujetos de dilemas hipotéticos que contienen valores en conflicto por medio de entrevistas individuales, suponiendo que dichos dilemas permiten evaluar el límite, la estructura superior de razonamiento moral que posee un sujeto.

El razonamiento moral y la acción moral se hallan relacionados; el razonamiento difiere entre delincuentes y no delincuentes, lo cual indica que existen diferencias claras en el razonamiento de quienes actúan con baja moralidad y quienes no lo hacen<sup>6</sup>.

5 Kohlberg, L. (1987): «El enfoque cognitivo-evolutivo de la educación moral». En Jordán y Santularia (eds.): *La educación moral hoy. Cuestiones y perspectivas*. Barcelona; P.P.U.

6 Álvarez Ramos F., Hidalgo Borbujo M. (1997) *Desarrollo Moral y justicia de menores: pautas educativas para favorecer el razonamiento moral desde la justicia*. Revista de servicios sociales, p. 64. ISSN 1134-7147, N.º 31, CAPV.

Kohlberg indica que la consistencia entre juicio y conducta moral depende del nivel de autonomía, puesto que dicha consistencia aumenta considerablemente a medida que el pensamiento de los sujetos se aproxima al nivel postconvencional. Las personas, por tanto, con niveles más altos de juicio moral son menos influenciadas por factores situacionales y más dadas a actuar de acuerdo con su juicio o razonamiento moral.

Sin embargo, el pensamiento no es suficiente para dar cuenta de la acción moral, ya que la conducta moral depende también de otras características del propio sujeto (capacidad de autocontrol, fuerza de voluntad) y de la situación (atmósfera moral del grupo en el que tiene lugar la conducta). Así también, la relevancia tanto de las emociones como de la empatía o los sentimientos de culpa en la conducta moral es indudable.

La influencia de los modelos en la estructura del razonamiento moral sólo se produce hacia el estadio inmediatamente superior al que se encuentra inicialmente el sujeto; nunca en sentido inverso (hacia el estadio inferior). De ahí la conveniencia de diseñar situaciones en las que los sujetos se relacionen con un estadio de razonamiento superior al que se encuentran para propender a su desarrollo<sup>7</sup>.

La experiencia indica que los adolescentes que acuden a la justicia de menores presentan un desarrollo moral por debajo del estadio 4 (moralidad del sistema social), y que razonar y actuar de acuerdo a ese estadio supondría para el adolescente la interiorización de una serie de normas y valores compartidos suficientes para los objetivos de dicha justicia juvenil. Teniendo en cuenta todo ello, la discusión moral en la que el sujeto participe activamente aparece como un procedimiento eficaz para hacer avanzar el nivel de razonamiento moral.

Para favorecer el paso de un nivel heterónomo a una moral autónoma y la comprensión de conductas moralmente erróneas, para favorecer en definitiva el desarrollo moral, es importante intervenir con estrategias que supongan la aplicación de la disciplina por reciprocidad (relación lógica entre la falta cometida y la sanción aplicada) en lugar de castigos expiatorios (no guardan una relación lógica entre el castigo y la falta cometida)<sup>8</sup>.

### **III. Relación entre las sanciones del sistema penal adolescente y el Desarrollo Moral**

En este apartado se analizarán algunos criterios diagnósticos del adolescente imputado que inciden en la elección de la condena idónea no privativa de libertad (Amonestación, Libertad Asistida, Libertad Asistida Especial, Servicios en Beneficio de la Comunidad y Reparación del Daño Causado). Los

7 Álvarez Ramos F., Hidalgo Borbujo M. (1997) *ob. cit.*, p. 65.

8 Álvarez Ramos F., Hidalgo Borbujo M. (1997) *ob. cit.*, p. 68.

criterios diagnósticos que se describirán provienen de las ciencias humanas y sociales, enfoque que complementará el análisis penal, aspecto rector en la determinación de sanción idónea, pero insuficiente para el análisis cabal de la capacidad moral y responsabilidad penal del adolescente.

## Amonestación

La amonestación es una medida que no asume un contenido preciso o predefinido, porque, aún siendo un tipo de sanción establecida en el catálogo de penas de la LRPA, su significado semántico la aproxima más a la advertencia que a la censura o al reproche. De este modo, la amonestación normalmente no asumirá un carácter de sanción<sup>9</sup>.

En España, la medida de Amonestación suele aplicarse a jóvenes que no presentan grandes problemas, ni en el ámbito familiar, ni desde el punto de vista psicológico, que disponen de los medios necesarios para su desarrollo (no carencia de recursos), pero que en un momento determinado cometen algún acto reprochable. El éxito de esta medida depende de la receptividad del menor, ya que se corre el peligro de entender que, a pesar del proceso, no ha pasado nada<sup>10</sup>.

Las características revisadas de los adolescentes infractores que inciden en la elección de la Amonestación como la sanción idónea en los procedimientos incoados en España, muestran que esta pena dispone de una efectividad muy limitada. Sin embargo, en procesos contra adolescentes imputados en el ámbito local, suele observarse una aplicación sucesiva de la pena de amonestación, sin considerar las características del adolescente, o la probada ineficacia de esta pena, toda vez que ha sido aplicada en 3, 4 y hasta 10 ocasiones anteriormente. En estos casos, la literatura indica que es muy inconveniente la solicitud o aplicación sucesiva de la pena de amonestación en el mismo adolescente, puesto que esta acción penal no estará favoreciendo la toma de conciencia de la infracción cometida ni promoviendo el desarrollo ético del joven.

9 Montero Hernanz, Tomás (2007), *La Justicia Penal Juvenil en España: legislación y jurisprudencia*, Editorial Club Universitario, p. 541, en [http://books.google.es/books?id=ybVjQX7hPaQC&pg=PA542&lpg=PA542&dq=amonestacion+a+menores&source=bl&ots=msblDg9-CM&sig=Tfmjo3YL09yO\\_jBA5xQa0nQgFP8&hl=es&ei=JxUMStOSNJOkwfcrr2RCA&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=7#PPA541,M1](http://books.google.es/books?id=ybVjQX7hPaQC&pg=PA542&lpg=PA542&dq=amonestacion+a+menores&source=bl&ots=msblDg9-CM&sig=Tfmjo3YL09yO_jBA5xQa0nQgFP8&hl=es&ei=JxUMStOSNJOkwfcrr2RCA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7#PPA541,M1)

10 González Rodríguez, María Rosa (Septiembre 2003) *Las medidas aplicables a la delincuencia juvenil tras la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 de 12 de enero*. Boletín Aranzadi Penal núm. 9/2003, p. 48. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona.

## Libertad Asistida y Libertad Asistida Especial

Según la literatura revisada<sup>11</sup>, los objetivos de la sanción cumplida en libertad vigilada (asistida en Chile) debieran ser: favorecer la integración del menor en la comunidad, intervenir sobre la situación personal y sociofamiliar del menor de forma individual y globalizada, y favorecer la evolución personal y social del condenado menor de edad. Las actividades que el adolescente desarrolle siempre deben estar relacionadas con el tipo de delito cometido y dirigidas a reparar a la víctima de la acción delictual.

En todo esto se exige a los padres, o adultos responsables, que estimulen el cumplimiento de estas acciones por parte del adolescente a su cargo. En este entendido, esta pena requiere de un soporte social mínimo, desaconsejando la libertad vigilada/asistida para adolescentes con bajo o nulo control parental o tutelar<sup>12</sup>.

## Servicios en Beneficio de la Comunidad

En la experiencia comparada, los delitos donde aparece aplicada la sanción de SBC son, habitualmente, amenazas, lesiones no graves, hurtos, robos, infracciones de tránsito. El perfil tipo de los infractores que se acogen a las prestaciones en beneficio de la comunidad responde a un varón, de entre 15 y 17 años, con problemas familiares y fracaso escolar. Los Servicios en beneficio de la comunidad son una medida que supone escasa intromisión en la vida del menor, puesto que le permite continuar con su vida de una manera normal.

El propósito de esta medida sería hacer comprender al joven infractor que la comunidad o determinadas personas han sufrido de modo injustificado las consecuencias negativas de su conducta. Se pretende que el menor entienda y asimile que actuó de una manera incorrecta, que merece el reproche de la sociedad, y que la prestación de los trabajos que se le exigen es un acto de reparación justo, buscando siempre una conexión entre el hecho cometido y la actividad que realizará<sup>13</sup>.

Una característica esencial y distintiva del Servicio en beneficio de la comunidad –en cuanto al impacto que puede tener para definir qué tipo de adolescente es idóneo para desarrollarlo– es que no hay presencia de víctima. Se puede presumir, por tanto, que la comprensión del sentido de la pena requiere que el adolescente entienda, asimismo, el significado del delito que cometió, el cual debiera ser un perjuicio en contra de la idea de comunidad, para que

11 Coy, Ernesto y Torrente, Ginesa (1997) Intervención con menores infractores: Su evolución en España. *Anales de Psicología*, vol. 13, N°1, 39-49. Copyright 1997: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia (España). ISSN: 0212-9728.

12 Coy, Ernesto y Torrente, Ginesa (1997) ob. cit., pp. 39-49.

13 Coy, Ernesto y Torrente, Ginesa (1997) ob. cit., pp. 39-49.

tenga coherencia condenar a Servicios en beneficio de la comunidad. Así, a mayor integración social del joven, mayor percepción del valor de reparación simbólica del servicio comunitario.

Para los jóvenes más desafectados y alienados socialmente, la invitación a construir o reconstruir lazos sociales que plantea el Servicio en beneficio de la comunidad podrá ser simplemente rechazada, en tanto que para aquellos jóvenes que ya están integrados socialmente, y que han desarrollado códigos éticos de comportamiento social, la reparación de lazos sociales podrá ser algo plausible. De esta manera, la pena en cuestión es una acción que requiere para ser cumplida, necesariamente, que el adolescente infractor cuente con una red familiar de apoyo. Es decir, debe tener un nivel básico de soporte familiar y social<sup>14</sup>.

### Reparación del daño causado

Respecto de esta pena, la cuestión distintiva con el Servicio en beneficio de la comunidad es que se requiere la presencia de víctima para sugerir su aplicación. El joven debe resarcir directamente a la víctima. En este sentido, la Reparación del daño causado es más exigente en cuanto a las cualidades individuales que debe tener el adolescente idóneo para recibir esta pena, es decir, de su capacidad de empatía, conciencia ética y, consecuentemente, desarrollo moral.

### La mediación

La mediación-reparación implica la confrontación del joven con la propia conducta y sus consecuencias, la responsabilización de las propias acciones y la compensación posterior a la víctima mediante la realización de una actividad en beneficio de ella.

Los objetivos de responsabilización del sujeto infractor sobre el hecho delictivo y los daños causados, de participación del sujeto en el propio proceso de resolución del conflicto, y de satisfacción ulterior por la reparación efectuada, inciden directamente en el afrontamiento responsable del sujeto sobre sus conductas, en la reflexión de las mismas y, en definitiva, en el avance en el desarrollo moral, al ser necesaria la reflexión sobre las causas y consecuencias de su conducta, y la adopción de la perspectiva de la víctima.

---

14 DIGNEFFE, F. "Les jeunes et la loi pénale, les significations de la sanction pénale à l'Adolescence", *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, 7/8, pp. 825-39, en Díaz (2008).

## VOCES SILENCIADAS

*Carolina Fuentes Remy-Maillet<sup>1</sup>*

---

### **Comentario:**

Cada vez que nos enteramos, generalmente por la prensa, de crímenes o delitos de los que son víctimas niños pequeños por parte de sus padres, es inevitable dirigir nuestros peores pensamientos hacia esos progenitores que no cumplieron con el deber de cuidado que la ley les impone, y más aun, que deliberadamente causaron daño y dolor a estos pequeños seres.

El caso que comentamos justamente dice relación con un pequeño de tres años, quien de manera sostenida y reiterada en el tiempo, fue agredido físicamente por el conviviente de su madre, quien resultara condenado como autor de lesiones graves cometidas en contexto de violencia intrafamiliar. Algunos aspectos respecto de los que pretendemos llamar la atención son los siguientes:

#### **1.- Dificultad probatoria, en atención a las especiales circunstancias de la víctima**

La víctima de este caso, de tres años a la ocurrencia de los hechos, presentaba en su ficha clínica un episodio de meningoencefalitis viral con sospecha de etiología por herpes virus a los 4 meses de vida, evolucionando con síndrome convulsivo y retraso del desarrollo sicomotor, además, cuando fuera hospitalizado producto de sus lesiones, uno de los exámenes practicados, un Tac cerebral, mostró lesiones compatibles con un probable infarto temporal derecho no reciente y probables calcificaciones vasculares temporo parietal derecho. La profesional de la Unidad de Víctimas y Testigos que sostuvo entrevista con el menor y la abuela materna, que quedara a su cuidado según resolución del Tribunal de Familia, señaló en uno de sus informes que era evidente el retraso a nivel de lenguaje expresivo y comprensivo, por lo que nunca se pudo contar con el testimonio del menor a objeto de obtener un relato más claro y coherente de los hechos que configuraron el maltrato.

---

1 Fiscal Adjunto, Unidad de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, Ministerio Público.

## 2.- Necesidad de construir el caso a partir de prueba indiciaria, tanto para probar la ocurrencia de los hechos como la participación

Se logra ubicar al sentenciador en la posición precisa que le permita llegar al convencimiento suficiente para vencer la duda razonable y arribar, primero, a la aceptación por parte del juez de la procedencia de un juicio abreviado, y en segundo lugar, posibilidad de concluirlo mediante una sentencia condenatoria. Ciertamente el Código Procesal Penal establece una serie de exigencias al juzgador para admitir la solicitud del Ministerio Público para proceder según las reglas del procedimiento abreviado, siendo relevante en este caso la referida a la existencia de antecedentes de investigación suficientes. Se ha debatido particularmente en cuanto al concepto de “suficiencia”, y siendo claro que no se trata de una exigencia de tipo cuantitativo, es legítimo preguntarse: ¿debe revisarse la suficiencia de los antecedentes investigativos exigiendo un estándar necesario para condenar al imputado?

Desde que se admite la posibilidad de dictar sentencias absolutorias en este tipo de procedimientos, evidentemente es otro el estándar de convicción exigido, no de culpabilidad. Y aquí resurge el conflicto de roles del Juez, y que caracterizaba al sistema antiguo, ya que el mismo juez que admite a tramitación un procedimiento abreviado en la misma audiencia podría concluir el caso con una sentencia absolutoria<sup>2</sup>.

La complejidad del caso comentado, tal como se lee de los hechos de la acusación, radicaba en lograr una determinación exacta de la ocurrencia de cada una de las conductas de agresión, que en su conjunto fueron consideradas como maltrato infantil por el Servicio Médico Legal, quién calificó las lesiones resultantes como graves y su relación de causalidad con el resultado de cada una de las lesiones descritas. La prueba radicó básicamente en la constatación por diferentes facultativos de lesiones tales como: “*contusión nasal con evidencia de pitaxis en segundo grado, equimosis antiguas en dorso, lesión cicatricial en hombro izquierdo mordida, fracturas antiguas en arcos costales de costillas izquierdas números 9, 10 y 11 alteración del arco costal anterior de la octava costilla izquierda*”, cuyo origen era un mecanismo de alta energía por la acción de terceros, y los testimonios de terceros que sabían de la existencia del maltrato de que era objeto el niño, fundamentalmente un vecino que a lo largo del período descrito conoció de malos tratos y conductas negligentes en relación al menor y que fue quien finalmente lo trasladó hasta un Servicio Asistencial ante el abandono de la madre. Antecedentes que en este caso fueron suficientes para el sentenciador, tanto como para aceptar la tramitación de acuerdo al procedimiento abreviado, como para el estándar de convicción de culpabilidad requerido para condenar.

2 Ver: Horvitz Lennon y López Masle, Derecho Procesal Penal Chileno, tomo II, año 2004, pp. 526-530.

### 3.- Abordaje de la posición de garante de la madre ante la conducta activa de su conviviente de agredir y causar lesiones a su hijo pequeño

Los hechos investigados, y por los cuales se condenó al acusado, son constitutivos del delito de lesiones graves del artículo 397 N°2 del Código Penal. Esta figura, por su descripción típica, no admite la posibilidad de su realización por la vía omisiva, por lo que en el caso de la madre del niño, fue formalizada y objeto de una suspensión condicional del procedimiento, enmarcando los hechos como constitutivos de lesiones menos graves del artículo 399 del Código Penal, las que sí permiten esta posibilidad al no limitar los modos de comisión en forma independiente a la gravedad del resultado de las lesiones. Concurriendo en el caso los dos requisitos que ha establecido la literatura para esta especial forma de comisión: asunción efectiva de la posición de garante y equivalencia de la comisión por omisión a la comisión activa<sup>3</sup>.

Fue descartada la posibilidad de formalizar a la madre por el delito de abandono de niños, contemplado en los artículos 346 y siguientes del Código Penal, debido al concepto de abandonar, entendido mayoritariamente por la doctrina como el de *“dejar librado a un menor a sus propios medios, interrumpiendo la asistencia que se le debe prestar y sin que otra persona se haga cargo de él”*<sup>4</sup>. En el caso comentado, la madre entrega a su hijo a un vecino, quien finalmente efectúa la denuncia respectiva y lleva al niño a un Centro Asistencial, misma persona que meses atrás asumió el cuidado del menor por un tiempo luego de haberse ofrecido a hacerlo en forma voluntaria al comprobar el maltrato de que era objeto.

#### Sentencia:

Santiago, diecinueve de Noviembre de dos mil nueve.

#### VISTOS:

**PRIMERO:** Que, ante este 14° Juzgado de Garantía de Santiago en causa rol único N°0800602027-6 y rol interno N°1329-2009 la Fiscalía

local de La Florida tras presentar acusación en la causa antedicha en contra de los imputado, solicitó al Tribunal realizar un procedimiento abreviado respecto de **ERNESTO EMILIANO HENRÍQUEZ MUÑOZ**, se ignora profesión u oficio, Cédula de identidad: xxx, chileno, domiciliado en xxx, comuna de La Florida, por un delito de lesiones graves conforme al artículo 397 nro.

3 Politoff, Matus y Ramírez, en sus Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte especial, 2ª edición actualizada, p. 117, menciona un fallo de la I.C.A. de San Miguel publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia (XCIII, 164) donde se consideró autora por omisión del delito de lesiones en la persona de su hijo maltratado por su padre, por no haberlo llevado oportunamente a un centro asistencial.

4 Citado por Garrido Montt, Mario; en su obra Derecho Penal, tomo III, parte especial, segunda edición, p. 236, quien a su vez cita a CFR. En general, Del Río, ob. cit, p. 481; Labatut, D.P., T. II, p. 141.

2 del Código Penal, en contexto de violencia intrafamiliar, conforme al artículo 5 de la Ley 20066, señalando en la precitada acusación verbal los siguientes hechos que se reproducen en esta resolución:

*“El que menor F.A.R.V. a la fecha de ocurrencia de los hechos de 3 años de edad, fue agredido de manera sostenida y reiterada en el tiempo durante el período que abarca en el mes de enero de 2008, hasta el 29 de mayo de 2008, mediante golpes de pies, manos y con objetos contundentes por el imputado Ernesto Emiliano Henríquez Muñoz conviviente de la madre del menor la también imputada I.S.V.U., estos hechos ocurrieron en el domicilio del menor y los imputados, ubicado en xxx, producto de las reiteradas agresiones provocadas por el imputado Henríquez Muñoz y que fueron presenciadas o de las que tuvo conocimiento la madre de la víctima la imputada V.U. quien se encuentra en posición de garante respecto de la integridad física de su hijo sin que esta se haya opuesto o evitado su resultado el menor resultó con las siguientes lesiones: contusión nasal con evidencia de pitaxis en segundo grado, equimosis antiguas en dorso, lesión cicatricial en hombro izquierdo mordida, fracturas antiguas en arcos costales de costillas izquierdas números 9, 10 y 11 alteración del arco costal anterior de la octava costilla izquierda las que fueron calificadas por el Servicio Médico Legal en diagnóstico de fecha 26 de septiembre de 2008 como de carácter grave explicable por mecanismo de alta energía por la acción de terceros que suelen sanar en 32 a 35 salvo complicaciones y que según su conclusión serían sugerentes de maltrato*

*infantil, estos malos tratos y agresiones cesaron el día 29 de mayo, cuando la madre dejó al menor encargado con un vecino para no volver nunca más por el ya que le señalara que el niño había sido nuevamente agredido por su pareja vecino que en definitiva llevó al menor a un centro de salud donde se diagnosticaron las lesiones ya mencionadas”.*

Se le atribuye participación en calidad de autor.

Por lo anterior, el Ministerio Público solicita la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales, accesorias del artículo 9 letra b) de la Ley 20066, sin costas.

**SEGUNDO:** Que, en audiencia de procedimiento abreviado celebrada entre los intervinientes, se resolvió someter este caso a la tramitación de dicho procedimiento, de conformidad con los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal, resolución que adoptó el Tribunal acogiendo la solicitud del Ministerio Público, tras constatar la aceptación expresa por parte de cada imputado respecto de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes reunidos durante la investigación; de que ha prestado su consentimiento libre de presiones y coacciones; también considerando la pena solicitada por el Ministerio Público y tras haber estimado suficientes los antecedentes de la investigación para proceder de acuerdo con el procedimiento indicado.

**TERCERO:** Que, la defensa del acusado solicitó que se aplicara lo dispuesto en el artículo 68 del

Código Penal, se condene a la pena solicitada.

**CUARTO:** Que, sobre la base de la aceptación por el imputado de los hechos de la acusación y antecedentes reunidos durante la Investigación por el Ministerio Público, se tienen por establecidos y no discutidos los hechos de la acusación, los cuales se reproducen íntegramente en esta parte del fallo.

**QUINTO:** Que, tales hechos se han tenido por acreditados con el mérito de los siguientes antecedentes de la investigación, aceptados expresamente por el imputado, y en base a los cuales será juzgado:

1. Parte policial 78 de la 48° Comisaría de Asuntos de la Familia de fecha 29 de mayo de 2008, en este parte policial aparece como denunciante don Sergio Fernández Carvajal que es el vecino del menor quien habría recibido al menor por parte de la mamá, y lo habría trasladado a un centro asistencial por las evidentes lesiones con las que vio al niño, señala que concurrió en primer término al consultorio Los Quillayes donde examinaron al menor y en forma inmediata lo trasladaron al hospital Josefina Martínez de la comuna de Puente Alto, se describen las lesiones físicas que se habrían constatado en la Comisaría.

2. Dato de atención de urgencia N°42568-08 correspondiente al menor N.N. de 29 de mayo de 2008.

3. Resolución del Tribunal de Familia, del 3° Juzgado de Familia de Santiago, de 30 de mayo de 2008 donde

se tiene por interpuesta solicitud de medida de protección y que atendido los antecedentes ordena dar a la Brixme que pudiera poner a disposición del Tribunal los antecedentes del menor puesto que no se contaba con la identificación del menor.

4. Informe de la consejera técnica de 4 de junio de 2008, doña Beatriz Escobar Andrade del 3° Juzgado de Familia de Santiago quien señala que se contacta con la Asistente Social del Hospital Sotero de Río, justamente para indagar en cuanto a la identidad del menor se encontraba dada de alta el menor y que se estaba esperando la identificación de él para proceder en relación a él en un Tribunal de Familia.

5. Correo electrónico de la Asistente Social Mercedes Contreras dirigido al Tribunal de Familia en cuanto a las gestiones que se hacían para identificar al menor.

6. Correo electrónico de la doctora Jimena Ibarra quien solicita autorización al Tribunal de Familia para realizar una resonancia magnética cerebral al menor, procedimiento que requería anestesia puesto que el scanner cerebral identificó una probable malformación cerebral evaluada por neurología que requiere dicho estudio.

7. Resolución de 10 de julio de 2008 del Tribunal que autoriza la realización de dicho examen.

8. Informe de consejera técnica de fecha 10 de junio de 2008, Beatriz Escobar, quien señala gestiones

relación a este examen que se debía hacer.

9. Informe policial 6900 de 12 de junio de 2008 de la Brigada Investigadora de Delitos Sexuales, y menores metropolitana, este informe policial es la que da con la identidad del menor.

10. Asistente Social Mercedes Contreras del Hospital Sotero del Río dirigiéndose al Juez Titular del 3° Juzgado de Familia que solicita medida de protección en relación al menor y que se intercede al CTD Remolino de Conchalí.

11. Informe médico de la Dra. Jimena Ibarra Pediatra del Servicio Misceláneo del Hospital Sotero del Río de fecha 18 de junio de 2008. Neurológico, evaluación por el equipo de neurología infantil se realiza EEG por alteraciones de TAC cerebral que resulta anormal compatible con alteración anatómica. Infección, se trata con buena respuesta pediculosis y celulitis de primer dedo de mano derecha.

12. Orden de investigar aportada por la 48° Comisaría de Asuntos de la Familia.

13. Declaración de doña Magdalena Contreras Vega Asistente Social, señala que el motivo de este informe de observación de maltrato infantil.

14. Declaración de Sergio Antonio Fernández Carvajal, vecino que habría llevado al niño al hospital, señala que no recuerda fecha exacta cuando la madre de F. llegó a su domicilio con la finalidad de pedir ayuda manifes-

tándole esta que el niño estaba mal porque su padre lo golpeaba motivo por el cual la madre del menor, trasladó a F. hasta el domicilio del entrevistado para que este se lo cuidara por un tiempo; señala el declarante que él no pensó que el menor estaba tan mal ya que este estaba todo amoratado al ver esta situación ese mismo día él le pidió a la madre del niño que lo trasladara al hospital; agrega que el decirle esto la mujer le respondió que tenía que ir al Mall Tobalaba a juntarse con el padre de sus otros hijos ocasión en que la mujer se retiró del lugar dejando a F. al cuidado del entrevistado, no regresando nunca más motivo por el cual él trasladó al niño al consultorio los Quillayes señala que en dicho lugar lo hicieron pasar le consultaron por lo sucedido lo entrevistaron y el señaló que era testigo de las precarias condiciones en las cuales vivía el menor manifestando que este dormía en un cajón y que su padre lo agredía, manifestando que en dicho consultorio le dijeron que a F. le habían encontrado fracturas y que el niño presentaba mordeduras, posteriormente llegó personal de Carabineros quienes trasladaron al Hospital Sotero del Río al niño, donde quedó hospitalizado. Dice que él anteriormente, había cuidado al niño por un lapso de siete meses aproximadamente siendo entregado posteriormente a su madre, señala que la madre del niño nunca le preguntó el nombre completo sólo la conoce con E., que un día vino a su casa la abuela paterna del niño que le dijo que la mamá de F. y el papá de este y los otros niños se fueron a vivir a la ciudad de Puerto Montt a casa de

unos familiares, yo conocí al papá de F. por que el vendía cachureos en la feria, los padres de F. eran alcohólicos y drogadictos yo una vez una vi a F. en una pieza hincado mirando hacia la muralla castigado por su papá y su mamá y una vez vi cuando el papá le pegó a la mamá de F. con una luma y después vi que le pegó a F. y a su hermano, la mamá de F. una vez me contó que habían tenido que mandar a la hija mayor donde su abuela porque el Tito o sea el papá de F. había intentado violar a la niña en una de sus borracheras.

15. Declaración de don Juan Carrasco Andrade, vecino.

16. Declaración de doña A.M.I.H., abuela materna de F.

17. Entrevista con el del Doctor Gonzalo Armando Menchaca Olivares Jefe del Servicio del Hospital Sotero del Río quien señaló que desde el momento que se pesquiza una fractura ósea esta se encuentra se encuentra catalogada como lesión de carácter grave.

18. Apreciación policial referente a orden de investigar.

19. Informe del Servicio Médico Legal N°4798-08 de fecha 17 de febrero de 2009, de F.A.R.V. en que señala, en amnesias traído por funcionarios de CTR-Molino donde habría ingresado el día 25 de junio de 2008 como medida de protección del 3° Juzgado de Familia de Santiago, cuenta entre sus antecedentes hospitalización desde el 29 de mayo de 2008 al 25 de junio de 2008 en hospital Sotero del Río – Pediátrico,

el menor habría ingresado tras ser dejado al cuidado de un vecino quien pesquisó lesiones en el cuerpo del menor, tras lo cual se dirigió al consultorio Quillayes desde donde fue derivado al establecimiento indicado, se conocían antecedentes del menor denominado F. N.N., señala que se realizó estudio radiológico al esqueleto completo que evidenció fracturas antiguas en arcos costales de las costillas 9-10 y 11 y además alteración del arco anterior de la octava costilla izquierda, el estudio oftalmológico no demostró la existencia de lesiones se realizó TAC de cerebro que concluyó la hipo densidad del lóbulo temporal derecho a nivel de fosa media que impresiona corresponder probablemente a un infarto no reciente y que no era posible descartar, que las imágenes cálcicas lineales descrita en el examen de la región temporo parietal derecha pudieran corresponder a calificaciones vasculares, fue dado de alta el 25 de junio con diagnóstico observación maltrato, abandono fracturas costales antiguas, epilepsia en tratamiento, celulitis tratada, pediculosis tratada, infección por par influenza tres. Como conclusión, las lesiones son de pronóstico grave explicable por mecanismos de alta energía por la acción de terceros que suelen sanar en 32 a 35 días salvo complicaciones, las lesiones son altamente sugerentes del diagnóstico de maltrato infantil, lo firma el pediatra legista Doctor Armando Valdés Herrera.

20. Informe ampliación Servicio Médico Legal en cuanto al término de lesiones y este informa confirma

y mantiene el mismo diagnóstico de lesiones graves.

21. Extracto de filiación del imputado Ernesto Emiliano Henríquez Muñoz, con condenas anteriores.

**SEXTO:** Que, los antecedentes recién reseñados, valorados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, es decir, con libertad pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, permiten adquirir a este sentenciador la convicción, más allá de toda duda razonable, en los términos del artículo 340 del Código Procesal Penal, de que los hechos acreditados en este procedimiento y relacionados en el motivo cuarto de este fallo, son constitutivos del delito de lesiones graves respecto de un menor de tres años, en contexto de violencia intrafamiliar, de acuerdo al artículo 397 nro. 2 del Código Penal, por cuanto las lesiones inferidas por el condenado respecto de este niño le causaron enfermedad o incapacidad por más de treinta días.

**SÉPTIMO:** Que, se reconoce al condenado la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, es decir, la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, por cuanto su aceptación de los hechos y de los antecedentes de la investigación permitieron una celeridad del procedimiento y un ahorro de costos que difícilmente se habría logrado sin dicha actuación, estimándose como muy calificada, por cuanto deberá cumplir pena efectiva.

Que, no concurre en contra del imputado ninguna circunstancia agravante de responsabilidad criminal establecida en el Código Penal.

**OCTAVO:** Que, en lo que refiere al otorgamiento de algunos de los beneficios de la Ley 18.216 deberá estarse a la parte resolutive de este fallo.

Y visto lo dispuesto en los artículos 1, 3, 5, 7, 11 N°9, 15, 18, 21, 24, 26, 30, 31, 50, 68, 68 bis, 397 nro. 2 del Código Penal y artículos 1, 2, 3, 4, 172, 180, 229, 235, 247, 259, 297, 340 y 406 y siguientes del Código Procesal Penal, Ley 20066, Ley 18.216, se declara:

**I.** Que, se condena a **ERNESTO EMILIANO HENRÍQUEZ MUÑOZ**, ya individualizado, a la pena de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO**, a la pena accesoria general de **suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena**, por su responsabilidad en calidad de autor del delito de lesiones graves (en un contexto de maltrato infantil, cuya víctima fue un menor de tres años de edad), y además en contexto de violencia intrafamiliar, hechos cometidos entre los meses de Enero y Mayo del año 2008, en la comuna de La Florida, Santiago.

**II.** Que, se le condena además a la medida de protección establecida en el artículo 9 letra b) de la Ley 20066, por el lapso de un año, respecto de la víctima, su domicilio, lugar de estudio o trabajo, en un radio no inferior a los 200 metros.

**III. Que, NO SE LE CONDENA EN COSTAS**, en atención a que habiendo acordado el procedimiento abreviado, aceptó los hechos y antecedentes de la investigación, lo cual tuvo como efecto la no realización de un juicio oral a su respecto y del gasto asociado a ello.

**IV. Que**, de acuerdo a sus antecedentes personales el condenado no es merecedor de beneficio alguno, debiendo cumplir de manera efectiva la pena impuesta.

En caso de cumplimiento efectivo el imputado registra como período de abono el lapso en que estuvo en prisión preventiva en forma ininterrum-

pidá entre el 04 de Junio al 31 de Julio de 2009, ambos días inclusive.

Las partes renunciaron a los plazos para deducir recursos en contra del fallo. Es ingresado como rematado.

En su oportunidad, dése cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal.

**RUC N°0800602027-6.**

**RIT N°1329-2009.**

**Dictada por don Marcelo Ignacio Ovalle Bazán, Juez de Garantía Titular del Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago.**

## AMENAZAS: ¿REALIDAD DE UN MAL O EXCESO DE CELO DE LAS VÍCTIMAS?

*Juan Yañez Martinich<sup>1</sup>*

---

### **Comentario:**

“Te voy a matar”; “Voy a quemar la casa contigo y los niños dentro”; “te voy a pegar si vuelves a salir”.

Los Fiscales, muchas mañanas de nuestras vidas, y tal como la luz del sol, vemos sobre nuestros escritorios partes policiales o denuncias directas que contienen expresiones como las señaladas, a las cuales ha de unirse últimamente una declaración de la víctima que indica que no desea ser la número 50, 60 o más de las víctimas de “femicidio”.

En efecto, dentro de las innumerables situaciones con las que lidiamos a diario los Fiscales, encontramos, en un número no despreciable, denuncias por el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, delito de difícil acreditación, dadas sus exigencias típicas, concluyendo así un alto porcentaje de investigaciones por alguno de los mecanismos que el principio de selectividad nos otorga.

No es extraño ver que una denuncia que viene relatada como un hecho que prácticamente pareciera ser el inicio de episodios de una película policíaca termina en la declaración de la víctima que indica: “...si estaba curado y no creo que sea capaz de hacerme nada, ya que siempre lo dice cuando está curado... yo sólo iba a dejar una constancia pero me tomaron la denuncia...”. Minimización de la gravedad de los hechos, que suele caracterizar a las víctimas de violencia intrafamiliar.

Es allí donde nosotros debemos inmiscuirnos directamente en la declaración de la víctima, en la intermediación de la entrega de información, y en la entrevista de testigos, ya que será la única forma que logremos ejercer nuestra función protectora y persecutora ajustada a la ley.

En mis varios años como Fiscal, he tenido que observar como se ha abultado el ingreso de las Fiscalías con denuncias que a veces sin mayores antecedentes o reflexión sobre sus consecuencias efectúan las víctimas, y que también a veces, son derivadas de los Tribunales de Familia sin indagar mas allá de lo correspondiente. Ello hace que se desnaturalice el delito y, peor aún, que entre tantos hechos, pueda alguno de real gravedad pasar inadvertido dentro del total de denuncias.

---

1 Fiscal Adjunto, Fiscalía Local de Tomé, Ministerio Público.

Por ello, en primer lugar, debemos responsablemente analizar los hechos, verificarlos y diagramar nuestro trabajo teniendo siempre presente que las amenazas son un delito de común ocurrencia, de una prueba en extremo difícil por los estándares exigidos hoy en día, y de resultados nefastos con efectos permanentes en la sociedad chilena.

A continuación veremos un fallo que se obtuvo en el Tribunal de Garantía de Tomé, y respecto del cual no pretendemos realizar un comentario de jurisprudencia acabado del delito de amenazas, sino más bien se trata de un coloquio escrito que analizará una situación de común ocurrencia y que pretende, en forma muy sencilla, traer a colación algo que a veces por ser tan periódico, no llama la atención.

En consecuencia, y como cuestión previa a la lectura del fallo, nos parece necesario señalar las conductas o acciones que creemos que los Fiscales debemos realizar cada vez que nos enfrentemos a una causa por amenazas:

### 1.-Análisis previo y preliminar de la descripción de los hechos y las amenazas, verificando que estas revistan indiciariamente el carácter de delito

Aquí yo me he manifestado como un crítico acérrimo de las denuncias que se reciben sin orientar a la persona del denunciante sobre lo que constituye o no delito en este caso particular. En efecto, no es raro encontrar denuncias en que las amenazas consisten en “me encantaría que te hubieran matado”, “no sabes lo que te puede pasar conmigo”, “te voy a hacer la vida un infierno”, etc.

Esa imprecisión de hechos no es constitutiva de amenazas, ya que repugna al principio de tipicidad y ultima ratio del Derecho Penal la mera potencialidad de algo que no se responde a sí mismo qué es (no sabes lo que te puede pasar), a menos que vaya asociada a gestos o señales que lo hagan inteligible; o que ya transcurrió en el pasado (me encantaría que te hubieran matado), o por último que comprenda hechos que puedan quedar dentro del ámbito civil o constitucional (te voy a hacer la vida un infierno).

Las amenazas como delito deben ser acciones desplegadas con un fin específico por parte del hechor, en relación con el bien jurídico protegido por el tipo, tales como:

- Obtener alguna prestación de la víctima.
- Condicionarla a alguna conducta.
- Coartarle su libertad síquica.
- Coartarle su libertad física.

Así es, el autor del delito busca sencillamente transgredir la libertad de la persona y su psiquis de tal forma y entidad de poder condicionarlo a realizar o abstenerse de conductas que no satisfagan el interés del ofensor. Esto lo vemos reiteradamente en casos de amenazas de violencia intrafamiliar cuando el ofensor, por lo general varón, señala a la mujer que no puede salir o debe llegar temprano a la casa, si no le va a pegar, o que lo debe atender y querer porque si no la va a matar.

En estos casos la amenaza debe ser tan seria y directa, como además de precisa, que desde un primer momento pueda llevar a la víctima a autodeterminarse de tal forma que realice conductas que sólo tengan por objeto satisfacer al ofensor.

La amenaza, es decir, la expresión verbal o de gesto vertida o efectuada, debe contener una verosimilitud tal, que a su sola percepción pueda configurar una “acción” propia y necesaria de la exteriorización penal; y es este punto, quizás, el más difícil para nosotros, por cuanto la prueba de ello es, por decir lo menos, “compleja”.

El autor de la amenaza dirá que lo hizo ebrio, o enojado, o bajo otra condición, lo que llevará sin duda alguna a que los Tribunales lo absuelvan.

Por ello, debemos buscar y obtener de la forma que la ley permite, todo antecedente de contexto que resuelva nuestra falencia de prueba. Y es en este punto, también, donde ha de realizarse un arduo trabajo investigativo y en litigio que permita a los jueces que hayan de resolver, quebrar el umbral de la duda razonable y condenar. Tarea muy difícil y complicada, ya que los principios de lógica y máximas de experiencia hoy en día, más que ayudar a condenar, sirven como argumento para absolver.

Quedamos entonces sumidos bajo un manto de dificultad extrema cuando estamos frente a un amenazador que estando solo en su hogar amenaza a su víctima con matarla: no hay testigos, no hay prueba científica, sólo expresiones que conocen el agresor y su víctima.

¿Qué hacer ante ello?

Veremos un caso como el señalado en el fallo adjunto: un hombre que en la soledad del hogar amenaza a su víctima, su cónyuge, pero que tiene algo, que no obstante no formar parte del hecho, le da verosimilitud al mismo, haciéndolo creíble; se encuentra cumpliendo condena efectiva a 20 años por homicidio calificado.

Pudiera parecer simple obtener una condena por amenazas para un sujeto con aquel historial delictual, pero muy por el contrario, es mas difícil, ya que tuvimos que luchar contra los archirrepetidos argumentos defensivos, tales como

que no hay que condenar por lo pasado, no hay que predisponer a un tribunal, no hay que estereotipar al sujeto.

Entonces, luego de entrevistar a la víctima y testigos de contexto, y de ver al imputado en su condición física y actitud, nos decidimos a requerir por las amenazas teniendo presente que se podía:

- 1.- Acreditar la acción con la declaración de la víctima y testigo de contexto.
- 2.- Establecer la seriedad con la declaración de la víctima, testigo de contexto; circunstancias de día, hora y lugar.
- 3.- Fundar la verosimilitud con todo lo señalado previamente, y en especial, con la presencia del imputado ante el Juez y la intermediación del sistema.

Revisemos, entonces, el fallo del Tribunal a continuación, y veamos los puntos importantes, que desde ya adelantamos, se encuentran en los acápite Undécimo y Duodécimo.

### **Sentencia:**

Tomé, cinco de octubre de dos mil nueve.

### **VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que ante este Juzgado de Garantía de Tomé, se realizó la audiencia de juicio oral seguida contra **S.T.M.R.**, alias “petróleo”, agricultor, cédula de identidad N°xxx; con domicilio en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Los Angeles. Fue parte acusadora el Fiscal Adjunto del Ministerio Público Juan Yáñez Martinich, domiciliado en calle Nogueira N°1111, Tomé; en tanto que la defensa estuvo a cargo del Abogado Juan Pablo Villanueva Cardemil, domiciliado en calle Sotomayor N°1137, Tomé.

**SEGUNDO:** Que los hechos y circunstancias que fueron objeto de la acusación son los siguientes: el día 01 de mayo del año 2009 aproxima-

damente a las 23,00 horas llegó el requerido S.T.M.R. al domicilio de su cónyuge doña N.C.B.D. ubicado en xxx, gracias a que se encontraba con el beneficio intra penitenciario de salida los fines de semana. Llegó al domicilio bajo los efectos del alcohol y le señaló expresamente “si no me aceptas soy capaz de matarte”, causándole un profundo temor a la víctima B.D., atendido que en otras oportunidades le había hecho amenazas de muerte, indicando que no le importaba nada que la cárcel había sido su casa.

Que, a juicio de la Fiscalía, los hechos antes descritos son constitutivos del delito de amenazas, previsto y sancionado en el artículo 296 N°3 del Código Penal, en grado de ejecución consumado, atribuyendo participación en calidad de autor directo.

*Importante es señalar aquí, que la conducta descrita y acción desplegada consiste en la expresión “SOY CAPAZ*

*DE MATARTE*”, produciendo temor. Es a esa frase donde la prueba se dirigió, a acreditar que el sujeto activo era *CAPAZ* de matar a la víctima. Esta expresión para nosotros cumplió con lo que una amenaza penal ha de tener:

- a) *Contener en sí un anuncio de un daño, le señala que es capaz de matarla, es decir capaz de causarle una lesión a un bien jurídico protegido, que la víctima no está obligada a sufrir, y que pueda ocurrir en lo futuro.*
- b) *Posibilidad de que el daño anunciado ocurra, lo que logramos determinar con la declaración de la víctima y el historial del imputado. En efecto, de lo visto en la investigación logramos convencernos que el sujeto activo del delito PODÍA realizar la conducta, y la podía gobernar hasta consumarla. Es esencial en este punto que el sujeto activo pueda realizar el hecho, y pueda gobernarlo. La amenaza de un hecho imposible (te mataré con un meteorito) no es tal, puede que produzca en alguna medida efectos en la síquis de la persona ofendida, pero hay que estar a la idoneidad de la acción desplegada para configurar el delito.*

*No debemos olvidar que para que un delito se configure, todos los elementos del delito hay que analizarlos desde la perspectiva del hechor, ej: Para la vecina conocida, podrá ser delito de daños que los niños de 8 años que están en la calle le hayan roto el vidrio de una ventana con la pelota de fútbol; pero para nosotros no será más que un hecho fortuito,*

*que si hubo dolo, de todas maneras es impune.*

**TERCERO:** Que, el Fiscal estima que no concurren modificatorias de responsabilidad penal, por lo que solicita se imponga la pena de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo; la pena accesoria de prohibición de acercarse a la víctima y a su domicilio, lugar de trabajo o estudio por el plazo de un año contados desde que recupere su libertad por cualquier causa el imputado; accesorias generales conforme al artículo 27 del Código Penal y las costas de la causa conforme a lo dispuesto por el artículo 45 y siguientes del Código Procesal Penal.

**CUARTO:** Ante la negativa del requerido a admitir responsabilidad en estos hechos y después de haberse celebrado la audiencia prevista en el artículo 395 bis del Código Procesal Penal, se llevó a efecto el juicio oral simplificado.

**QUINTO:** El Ministerio Público no hizo alegato de apertura. En la clausura indicó que el imputado trato de justificar su conducta, en particular, el excesivo tiempo tomado desde que salía desde el centro de cumplimiento penitenciario hasta que llegaba a la casa, como dice la hija. La seriedad y verosimilitud se aprecian con la inmediatez, con el pavor que sentía la hija al responder las preguntas del Tribunal. La amenaza del 01 de mayo la relató claramente la víctima, indicando que el imputado tenía los puños apretados, la camisa arremangada y los dientes apretados; señalando que está cumpliendo con-

dena por homicidio calificado y que como él mismo le dijo a la víctima, la cárcel ha sido su casa. No se trata del ilícito de maltrato habitual, puesto que se requiere reiteración.

En la oportunidad prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal, pide que no se reconozca la colaboración sustancial, ya que con su declaración trató de modificar los alcances de su conducta.

**SEXTO:** Que la defensa, en su alegato de apertura indicó que se deberá absolver a su representado, ya que no ha realizado las amenazas del art. 296 N°3, puesto que no es efectivo que haya pronunciado esas palabras, faltando el verbo rector dentro de los elementos del tipo, esto es, amenazar. Igualmente, agrega que las supuestas amenazas no revisten los caracteres de seriedad y verosimilitud.

En el alegato de clausura solicita que se absuelva a su representado, por que no ha existido amenaza alguna, como lo señaló su representado. Se trata eso sí de una historia de pareja y sus hijos bastante trágica, que no debe solucionarse en este Tribunal. Podría haber un maltrato habitual que sea de competencia del Juzgado de Familia o de Garantía, en todo caso no de carácter físico, ya que ninguna de las testigos relata agresiones de este tipo; por el cual tampoco se podrá condenar, ya que no fue materia de requerimiento. Agrega que el temor de las víctimas no es suficiente para configurar el delito de amenazas.

En la oportunidad establecida en el artículo 343 del Código Proce-

sal Penal, solicita se le reconozca la atenuante del art. 11 N°9, ya que colaboró al señalar que habían discusiones y que había tomado, colocándose en el lugar del hecho. Sin perjuicio de conceder o no la atenuante, de todas maneras pide que se condene al mínimo de 61 días, ya que todo el dolo se agota en la satisfacción del tipo, siendo las amenazas menos lesivas y antijurídicas.

**SÉPTIMO:** Que, como medio de defensa, el imputado prestó declaración en la audiencia de juicio, expresando que nunca la ha amenazado en esa fecha en que llegó a la casa. El problema era porque ella le decía que no volviera a la casa y él llegaba después igual. A veces llegaba a la casa porque su hija lo llamaba y otras veces iba “por las de él nomás”. La última vez él le dijo que no volvería. Si ella le quiere dar otra oportunidad él la aceptaría, porque la quiere.

Respondiendo a las preguntas del fiscal dice que cuando iba a la casa por su propio gusto ella le decía que para qué iba a la casa, porque ella no lo quería allí. El imputado le respondía que iba porque la hija lo había llamado. Le iba a hacer trabajos, pintarle la casa por fuera o por dentro. Su hija lo llamaba a la cárcel, su hija se consiguió el teléfono de estadística. El 01 de mayo llegó a las 11 de la noche. Salía a las 6 de la tarde de Los Ángeles. A veces se iba de a pie hacia el Santo desde Tomé. También caminaba desde la rotonda, ese día no andaba ebrio.

En el interrogatorio de la defensa indica que venía desde Los Ángeles

porque está privado de libertad. Salía con beneficio los viernes. Llegaba de noche. Ese día no estaba ebrio, antes había tomado una copita antes de llegar a la casa, de camino a la casa, no sabe dónde, porque no conoce acá, no es de acá. Cuando venía para acá siempre se tomaba esas copitas cuando venía para acá. Ebrio es cuando uno no se da cuenta de lo que hace, el 01 de mayo había tomado una copita, siempre lo hacía cuando venía para acá. No sabe en qué momento llamó su señora a Carabineros. Cree que fue porque él le dijo a su señora que no iba a venir más. Las veces que venía a Tomé se quedaba en la casa, porque la hija lo llamaba y a veces venía por las de él. En esas ocasiones ella le decía que a qué venía porque ella no lo necesitaba allí, le decía que se fuera, pero él se quedaba en la casa y se iba al día siguiente. Estas eran las discusiones de siempre, en esas ocasiones no la amenazaba, nunca lo ha hecho.

**OCTAVO:** Que, en la audiencia de preparación del juicio oral los intervinientes no acordaron convenciones probatorias.

**NOVENO:** Que, con la finalidad de acreditar los fundamentos de su acusación, el Ministerio Público rindió prueba testimonial y documental.

Declaró **N.C.B.D.**, quien advertida de sus derechos y luego del juramento, señala que el 01 de mayo en la noche llega su esposo desde la cárcel de Los Ángeles. Le fue a abrir la puerta y vio que venía con trago. Él sabe que ella no quiere que tome, siempre le dijo lo mismo, que no tomara, pero nunca

entendió. Lo hizo pasar al living y que tomara asiento. Ella también se sentó y ahí le dijo que no quería que tomara, que así no podían seguir y que entonces no quería ella que volviera, que se fuera al día siguiente y no volviera más. Entonces él le respondió “tú no tienes que echarme, lo que tienes que hacer es respetarme y quererme, porque yo, la cárcel para mí, es mi casa, porque yo soy capaz de muchas cosas, hasta de matarte”. La testigo en ese momento sintió que el corazón se le salía, las piernas le temblaban. Fue donde su nieta, de 10 años. Estaba durmiendo. Estuvo a punto de despertarla porque ella se sentía sola, pero no lo hizo. Volvió donde estaba él, la tele estaba apagada y ella prendió la tele para que la viera. En ese instante él se arremangó las mangas de la casaca y apretaba los dientes, este hombre. Ella miraba varias veces el reloj, esperando a su hija, la que antes había llamado y le había dicho que llegaría temprano. Él le dijo que qué miraba tanto el reloj, si “esa no va a llegar temprano”. Dos meses antes también la había amenazado en el pasillo, porque ella le dijo que no lo quería curado. Él la queda mirando con una mirada fija, traspasante y le dice “yo en este instante tuviera un arma, yo te mato mierda”. Después de esto ha estado muy mal, con desmayos, depresión, constantemente en el médico y tomando remedios. Está amenazada de mucho tiempo, él siempre la amenazó, desde que lo fue a ver cuando él cayó a la cárcel. Él está en la cárcel porque tuvo una discusión con una persona y la mató. Cuando él cayó a la cárcel, ella que estaba enferma después

se levantó y lo fue a ver. Con mucho dolor, porque lo quería, pero ahora se ha sacado las vendas de los ojos. Ella quedó sola con sus hijos, luchando por 17 años con sus hijos. Ahora está haciendo los trámites de divorcio. El hecho por el que está cumpliendo condena, fue una discusión que tuvo con otra persona y su hijo. Ella venía llegando de una operación, y en la noche él salió. Siempre se hizo lo que él decía, a ella nunca se la tomaba en cuenta, ella nunca mandó, hizo lo que quiso y ahora quería seguir haciendo lo mismo. Ahora se toma en cuenta ella, no quiere hacer más vida con ese hombre. Ahora, teniéndolo al frente siente que cumplió con lo que tenía que hacer, ya basta de ocultar cosas tantos años. Le tiene mucho miedo. Pero incluso cuando él venía ella lo esperaba con una cama limpia, recién bañada, ella vieja y todo, pero limpia. Siempre le dijo que no con trago, porque lo que pasó antes fue con trago. Ella quiso hacer una vida con él, su hija que vive en Concepción le dijo que lo perdona, pero ella no lo puede querer por obligación, él no la compró, nunca la tomó en cuenta.

Respondiendo a las preguntas del Tribunal dice que ella no quería que él tomara “por eso mismo”, que “eso me quedó dando vuelta en la cabeza, lo que cometió por haber tomado trago”, cuando tomaba siempre era violento, mandaba, amenazándola siempre a él, alegando solo, curado. Ahora que ya venía de vuelta ella pensaba hacer una vida con él, nunca tuvo otro hombre. Cuando se fue a la cárcel ella quedó sola, no tuvo otro hombre porque él ya la tenía amena-

zada, estuvo amenazada durante 17 años, sólo quiso salir adelante, formar su hogar y esperarlo cuando saliera, como lo hizo. Eso fue por el vino.

Prestó declaración **S.A.M.B.**, quien advertida de sus derechos y luego del juramento de rigor indica que el 01 de mayo de este año, su papá siempre llegaba los días viernes a la casa. Cuando su papá empezó a salir estaban contentos, porque se suponía que iba a cambiar. Empezó a tomar y por eso habían problemas, su mamá no quería eso. No llegaba curado, sino que tomado no más. Siempre llegaba a las 9:00 al centro, por lo que debía llegar temprano, pero llegaba a las 11:30 de la noche. Empezaban a discutir, lo mismo de siempre, como cuando ella estaba chica. La testigo trabaja hasta 01:30 de la noche y cuando llegaba los veía peleando. Ella se preocupó porque su mamá estaba sola en la casa con su hija, su hija tiene 10 años y no quería que estuviera pasando lo mismo que ella pasó cuando tenía 6 años. Por eso ese día cuando la testigo llamó desde su trabajo, su mamá le pidió que se fuera temprano. Cuando llegó la mamá estaba mal, nerviosa, traspiraba helado y su papá estaba con las mangas arremangadas y ahí su mamá le dijo que estaban peleando. Su mamá le dijo que él le había dicho que tenía que respetarlo y quererlo, porque su mamá lo había echado de la casa. Ahí su mamá le dijo que él le manifestó que tenía que respetarlo, sino la iba a matar. A su mamá la encontró mal, nerviosa, cuando ella llegó se puso a llorar. Su mamá le dijo que cuando su papá le dijo eso, ella se

fue al dormitorio donde está su hija y la quiso despertar, pero después lo pensó mejor, para que si pasaba algo que le pasara a ella no más y que su hija no viera nada. La testigo llamaba a su padre a veces para que las viniera a ver, no recuerda que llegara sin invitación, ellas siempre lo esperaban, a veces iba donde su abuela, o a veces no llegaba el viernes, sino que el sábado.

En el contra examen expresó que las discusiones entre su papá y mamá ahora que estaba con los beneficios los fines de semana eran por la hora en que llegaba, llegaba tarde y la mamá al saludarlo al tiro sabía que había tomado. Por eso siempre empezaban las discusiones, por llegar tarde y tomado. Ella nunca lo vio curado, para ella curado es una persona que se cae o tambalea, tomó alcohol, que es diferente a una persona curada. Su papá estaba consciente de las cosas que hacía y decía, podía recordarlo. Esto empezaba cuando ella no estaba en la casa. La testigo le decía a la mamá que se callara porque estaban las dos no más en la casa. Ella no estuvo presente cuando su papá amenazó a la mamá. La primera vez que la amenazó su mamá le dijo que fue de día, su mamá le dijo que ya no lo quería y que se fuera, y ahí su papá le dijo que “en este mismo instante, si tuviera el arma te mataría, mierda”. Ella se lo recriminó a su papá, pero él dijo que fue un decir y la testigo le dijo que cómo le decía eso porque su mamá se cree todo. Esto fue varios meses antes del 01 de mayo, no lo observó. Ella le creyó a su papá porque ella lo quiere. En la noche, cuando ellos se ponían a

pelear la testigo también se asustaba. Le tiene miedo a la noche, porque siempre las cosas que pasaron fueron de noche, de día en cambio no, porque hay gente. Si pasan las cosas de noche a ella le da miedo porque también está su hija. Cuando peleaban de noche y su papá se iba para afuera, ellas estaban con miedo adentro. Tenían temor de que en la noche pasaran las cosas, lo que hizo su papá fue de noche. Tienen más temor de que esas cosas, como de las que fue condenado su papá ocurran de noche. No hubo destrozos ni agresiones los días que su papá estuvo en la casa. Ese día cuando llegó a la casa su mamá le dijo que su papá le dijo “que bueno que llegaste, porque te estaba esperando”, que su papá le había dicho que por qué miraba tanto el reloj, que la testigo no iba a llegar. Esto porque cuando su papá empezó a salir la testigo empezó a llegar más tarde a la casa desde su trabajo, estaba contenta, nunca pensó que iba a pasar algo malo, salía con amigas. Ese día su mamá le contó que su papá dijo que “que mirai tanto el reloj, si esa no va a llegar temprano” y su mamá estaba nerviosa, le había encontrado una botella de vino, su papá le había dicho que tenía que respetarlo y quererlo, sino la podía matar.

Respondiendo a las preguntas del Tribunal responde que sentía miedo en la noche, lo mismo cuando estaba chica, ella y su hermano se escondían debajo de la cama. Ahora, cuando empezaban con las discusiones ella se ponía a tiritar, les decía que pararan de discutir, su hija estaba ahí, ella se hacía la dormida, pero al otro día le

decía a la testigo “mamita, yo escuché anoche todo lo que se dijeron” y por eso tenía miedo. Temía que a ella o a su hija le hiciera daño. A la pregunta que tipo de daño guarda silencio. Finalmente indica “a que siguieran las peleas, que le hiciera daño a su papá”. Agrega que de repente cuando salía su papá para afuera no sabía qué andaba haciendo o buscando. A la pregunta de qué pensaba que podía andar buscando, luego de un momento responde “cualquier cosa para pegarles”.

Además se incorporó al juicio en la forma establecida en el artículo 333 del Código Procesal Penal, la prueba documental consistente en el certificado de matrimonio celebrado el 26 de abril de 1976 entre el imputado y doña N.C.B.D.; y el extracto de filiación y antecedentes, donde aparece una condena dictada en la causa Rol N°33.042-1992 del Segundo Juzgado del Crimen de Los Ángeles, condenado el 01 de junio de 1993 a la pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo por el delito de homicidio calificado.

*En este acápite se describe claramente el contexto de la vida de la víctima y su hija, su relación con el imputado, el temor reverencial y respeto que la víctima tenía por él, por ser su cónyuge, por todo lo que significaba en su vida.*

*Del relato de la víctima y la testigo se puede deducir claramente que la amenaza es grave, a tal punto que determina a la víctima a correr a esconderse a un dormitorio con su nieta; y luego; arrepentirse de ello, y salir del dormitorio, ASUMIENDO que en caso que le*

*vaya a pasar algo, prefiere que le pase a ella y no a su nieta. Así lo manifestó en la audiencia cuando declaró ante el Juez y este Fiscal.*

*De ello se desprende, también, que fue idónea para crear un estado de alarma, ni siquiera putativo, sino real, estado de alarma, que con las modalidades de la acción (manos y dientes apretados) más la historia de vida del imputado (condena por homicidio) y condiciones físicas actuales (ingesta de alcohol), a cualquiera persona le habrían causado pavor.*

**DÉCIMO:** Que, la Defensa se estuvo a la prueba común ya rendida.

**UNDÉCIMO:** Que el Tribunal, apreciando la prueba antes referida con entera libertad y sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, ha llegado a la convicción que se encuentran acreditados, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos: el día 01 de mayo del año 2009 aproximadamente a las 23,00 horas llegó un apersona al domicilio de su cónyuge doña N.C.B.D. ubicado en xxx, gracias a que se encontraba con el beneficio intra penitenciario de salida los fines de semana. Llegó al domicilio bajo los efectos del alcohol y le señaló expresamente “si no me aceptas soy capaz de matarte”, causándole un profundo temor a la víctima B.D., atendido que en otras oportunidades le había hecho amenazas de muerte, indicando que no le importaba nada que la cárcel había sido su casa.

**DUODÉCIMO:** Que, para el establecimiento de los hechos determinados en el considerando que antecede, el Tribunal, apreciando la prueba rendida en la audiencia de juicio oral de conformidad al artículo 297 del Código Procesal Penal, ha tenido en consideración especial la prueba testimonial presentada por el Ministerio Público, en particular, con lo expresado por la ofendida y M.B.; la que resulta idónea para arribar en definitiva a las concusiones fácticas que se han tenido recién asentadas.

En efecto, cabe dejar establecido que los testimonios señalados resultan en todo concordantes, explicando de una manera coherente, conexa y lógica los hechos sobre los cuales han depuesto, relatando cada una de las testigos los acontecimientos que durante el juicio han referido, dando suficiente razón de sus dichos, tanto en lo que respecta al lugar, oportunidad y a las circunstancias accesorias en que sucedieron, impresionando en definitiva al Tribunal como elementos de prueba veraces y creíbles, sin que, por otro lado, sus dichos hayan resultado controvertidos por prueba alguna en contrario, ni por la declaración parcial del imputado y sin que se advierta un motivo para no ser veraces en sus declaraciones.

Así, respecto a la acción típica de “amenazar”, es decir, de dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro; ambas testigos están contestes en indicar que el imputado profirió la expresión “sería capas de matarte”, agregando también que luego de aquello, la ofendida lo encontró con los brazos de la

camisa arremangados, con los puños y dientes apretados; acciones físicas que el Tribunal estima se deben valorar conjuntamente con las expresiones vertidas y que son demostrativas de que en ese momento el imputado estaba en un estado de agitación y posible descontrol. Estas conductas anexas a las palabras que utilizó, son las que configuran el carácter de serias y verosímiles a las amenazas.

El mal que se anunció se ocasionaría a la ofendida, es uno que ataca directamente su vida, la que fue proferida sin observarse en el tenor de la misma ni en las circunstancias exteriores, que se haya manifestado como broma o burla, sino que más bien queda de manifiesto la intención de concretar el mal anunciado. En efecto, lo anterior se colige de diversas circunstancias en las que las testigos están plenamente contestes, a saber: que la ofendida y el imputado estaban sólo en compañía de la nieta de 10 años de edad; en un domicilio ubicado en un sector rural; que los sucesos acaecieron de noche -como era siempre que había problemas en la familia-; que momentos antes el sujeto activo habría estado bebiendo alcohol, lo que lo ponía violento -como también ocurría antes y que al parecer motivó la conducta homicida del imputado realizada hace 17 años atrás-; y que además de las palabras, el imputado tuvo gestos intimidantes con la víctima.

Ahora bien, habiéndose asentado la seriedad de la amenaza en cuanto a su existencia como tal, también el Tribunal ha llegado a la convicción que esta es verosímil respecto al mal

con el que se amenaza. Es decir, que desde la perspectiva de la ofendida, por la forma y circunstancias en que fue proferida, para ella resultó tan creíble su realización, que incluso la movió a dirigirse a la pieza donde estaba durmiendo su nieta y despertarla, para luego arrepentirse, según lo manifestado por M.B., ya que si pasaba algo, la ofendida optó por que le pasara a ella y no a la niña. Otro elemento que reafirma esta conclusión, es que desde ese momento B.D. miraba insistentemente la hora, esperando que llegara pronto su hija, a quien antes ya había solicitado volver temprano por la presencia intimidante del sentenciado en la casa. Es decir, claramente en la víctima produjo un serio temor de perder su vida, temor que además analizado objetivamente este Tribunal comparte, en razón de lo expresado en el párrafo precedente y también de la forma que el Tribunal apreció a la disposición de las testigos en su declaración. En efecto, aun cuando la ofendida se veía más resuelta y con poder de su situación personal actual, al responder las preguntas del Fiscal señaló que al imputado le tiene miedo y que siempre lo ha tenido, describiendo toda una vida de malos tratos, amenazas -incluso cuando él estaba preso-, humillaciones, etc., las que en conjunto, han servido para formar convicción de la seriedad y verosimilitud del mal que el sentenciado anunció. A mayor abundamiento, produjo mayor impresión el tenor y disposición corporal de la testigo M.B., quien no se atrevía a decir la palabra “matar”, para describir la amenaza que su madre le había rela-

tado haber sufrido, y cuando finalmente lo dijo, lo hizo bajando la vista y el volumen de su voz; lo que este Tribunal aprecia según las máximas de la experiencia, como un profundo terror respecto al sentenciado, el que incluso llegaba al extremo de sentir miedo cuando él salía al patio, ya que no sabía lo que podía estar buscando, como algo con que hacerles daño.

Finalmente, la inmediación permitió a esta Juez apreciar otra circunstancia relevante, que es el que siempre ha estado presente en el recuerdo de la víctima y su hija, algo que no fueron capaces ninguna de describir con detalle o incluso de nombrar con precisión frente a las preguntas tanto del Fiscal, como del Defensor e incluso del Tribunal: el hecho que el sentenciado fue condenado por homicidio calificado; apreciándose en esta juez evasivas en recordarlo.

De esta forma, con la prueba ya valorada, lo cierto es que queda en evidencia que se ha atentado contra la seguridad individual de la amenazada como presupuesto de la libertad, amenaza no sujeta a condición alguna, sino que queda claro que el actor sólo buscaba infundir temor en la seguridad de B.D.

De la manera antes referida, la prueba que ha sido valorada, resulta apta para acreditar, más allá de toda duda razonable, los hechos asentados precedentemente y motivan al Tribunal a arribar a aquellas conclusiones fácticas, apreciándola libremente, sin contravenir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia

y los conocimientos científicamente afianzados.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, los hechos que se han tenido por acreditados en el motivo séptimo, constituyen el delito de amenazas, previsto y sancionado en el 296 N°3 del Código Penal, en grado de consumado, toda vez que el día 01 de mayo del año 2009 aproximadamente a las 23,00 horas llegó el requerido S.T.M.R. al domicilio de su cónyuge doña N.C.B.D. ubicado en xxx, gracias a que se encontraba con el beneficio intra penitenciario de salida los fines de semana. Llegó al domicilio bajo los efectos del alcohol y le señaló expresamente “si no me aceptas soy capaz de matarte”, causándole un profundo temor a la víctima B.D., atendido que en otras oportunidades le había hecho amenazas de muerte, indicando que no le importaba nada que la cárcel había sido su casa.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, acorde a la aseveración tenida por cierta en los fundamentos precedentes, no cabe sino concluir que el acusado M.R. intervino en calidad de autor directo en el ilícito penal asentado en la motivación anterior. Efectivamente, los elementos de prueba analizados en este fallo llevan al convencimiento del Tribunal, más allá de toda duda razonable, que el Estado ha desvirtuado la presunción de inocencia y demostró que actuó en calidad de autor ejecutor, desde que tomó parte en la realización del hecho de una manera inmediata y directa.

Así, B.D. y M.B. están contestes en imputar autoría material directa

al sentenciado, la primera porque lo vio directamente y la segunda por haberlo escuchado de su madre cuando regresó a la casa, agregando que la encontró mal, nerviosa y que cuando llegó se puso a llorar, reacciones físicas en la ofendida que dan credibilidad a su relato; lo que además demuestra el dolo directo del sujeto activo, puesto que su conducta, tanto de palabra y gestos, se encaminó a infundir temor en la ofendida -según las testigos- porque su cónyuge tenía que aceptarlo, quererlo y no expulsarlo de la casa.

Se deja igualmente asentado que los testigos están contestes en que el hecho se habría producido cuando el imputado se encontraba gozando del beneficio de salida los fines de semana, ya que se encuentra preso en Los Ángeles, lo que explica su presencia en el hogar.

**DÉCIMO QUINTO:** Que, por todo lo reflexionado, sobre la base de la prueba producida y que no ha sido no desvirtuada, esta sentenciadora ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, que la existencia del ilícito penal objeto de la acusación formulada por el Ministerio Público fue acreditada durante el juicio oral y que en él efectivamente le correspondió al acusado participación culpable, en calidad de autor según lo establece el artículo 15 N°1 del Código Penal, el cual se encuentra en grado de desarrollo consumado.

**DÉCIMO SEXTO:** Que el Tribunal no hará lugar a lo solicitado por la defensa en orden a absolver por no haberse acreditado las amenazas o

por no ser estas serias y verosímiles; en razón de lo ya latamente expresado en el motivo duodécimo, puesto que hubo amenazas, siendo suficiente a este respecto la utilización de la frase “sería capaz de matarte”, la que unida a los demás elementos de hecho que la rodearon, sólo llevan a concluir en que efectivamente se amenazó en los términos que se entiende esta palabra por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y que esta satisface los presupuestos penales copulativos de seriedad y verosimilitud; por lo que se desechará su petición en este sentido.

En conclusión, habiéndose superado el criterio de duda razonable, se estima que la prueba de cargo ha sido suficiente para producir la convicción del Tribunal.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, no se acogerá la atenuante del artículo 11 N°9, ya que la declaración del acusado sólo sirve para situarlo en el lugar de los hechos, cuestión ya probada con los testimonios de las testigos. Por lo demás, en su exposición niega el hecho capital de las expresiones vertidas y niega también otras amenazas anteriores, respecto a lo cual al menos en una de ellas existe acuerdo entre las testigos que sí se ocasionaron, por lo que su declaración ha propendido a desviar la atención del Tribunal más que a aclarar los hechos, razones suficientes para estimar que no ha colaborado, ni siquiera accidentalmente con la investigación.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que, siendo la pena un grado de una divisible, no existiendo modificatorias de respon-

sabilidad penal, según lo dispuesto en el artículo 67 inciso 1 de Código Penal, el Tribunal está facultado para recorrer la pena en toda su extensión. En este caso, considerando la gravedad del mal con el que se amenazó, la posibilidad cierta de que se concretara, la situación de riesgo de la víctima, su vulnerabilidad, por la hora y lugar en que se encontraba, la mayor extensión del mal ocasionado con el delito, por todas las afecciones físicas y psicológicas que en razón de estos hechos se ocasionaron a la ofendida, además del temor constante a la presencia del imputado; se estima que una pena de trescientos días resultará proporcionada al mal ocasionado con el delito, por lo que se aplicará la sanción en dicha extensión, en forma efectiva.

Por estas consideraciones y atendido lo dispuesto en los artículos 1, 7, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 25, 26, 30, 47, 50, 67, 69, 296 y demás aplicables del Código Penal; artículos 1, 2, 7, 9, 12, 13, y demás aplicables de la ley 20.066; artículo 1, 36, 45, 46, 47, 282, 295, 296, 297, 309, 323, 325, 328, 333, 338, 339, 340, 341, 342, 344, 346, 348, 388, 389, 393, 394, 395, 395 bis, 396 y 468 del Código Procesal Penal; se declara:

**I.-** Que se condena, con costas, a **S.T.M.R.**, ya individualizado, a la pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, por su responsabilidad en calidad de autor del delito consumado de amenazas no condicionales, cometido en esta comuna el 01 de mayo de 2009.

**II.-** Que se condena a la accesoria legal de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

**III.-** Que, se condena a la pena accesoria establecida en el artículo 9 letra b) de la Ley N°20.066, prohibición de acercarse a la víctima y a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, por el plazo de un año contado desde que el imputado recupere su libertad.

**IV.-** La pena corporal impuesta la deberá cumplir en forma efectiva, una vez que termine el cumplimiento de la pena dictada en la causa Rol N°33.042-1992 del Segundo Juzgado del Crimen de Los Ángeles, sin abonos que considerar.

Certifíquese para efectos de lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Regístrese, dése copia y archívese en su oportunidad.

**RUC N°0900460609-1.**

**RIT N°658-2009.**

Dictado por doña **TANIA GALLGANI UGARTE**, Juez de Garantía de Tomé.

**CERTIFICO:** Que, con esta fecha remití la presente sentencia vía correo electrónico al Fiscal Adjunto Juan Yáñez Martinich y al Abogado

Defensor Juan Pablo Villanueva Cardemil. Tomé, 06 de octubre de 2009. **“TÚ NO TIENES QUE ECHARME, LO QUE TIENES QUE HACER ES RESPETARME Y QUERERME, PORQUE YO, LA CÁRCEL PARA MI, ES MI CASA, PORQUE YO SOY CAPAZ DE MUCHAS COSAS, HASTA DE MATARTE”.-**

*Esta frase es el resumen de lo ocurrido el día de los hechos, pero más que eso, es lo que la víctima declara ante el Tribunal, el cual, gracias a la existencia de la intermediación, pudo corroborar que lo que aconteció ese día, no fue una mera pelea.*

*Hubo amenazas que fueron capaces de crear un estado de temor o inquietud en quien las sufrió, que le impuso trabas a la libertad de la víctima, en forma ilegítima, limitando su autodeterminación y libertad.*

*Esas trabas, ese temor, ese dolor, pavor y pánico, sólo se puede vivir cuando se tiene a la víctima presente...estos sentimientos se vivieron el día 1 de mayo de 2009 en la casa de la víctima, pero se revivieron en el Tribunal de Garantía de Tomé el día del juicio simplificado, los cuales aún recordamos. Esa vivencia repetida, a través de la inmediatez en el Tribunal, permitieron más allá de toda duda razonable, condenar a un sujeto, pero más importante aún, proteger a una víctima.*

## CONTENIDOS

### Artículos

Reiteración y delito continuado desde la perspectiva de la prescripción de la acción penal

*José Luis Cortés Z.*

El Objeto material en el delito de tráfico ilícito de drogas

*Ximena Marcazzolo A.*

Registro de cargas bolivianas conforme al derecho interno y los tratados internacionales

*Lorena Rebolledo L.*

Acerca del valor de los llamados metaperitajes sobre evaluaciones periciales psicológicas a víctimas

*Sofía Huerta C. y Francisco Maffioletti C.*

Consideraciones para la investigación del fenómeno del grooming

*Catalina Duque G.*

Algunas consideraciones sobre autoría y participación en estructuras empresariales

*Marcos Contreras E.*

Análisis del desarrollo moral en adolescentes infractores de ley

*Miguel Morales D.*

### Sentencias Comentadas

Sentencia de la Excma. Corte Suprema que acoge recurso de nulidad por errónea aplicación de derecho. Suspensión del curso de la prescripción de la acción penal

*Pablo Campos M.*

Recurso de queja rechazado. Omisión de señalar cómo se invocan las causales en el recurso de nulidad

*Pablo Campos M.*

Recursos de nulidad rechazados. Delito de falsificación de instrumento público y de uso malicioso de instrumento público falso

*Yelica Lusic N.*

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción aplica la prescripción gradual de la pena del artículo 103 del Código Penal

*Alejandra Vera A.*

Delitos tributarios y recopilación de antecedentes. Comentarios a propósito de un fallo dictado por el Tribunal Constitucional

*Alejandro Moreira D.*

Voces silenciadas

*Carolina Fuentes R.*

Amenazas: ¿realidad de un mal o exceso de celo de las víctimas?

*Juan Yáñez M.*

### Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Robo con violencia o intimidación alegando orden falsa de alguna autoridad o dándola por sí fingiéndose funcionario público. Ánimo de apropiación. Iter criminis

*Corte Suprema*

Acoge recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público. Aplicación supletoria de las normas del procedimiento ordinario. Ministerio Público y el debido proceso

*Corte Suprema*

Rechaza recurso de nulidad deducido por la parte querellante. Introducción de prueba. Informe de peritos

*Corte Suprema*

Rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa. Declaración de perito en juicio oral. Principio de contradicción. Trascendencia de la infracción de garantías

*Corte Suprema*

Corte Suprema califica como cuasidelito del artículo 491 del Código Penal la muerte de feto producida antes de su nacimiento, como consecuencia del comportamiento negligente de facultativos

*Corte Suprema*