



Revista Jurídica del Ministerio Público

ISSN: 0718-6479

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Nº 35 - Julio 2008

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Colaboradora:

Andrea González Leiva

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz

Coordinador

Carlos Carvajal Bustos

Iván Fuenzalida Suárez

Sandra Luco Castro

Ricardo Mestre Araneda

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

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

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

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: 6909293

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

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

ÍNDICE	pág.
PRÓLOGO	7
I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL	
Artículos	
Comentario de Ley N° 20.236, que tipifica el delito de atentados contra los fiscales del Ministerio Público. <i>Silvia Peña Wasaff</i>	11
Algunas consideraciones sobre la disponibilidad de la acción penal pública en el sistema alemán y angloamericano. <i>Eduardo Picand Albónico</i>	17
Sentencias Comentadas	
Fallo de la Corte Suprema que rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa de un condenado por delitos sexuales. <i>Pablo Campos Muñoz</i>	24
Comentario sobre fallo de la Corte Suprema que rechaza petición de indemnización por supuesto error judicial. <i>Silvia Peña Wasaff</i>	37
Fallos	
Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa. Garantía del artículo 19 N° 3 inciso 5 de la Constitución Política de la República; Presunción de inocencia; Principio de congruencia; Debida fundamentación de la sentencia Corte Suprema .	49
Rechaza los recursos de nulidad por las causales del artículo 373 letras a) y b) del Código Procesal Penal interpuestos por las defensas, estimando que se respetaron las normas del debido proceso y que la acción homicida de los acusados fue aleposa. Corte Suprema .	65
Recurso de amparo rechazado. Aplicación del artículo 28 de la Ley N° 18.216. Corte Suprema .	74
Recurso de amparo rechazado. Efectos de la apelación contemplada en el artículo 25 de la Ley N° 18.216. Corte Suprema .	79
Recurso de amparo rechazado. Revocación de beneficios de la Ley N° 18.216. Corte Suprema .	82
Declara la licitud de la prueba de fuente autónoma. Corte Suprema .	87
Declara inadmisibles los requerimientos de inaplicabilidad, por cuanto se pretendió impugnar por esta vía un acto administrativo y no un precepto legal. Tribunal Constitucional .	93

II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

Breves consideraciones sobre la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el tratamiento de los tipos penales destinados a combatir la corrupción en el sector privado con especial referencia al bien jurídico tutelado. 97

Rodrigo Aldoney Ramírez

Autoría mediata en delitos especiales propios. 104

Luis Humberto Contreras Alfaro

Proyectos de Ley vinculados a la lucha en contra de la corrupción. 117

Hernán Fernández Aracena

Sentencias Comentadas

Juez de Garantía condena por delitos de fraude y malversación reiterados a funcionario Seremi de Agricultura. 125

Roberto Morales Peña

III. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículos

Criterios contenidos en las sentencias dictadas por infracción a la Ley N° 20.000 durante los meses de mayo a julio de 2008. 147

Renzo Figueroa Aste

La investigación patrimonial en la Ley N° 20.000. 164

Ximena Marcazzolo Awad

Tráfico de sustancias químicas controladas en Bolivia. 172

Lorena Rebolledo Latorre

Sentencias Comentadas

La guarda de droga como hipótesis de tráfico. 185

Renzo Figueroa Aste

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Artículos

La “Euro Orden” de detención y entrega. 195

Eduardo Picand Albónico

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

Artículos

- ¿Qué es el grooming o ciberacoso sexual a niños a través de Internet? 215
Félix Inostroza Díaz, Francisco Maffioletti Celedón y Macarena Car Silva
- El delito de almacenamiento de material pornográfico infantil:
La plena vigencia del tipo penal del inciso segundo del artículo 374 bis,
a la luz de la opinión doctrinaria y jurisprudencial. 234
Luis Torres González

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

Artículos

- Las medidas precautorias contempladas en la Ley N° 19.039 sobre propiedad industrial y su aplicación en el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal. 245
Andrés Grunewaldt Cabrera
- Punibilidad y tratamiento jurisprudencial de las conductas de phishing y fraude informático. 254
Verónica Rosenblut Gorodinsky

Sentencias Comentadas

- Breve comentario acerca del fallo pronunciado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena con fecha 8 de agosto de 2007, condenando por el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales previsto en el artículo 19 del D.L. N° 3.500. 267
Verónica Rosenblut Gorodinsky
- Comentarios acerca de primer fallo pronunciado en el marco del nuevo proceso penal por delito de interrupción de servicios públicos de la Ley N° 12.927 sobre seguridad interior del Estado. 308
Rodrigo Garay Rojas

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

- Regulación y efectos de las anotaciones prontuariales de los adolescentes. 321
Iván Fuenzalida Suárez
- Análisis estadístico descriptivo de los femicidios ocurridos durante el año 2007. 336
Roberto Rodríguez Manríquez

Sentencias Comentadas

La Corte de Apelaciones de Temuco declara que la pena de internación en régimen semicerrado no es susceptible de cumplimiento parcial. 342

María Angélica San Martín Ponce

La circunstancia prevista en el artículo 10 de la Ley N° 20.066 no constituye una condición previa de procesabilidad ni un elemento del delito de desacato. 345

María José Taladriz Eguiluz

PRÓLOGO

Presentamos la edición N° 35 de esta publicación, que corresponde a la segunda entrega en el nuevo formato de la Revista Jurídica del Ministerio Público.

En este número el lector podrá encontrar artículos sobre materias de gran interés, todos ellos contenidos en la sección de la unidad especializada correspondiente, sin perjuicio de aquellos que tocan temas comunes a todos los demás apartados y que, por lo mismo, se contienen en la sección de materias de interés general.

Cabe destacar aquellos artículos con los cuales han colaborado en esta edición fiscales adjuntos y abogados asesores de Fiscalías Regionales, los cuales constituyen una clara muestra del interés de los funcionarios del Ministerio Público por dar a conocer sus trabajos, y a la vez revelan el esfuerzo por desarrollar actividades de investigación jurídica en temas de gran contingencia.

Ello además es una señal concreta de que esta publicación es el órgano de difusión del Ministerio Público, en tanto da cabida a los aportes de todos sus profesionales en el área de la investigación jurídica, así como en otros temas que exigen una visión interdisciplinaria, tales como aquellos relativos a los delitos de índole sexual, aquellos vinculados a la violencia intrafamiliar o bien los referidos a la protección de víctimas y testigos.

Por su parte, se contienen diversas sentencias comentadas por su alta importancia y trascendencia, así como referencias a fallos que, en las diferentes materias específicas, vale la pena destacar por su especial contenido, en cada caso con la transcripción textual de los mismos.

SABAS CHAHUÁN SARRÁS

Fiscal Nacional

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

COMENTARIO DE LEY N° 20.236, QUE TIPIFICA EL DELITO DE ATENTADOS CONTRA LOS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

—Silvia Peña Wasaff^f

El 27 de diciembre de 2007 fue publicada en el diario Oficial la Ley N° 20.236, que tipifica como delitos específicos los atentados contra la vida y la integridad corporal, así como también las amenazas, cometidos en contra de fiscales del Ministerio Público y defensores penales públicos, tomando como modelo las modificaciones introducidas al Código de Justicia Militar por la Ley N° 20.064², respecto a esos mismos delitos, cuando afecten a miembros de Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones.

La ley aprobada se originó en una moción presentada en junio de 2007 por un grupo de senadores³, aunque en honor a la verdad, las ideas matrices de dicho proyecto ya estaban contenidas en una propuesta legislativa elaborada por la Fiscalía Nacional del Ministerio Público en noviembre de 2006⁴.

La Ley N° 20.236 consta de un artículo único por el cual se agrega un nuevo párrafo, el párrafo 1 bis, al Título VI del Libro II del Código Penal, que comprende los arts. 268 ter a 268 quinquies, cuyo tenor es el siguiente:

- 1 Abogada asesora, Fiscalía Nacional, Ministerio Público, Doctorada en Derecho en la Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Alemania.
- 2 Dicha ley, publicada el 29 de septiembre de 2005, modificó sustancialmente la tipificación y las penas del delito conocido *como maltrato de obra a carabineros*, que contemplaba el Código de Justicia Militar en los arts. 416 y ss., regulándolo de manera similar a los delitos de homicidio y lesiones del Código Penal. En cuanto al antiguo delito de injurias u ofensas de palabra, éste fue asimilado a las amenazas, previstas en los arts. 296 y 297 del mismo cuerpo legal. Sobre las modificaciones introducidas al Código de Justicia Militar por la Ley 20.064 puede verse el Oficio FN N° 549, de 28 de septiembre de 2005.
- 3 A saber, los senadores integrantes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, señores José Antonio Gómez, Soledad Alvear, Alberto Espina, Hernán Larraín y Pedro Muñoz Aburto. La moción fue presentada a petición expresa de la Asociación Nacional de Fiscales del Ministerio Público, A.G., cuya directiva fue recibida por esa Comisión en junio de 2007.
- 4 La propuesta en cuestión fue enviada al Ministerio de Justicia y al Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, con el fin de que fuese patrocinada por el Ejecutivo o algún parlamentario, sugerencia que fue íntegramente acogida por los senadores José Antonio Gómez, Alberto Espina y Hernán Larraín, quienes en enero de 2007 presentaron el respectivo proyecto (Boletín 4872-07), que luego se archivó como consecuencia de la presentación del proyecto mencionado en la nota anterior (Boletín 5103-07). Ambos proyectos son muy similares, diferenciándose sólo en cuanto a la ubicación sistemática, la mención explícita de las penas y la inclusión del delito de amenazas, que el primero no contemplaba.

§ 1 bis. *Atentados y amenazas contra fiscales del Ministerio Público y defensores penales públicos*

Art. 268 ter. El que mate a un fiscal del Ministerio Público o a un defensor penal público en razón del ejercicio de sus funciones, será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Art. 268 quáter. El que hiera, golpee o maltrate de obra a un fiscal del Ministerio Público o a un defensor penal público en razón del ejercicio de sus funciones, será castigado:

1°. Con la pena de presidio mayor en su grado medio, si de resultas de las lesiones el ofendido queda demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.

2° Con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si las lesiones producen al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

3° Con presidio menor en grado medio a máximo, si le causa lesiones menos graves.

4° Con reclusión menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, o sólo esta última, si le ocasiona lesiones leves o no se produce daño alguno.

Art. 268 quinquie. El que amenazare a un fiscal del Ministerio Público o a un defensor penal público en los términos de los artículos 296 y 297 de este Código, en razón del ejercicio de sus funciones, será castigado con el máximo de la pena o el grado máximo de las penas previstas en dichos artículos, según correspondiere.

Análisis de las modificaciones

1. Ubicación sistemática:

El primer comentario que cabe hacer con respecto a esta nueva normativa se refiere a su ubicación sistemática, en un párrafo introducido especialmente al efecto a continuación del párrafo 1°, el cual lleva por rúbrica “Atentados contra la autoridad”⁵. Esta ubicación separada sugiere la idea de que los fiscales del Ministerio Público no serían autoridades, cuestión que ha sido debatida reiteradamente a propósito del delito de desacato, pronunciándose los tribunales mayoritariamente en sentido afirmativo. Sin embargo, la explicación ha de buscarse en el hecho de que la norma aprobada incluye también a los defensores, a cuyo respecto se hace más difícil asimilarlos a la autoridad, puesto que, a

5 La propuesta del Ministerio Público incorporaba los nuevos delitos en el referido párrafo 1°, inmediatamente a continuación del delito genérico de atentados contra la autoridad (arts. 261 y 262), como art. 262 bis, pero es preciso hacer presente que el tipo contemplaba solamente a los fiscales como posibles sujetos pasivos.

diferencia de los fiscales, los defensores no tienen raigambre constitucional y sus funciones se limitan a las propias de un abogado, esto es, la representación y defensa de personas ante los tribunales de justicia, aunque lo hagan en calidad de funcionarios públicos⁶.

2. Bien jurídico protegido:

La ubicación sistemática se halla en estrecha relación con la naturaleza del bien jurídico protegido por los nuevos delitos, el cual ciertamente no puede asimilarse sin más a la vida y a la integridad corporal, en la misma forma como los protege el Código Penal, pues en tal caso bastaría con los respectivos delitos de homicidio y lesiones. En consecuencia, es evidente que la protección que se les brinda a los fiscales y defensores públicos a través de los delitos que aquí comentamos, es primordialmente en atención a las funciones que realizan y no en cuanto individuos. Lo cual no obsta a que, adicionalmente, se proteja también la vida y la integridad corporal de quienes cumplen las respectivas funciones, pues sabido es que el bien jurídico protegido por un determinado tipo penal no tiene por qué ser único ni excluyente.

De ahí que estos delitos constituyan una especie particular dentro de los atentados contra la autoridad, previstos en los arts. 261 y 262 del Código Penal, por lo que el bien protegido es en ambos casos el mismo: *el principio de autoridad*, bien jurídico colectivo con el que se quiere significar la protección de que están revestidas las funciones públicas en cuanto tales, funciones que necesariamente habrán de ser desempeñadas a través de personas concretas. En consecuencia, la mayor pena con que se castiga la muerte o las lesiones ocasionadas a un fiscal o defensor público, no obedece a que la vida o la integridad corporal de éstos sea socialmente más valiosa que la de cualquier persona, sino que al atentar contra ellos se atenta también contra la autoridad del Estado, materializada en sus personas.

3. Sujetos activos y pasivos:

Sujeto activo de estos delitos puede ser cualquier persona, sin que se requiera que sea interviniente en algún juicio en que le corresponda actuar al fiscal o defensor, a condición de que la acción típica se haya realizado *en razón del ejercicio de las funciones* de aquéllos, expresión sobre la que volveremos más adelante.

En cambio, sólo pueden ser *sujetos pasivos* los fiscales del Ministerio Público y los defensores penales públicos. En cuanto a los primeros, deberá entenderse que también quedan protegidos los abogados asistentes de fiscal, en la medida en que realicen funciones propias de éstos cuando el Código Procesal Penal lo

6 Esta ubicación sistemática se debió a una indicación del diputado Burgos, pues el proyecto original incluía los nuevos tipos penales, también en un párrafo aparte, pero a continuación del párrafo 2° bis, sobre obstrucción a la justicia, inmediatamente después del art. 269 ter, que tipifica un delito especial que sólo pueden cometer los fiscales del Ministerio Público, por lo que no parecía el lugar más apropiado para insertar normas tendientes a proteger a los fiscales frente a posibles atentados en su contra.

autoriza. Y en lo que concierne a los defensores, durante la discusión de la ley se esclareció que sólo beneficia a los defensores públicos, sean funcionarios o licitados, pero no a los defensores privados⁷.

4. Conductas punibles:

Las conductas descritas en los nuevos arts. 268 ter, 268 quáter y 268 quinquies, abstracción hecha de los sujetos pasivos, son las mismas que las de los tipos de homicidio, lesiones y amenazas, previstos en los arts. 391, 397, 296 y 297, respectivamente.

Así, en el caso del *homicidio*, el verbo rector es matar, esto es, causar la muerte de otro por cualquier medio idóneo para tal fin. Dado que en el delito especial que comentamos, la conducta debe realizarse en razón del ejercicio de las funciones de fiscal o defensor, tal conducta sólo puede cometerse en forma deliberada, o sea, con dolo directo, lo que excluye la posibilidad de un homicidio culposo.

En el caso del delito de *lesiones*, las acciones típicas son herir, golpear o maltratar, siempre que produzcan como resultado una lesión objetivamente comprobable y que pueda subsumirse en algunas de las hipótesis legales, de acuerdo con los daños permanentes o la duración de la enfermedad o incapacidad que provoquen. Sin embargo, en el caso específico del delito que analizamos, se castigan como lesiones leves *las simples vías de hecho*, esto es, aunque no haya una lesión perceptible por los sentidos, lo que constituye una importante diferencia con el delito genérico de lesiones del Código Penal. Otra diferencia que presenta la nueva normativa respecto a la regulación de este delito en el Código Penal, es que no tipifica en forma separada la castración ni las mutilaciones, las que, por lo tanto, deberán entenderse incluidas en las lesiones gravísimas. Al igual que en el caso anterior, las lesiones deben causarse deliberadamente, por lo que sólo se castigan cuando sean dolosas.

Por último, en cuanto al delito de *amenazas*, la conducta punible consiste en dar a entender a otro por cualquier medio la intención de causarle algún mal⁸, sea a él mismo o a su familia, mal que puede ser o no constitutivo de delito, y siempre que tal conducta reúna los demás requisitos que establecen los arts. 296 y 297. Recordemos que, de acuerdo a las citadas disposiciones, los requisitos comunes a toda amenaza son: que el mal con que se amenaza afecte a la persona, honra o propiedad de la víctima o de su familia, y que por las circunstancias que rodean la amenaza, su ejecución aparezca como verosímil. La expresión *familia* comprende, según el inciso final del art. 296, al cónyuge, los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta, así

7 Véase el Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de la Cámara de Diputados, p. 3.

8 Acepción 1ª de la voz amenazar, según la 23. ed del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

como los colaterales hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad⁹. Las formas calificadas de las amenazas, cuando el mal anunciado es constitutivo de delito, incluyen la persecución de fines extorsivos, independientemente de que se logren o no, y la comunicación de las amenazas por escrito o por medio de emisarios. El tipo básico de esta clase de amenazas es el del art. 296, N° 3. En cambio, las amenazas en que el mal anunciado no constituye delito, tipificadas en el art. 297, sólo se castigan cuando se cometen con fines de extorsión, aunque el agente no consiga su objetivo.

Pues bien, en el caso del delito de amenazas en contra de fiscales o defensores públicos, introducido por el art. 268 quinquies, a los elementos típicos ya analizados se agrega *un elemento subjetivo de lo injusto*, cual es que las amenazas deben estar directamente relacionadas con las funciones de fiscal o defensor que cumple la víctima. En consecuencia, si las amenazas son motivadas por actuaciones del sujeto pasivo en tanto que simple particular, no se configura el delito del art. 268 quinquies, sino alguna de las variantes de las amenazas comunes de los arts. 296 y 297.

5. Penalidad:

Las penas con que se castigan estos delitos son las mismas que en el caso de los atentados contra Carabineros o miembros de la Policía de Investigaciones, a saber:

- a. En el caso del *homicidio*, la pena es presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado (art. 268 ter);
- b. En el caso de las *lesiones gravísimas* (cuando el ofendido queda demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme), entre las cuales habrá que entender comprendidas también la *castración y mutilaciones*, la pena es presidio mayor en su grado medio (art. 268 quáter, N° 1);
- c. En el caso de las simplemente graves (las que producen enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días), las penas son presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (art. 268 quáter, N° 2);
- d. En el caso de las *lesiones menos graves*, la pena es presidio menor en grado medio a máximo (art. 268 quáter, N° 3);
- e. En el caso de las *lesiones leves o cuando no se produce daño alguno*, la pena es reclusión menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, o sólo esta última (art. 268 quáter, N° 4);

9 Si bien la mencionada disposición alude expresamente al parentesco legítimo y a los padres e hijos naturales, tal referencia debe entenderse tácitamente derogada en virtud de la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, que modificó el Código Civil en materia de filiación.

- f. En el caso de las *amenazas*, se aplican las penas previstas en los arts. 296 y 297, pero aumentadas a la pena máxima o el grado máximo, según corresponda¹⁰ (art 268 quinquies). En consecuencia, las penas van desde el presidio menor en su grado máximo para las amenazas más graves, hasta reclusión menor en su grado medio para las de menor entidad, pudiendo imponerse también como penas accesorias o medidas preventivas la obligación de dar caución o, subsidiariamente, la sujeción a la vigilancia de la autoridad, en conformidad al art. 298.

6. Problemas concursales:

Si bien los delitos que comentamos aquí presentan una evidente relación con los delitos de atentados, por una parte, y con los de homicidio, lesiones y amenazas, por la otra, ello no ofrece mayores problemas concursales, por cuanto representan figuras específicamente referidas a los fiscales del Ministerio Público y a los defensores penales públicos, de modo que se aplican de preferencia a las respectivas figuras genéricas.

10 El proyecto original contemplaba sólo la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, pero en la Cámara se aumentó la penalidad, por estimar que era muy baja en atención a la calidad del sujeto pasivo (véase Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, p. 5).

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA EN EL SISTEMA ALEMÁN Y ANGLOAMERICANO.

Eduardo Picand Albónico¹¹

Introducción

La instauración de un nuevo sistema procesal penal en Chile conllevó la necesidad de adoptar diversas figuras jurídicas existentes en los procesos penales acusatorios vigentes en Derecho Comparado, particularmente el alemán y angloamericano. Una de las tantas figuras jurídicas importadas a nuestro país fue precisamente el “procedimiento abreviado” y el llamado “principio de oportunidad”, esto es, la facultad que tiene el Ministerio Público de no ejercer la acción penal en ciertos casos cuando los hechos investigados carezcan de necesidad o merecimiento de pena¹². Hoy, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, quien ejerce la acción penal no está obligado a ejercerla siempre y de manera automática (principio de legalidad)¹³ hasta la obtención de una sentencia en un juicio oral, dando cabida a la negociación entre los intervinientes cuando ella se compatibiliza adecuadamente con ciertos criterios legales que permiten la coexistencia, vigencia e interrelación de principios penales tan importantes como el *puniendi* estatal, la reparación de la víctima y la reinserción social del imputado como garantía constitucional. Los criterios de oportunidad que tiene el Fiscal deben responder

- 11 Abogado asesor de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 12 El profesor Claus Roxin define el principio de oportunidad como “aquél que permite al fiscal elegir entre accionar o archivar cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido con una probabilidad rayana en la certeza”. ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1972.
- 13 La doctrina mayoritaria entiende que el principio de legalidad impone la obligación al Fiscal de ejercer necesaria e inmediatamente la acción penal ante toda noticia criminal de la cual se entere. La ley rige el proceso penal desde su inicio y hasta su término. Así, algunos han dicho que el “principio de oportunidad” colisiona con el “principio de legalidad” pues lo estaría restringiendo claramente, aún cuando se trate de hechos de baja intensidad criminal. El principio de legalidad impide la negociación de los intervinientes a través de un medio de reparación del perjuicio que no sea el proceso penal. Hegel y Kant fundamentaban su vigencia en principios tales como la jurisdicción; la igualdad jurídica; el acceso a la justicia penal por parte de las víctimas; y el ejercicio del poder punitivo estatal, dejando de lado las doctrinas utilitarias y resocializadoras de la pena, pues poco importaba en ese tiempo la reparación de la víctima frente al castigo estatal. Hoy, sin embargo, la realidad ha superado estas clásicas concepciones que, al menos en los libros, no permitían selectividad alguna por parte de los jueces, policías o el Ministerio Público. El principio de oportunidad, aunque sigue siendo excepcional, no puede ser ignorado, pues resulta ser el más eficiente filtro de racionalidad propuesto procesal y jurídicamente para limitar el ejercicio del *ius puniendi*.

a los fines más relevantes del Estado de Derecho y de un Derecho Penal Liberal: prevención y proporcionalidad de la pena. Se permite, en consecuencia, un tratamiento penal diferenciado –no arbitrario– del conflicto social¹⁴ cuando existen intereses concurrentes basados en la utilidad pública o el interés social, dando lugar a que, dentro de una estructura democrática y no arbitrariamente selectiva, ciertos hechos delictuales de baja criminalidad no sean objeto de proceso penal; o sea, respondan a una reacción distinta del Estado. En el “juego” de estos criterios, el rol de la víctima se vuelve esencial en la sustitución de una condena por una efectiva reparación que permite al Estado no sancionar punitivamente al imputado. Hoy, podemos decir seguros, es parte del pasado el paradigma de la indisponibilidad de la acción penal¹⁵.

A través del presente trabajo, daré a conocer genéricamente cuál es la regulación actual del principio de oportunidad en la Ordenanza Procesal Penal alemana, y la forma de aplicar esta facultad en el sistema procesal norteamericano, particularmente en el *plea bargaining* y el *guilty plea* estadounidense, lo cual nos permitirá darnos cuenta la manera como nuestro legislador va importando a Chile instituciones radicales del *Common Law* que, siendo recogidas por sistemas duros del *Civil Law*, no siempre llegan a instalarse en estas lejanas tierras de la misma manera. En efecto, en nuestro sistema procesal penal, la introducción del mecanismo de “oportunidad” no ha significado otra cosa que el “mitigar” el principio de legalidad, mas no volver disponible la acción penal como ocurre en el sistema angloamericano. Alberto Binder señala que los criterios de oportunidad con los cuales el Fiscal puede abstenerse de la persecución penal pueden clasificarse en cuantitativos (escasa culpabilidad, insignificancia del hecho); cualitativos (calidad del hecho y delito); económicos (multiplicidad de hechos imposibles de investigar); o el mayor interés preponderante (colaboracionismo)¹⁶. En todo caso, la única fuente posible de determinación de los criterios de oportunidad es la ley, pues de lo contrario podrían darse abusos y arbitrariedades. Así las cosas, cuando es la ley quien regula las hipótesis de discrecionalidad del principio de oportunidad, termina convirtiéndose éste en una aplicación más menguada del principio de legalidad¹⁷. En Derecho Comparado europeo el principio de oportu-

14 BACIGALUPO, Enrique: “Discriminación y prevención”, en: Revista del Poder Judicial Nº 2, Madrid, España, 1987, p. 14 y ss.

15 Ver el artículo 230 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

16 BINDER, Alberto: “Introducción al Derecho Procesal Penal”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 253. El autor argentino señala que la vigencia irrestricta del principio de legalidad fue precisamente el motivo por el cual colapsó el trabajo de los tribunales y, además, era una hipócrita manera de selectividad fáctica que nadie quería reconocer y que se llevaba a cabo con frecuencia por las policías y fiscales.

17 MORENO CATENA, Víctor: “Introducción al Derecho Procesal”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 193.

tunidad presenta una fuerte acogida, en España¹⁸, Italia¹⁹, Austria²⁰ y Francia²¹, entre otros. En Latinoamérica ha ocurrido lo mismo, lo cual puede advertirse claramente en el proceso penal colombiano²², peruano²³ y chileno²⁴.

El ejercicio del principio de oportunidad es facultad exclusiva del Fiscal, sin que sea menester la aprobación de su decisión por un órgano jurisdiccional. En el sistema norteamericano, a diferencia del nuestro, esta facultad es muchísimo más amplia, y se traduce en la negociación final a la cual llegan únicamente el *prosecutor* y el imputado.

- 18 En España, se incorporó la figura de la “conformidad del acusado” (artículo 655 y 694 a 700 de la LECrim de 1882, actualizada en 2004) o “confesión del procesado” (artículo 688), a través de la Ley Orgánica 7/1988, lo cual es considerado por los autores como una manifestación del principio de oportunidad, ya que previamente el Fiscal debe ponderar la procedencia de la acción (art. 105).
- 19 El artículo 50 inciso 3° del Código de Procedimiento Penal italiano permite interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal en los casos previstos por la ley. Transcurridos los seis meses ordinarios de la investigación preliminar (*indagini preliminari*, artículos 326 y 327), el Fiscal puede decidir ejercer la acción penal o archivar la causa, con aprobación posterior del juez. El Título VI Libro I del Código consagra el “giudizio abbreviato”, en donde el imputado puede acordar con el Fiscal que la causa termine en la “audiencia preliminar” (tiene lugar una vez que termina la indagatoria preliminar y el fiscal imputa cargos). Así, vemos una clara manifestación de la disponibilidad de la acción penal pública, por cuanto el procedimiento abreviado puede concluir con una indemnización a la víctima sin necesidad de juicio oral. Lo mismo ocurre con el *Patteggiamento*.
- 20 Véase el artículo 167 del Código Penal austríaco, el cual consagra el “arrepentimiento activo”, en virtud del cual un imputado de delito patrimonial no violento puede evitar la pena si efectúa una reparación completa y efectiva de los daños causados a la víctima. Por su parte, el artículo 42 exime de pena a los delitos amenazados con pena pecuniaria, privativa de libertad no superior a tres años, si el autor del delito se encargó de reparar las consecuencias del hecho, reparándolas o compensándolas.
- 21 En Francia el principio de oportunidad no tiene reconocimiento expreso; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia lo han hecho aplicable igualmente en virtud del artículo 40 del Código Penal, respecto del archivo de los antecedentes.
- 22 Véase los artículos 14 y 38 del Código de Procedimiento Penal colombiano, en donde se contempla la conciliación como forma de terminar el proceso penal a través de una indemnización integral de los perjuicios ocasionados, como en la etapa de indagación previa, en la instrucción formal o juzgamiento del imputado.
- 23 Véase el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 238, que consagra expresamente la facultad del Fiscal Provincial de aplicar el principio de oportunidad. Se exige para el ejercicio de esta facultad que el delito sea insignificante o poco frecuente; que no afecte gravemente el interés público; y que la pena mínima asignada al delito no sea superior a dos años de privación de libertad ni haya sido cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.
- 24 Fundamentalmente a través del principio de oportunidad (artículo 170 del Código Procesal Penal); la suspensión condicional del procedimiento (artículos 237 y siguientes del Código Procesal Penal); y la Facultad de no perseverar en la investigación.

Sistema alemán

Los artículos 153 y siguientes de la Ordenanza Procesal Penal alemana (STPO) regulan expresamente el principio de oportunidad, al cual le dan total primacía frente a los ilícitos de bagatela. En Alemania se entiende que el Ministerio Público no tiene la obligación de perseguir todas las infracciones al Derecho Penal, pues precisamente es el Derecho Penal el que castiga situaciones como *ultima ratio*²⁵. El artículo 153 dispone que, con consentimiento del tribunal, no procederá la persecución respecto de delitos leves en donde no exista interés público en ella. Este consentimiento del tribunal ni siquiera es necesario en los delitos insignificantes contra la propiedad y el patrimonio²⁶. Además, el Ministerio Público puede decidir no perseguir delitos cuya pena sea inferior a un año, con la aprobación previa del tribunal; e incluso, con la aprobación del imputado y del órgano jurisdiccional, puede renunciar provisionalmente al ejercicio de la acción penal pública cuando aquél se compromete a reparar el daño causado, otorgue prestaciones a favor de la comunidad y/o cumpla determinadas obligaciones de carácter alimenticio. Este archivo de antecedentes resulta comparable a la suspensión condicional del procedimiento en Chile, y el “sobreseimiento” o “archivo” de los antecedentes por parte del Ministerio Público no produce cosa juzgada, esto es, puede reanudarse el ejercicio de la acción penal en cualquier momento.

El ejercicio de la acción penal privada también queda entregada a la discrecionalidad de los fiscales²⁷, quienes pueden disponer su archivo hasta que, por regla general, interviene el Tribunal. Con posterioridad a ello esta facultad pasa normalmente al órgano jurisdiccional, pero con la aprobación del Fiscal²⁸.

Sistema norteamericano

El Modelo de Sistema Acusatorio por excelencia es el angloamericano, fundamentado en una fuerte defensa a los derechos y garantías del imputado.

El inicio y la prueba en el proceso penal se encuentran radicados en manos de las partes a través del *plea*²⁹; en cambio, la acusación es la instancia procesal en

25 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: “El proceso penal alemán”, Editorial Bosch, 1985, España, p. 47.

26 Véase los párrafos 1° y 2° del artículo 153 de la STPO.

27 Véase artículos 376 y 377 de la STPO alemana.

28 Véase el apartado 2° del artículo 153 de la ZtPO.

29 La locución “*plea*” designa el conjunto de actos de las partes que dan inicio al proceso penal. Es la puerta de entrada al proceso penal. El acusado debe imperativamente declarar en el proceso del *common law*, durante la primera audiencia pública (*arraignment*), alguna de las siguientes tres cosas: “culpable”; “no culpable” o “sin discusión” (no discute los hechos imputados). Conforme escoja el imputado, el derecho a ser juzgado por un jurado compuesto por sus pares –el Gran Jurado– variará. Si declara “culpable” o “sin discusión”, pierde este esencial derecho del *Common Law*; en cambio, si declara “no culpable”, tendrá derecho a ejercerlo.

donde la sociedad, a través del jurado, insta por la aplicación de una pena penal. Al iniciarse el proceso penal, el Ministerio Fiscal tiene total dominio sobre la acción penal (objeto del proceso), pudiendo renunciar a ella o revocarla, sin intervención alguna del órgano jurisdiccional. En la primera etapa de discusión, el *prosecutor* puede negociar con el imputado para que este se declare culpable sin más (*guilty plea*), evitando la acusación que, de todas formas, involucra la acreditación de los hechos imputados. La concepción sobre el “principio de legalidad” que sigue vigente en los sistemas normativos continentales no existe en los Estados Unidos de Norte América, donde el poder de discreción que tiene el *prosecutor* –incluidas las policías– es inmenso y no contrario a la función que le han dado los propios justiciables al nombrarlo³⁰, o sea, la persecución de los imputados. Por eso, aunque tenga la facultad de no perseguir, el ejercicio de esa facultad está limitada por el cumplimiento de la función que deberá representar ante su electorado, esto es, el pueblo.

Las dos herramientas que tiene el Fiscal para abreviar o anticipar el proceso penal son el *plea bargaining* y el *guilty plea*.

Siguiendo a la profesora de Derecho Procesal –jurisdiccional– de la Universidad de Valencia, Sra. Silvia Barona Vilar, podemos advertir este poder de discrecionalidad que tiene el Fiscal norteamericano sobre la acción penal, distinguiendo las diferentes etapas del proceso, a saber:

a) Pre trial:

En esta fase procesal se delimitan y resuelven algunos incidentes procesales que pudieren producirse en el juicio oral. El *pre trial* o antejuicio es particularmente relevante, pues es el momento donde puede ejercerse el *plea bargaining*³¹.

El *plea bargaining* es la instancia procesal en donde puede advertirse con mayor fuerza el poder de discrecionalidad que tiene el fiscal respecto de la acción penal; no sólo puede decidir no perseguir penalmente, sino también puede negociar el monto de las penas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, etc, todo por la declaración de culpabilidad del imputado. Es una alternativa al juicio oral en virtud de la cual el fiscal y la defensa acuerdan una pena menos severa a la máxima establecida en la ley o la renuncia de otras imputaciones, a cambio de la declaración de culpabilidad del imputado, renunciando a su derecho al juicio oral³² y a la intervención del gran jurado. Es prácticamente lo mismo que ocurre en la negociación del procedimiento abreviado en Chile. Surge, como ha dicho

30 Apuntes informales discutidos en las clases del profesor Raúl Nuñez. Podríamos decir que su poder es manifestación de una verdadera “democracia semidirecta”.

31 Véase: FISHER, George: *“Plea Bargaining’s Triumph: A History of plea Bargaining in America”*, Stanford University Press, 2003.

32 Véase: Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos *Brady v. United States* (1970), 397 US 748, citada por Garapón, y en donde la Corte, no obstante declarar la validez de este procedimiento, dejó claro que era una relación triangular que no obligaba a aceptar el *agreement* entre el Ministerio Público y la defensa, si apareciere que el consentimiento del imputado no aparecía dado libremente.

Antoine Garapón, como “el mercado negro para mitigar las ineficiencias de un sistema de cambios cuya reglamentación no podía solucionar convenientemente el flujo de la oferta y la demanda”³³. Tanto ha sido el éxito del Plea Bargaining que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norte América, según sus últimas estadísticas, anunció que el 95% de los asuntos a nivel federal y el 94% a nivel estatal terminan con un “declarado culpable”³⁴.

Cuando un imputado es detenido, debe ser conducido de inmediato ante el *magistrate*, quien le hará saber sus derechos, los cargos que se le imputan y dispondrá su libertad o reclusión provisoria³⁵. Esta audiencia que da inicio formal al proceso se llama *first apperance*.

Las dos maneras de dar inicio al proceso penal son el *indictment* (acusación emanada del *grand jury* o gran jurado, generalmente utilizada para los delitos más graves o *felony*), y la *information* (resolución de competencia del *Prosecutor* que es utilizada normalmente por él para los delitos de menor intensidad o *misdemeanour*, luego de ocurrida la denuncia de un hecho determinado ante la policía (*screening*) o ante el propio fiscal, el cual tiene total discreción para perseguir (*prosecutorial discretion*)).

b) Juicio oral:

Luego de presentadas las pruebas, el juicio oral se inicia con la exposición de los hechos y teoría del caso formulados por el Ministerio Fiscal en la acusación y por la defensa. Uno de los matices más característicos del sistema acusatorio norteamericano es la dicotomía entre el juez y el jurado: el primero, encargado de resolver las cuestiones de *iure* que se presentan durante el juicio; el segundo, encargado de pronunciarse sobre los hechos. Al término del juicio, el juez emite una instrucción al jurado sintetizando lo que deberá ser probado. Es algo similar al auto de apertura del juicio oral en Chile, pero la diferencia es que en algunos casos, incluso, el propio fiscal y defensor son quienes le proponen los puntos de prueba al juez. Tan pronto el jurado recibe esta instrucción quedará incomunicado para decretar el veredicto verbal, el cual debe ser coherente o “congruente” con dichas instrucciones, so pena de ser anulado por el juez. Tras el veredicto surge la posibilidad de alegar ciertas excepciones de especial pronunciamiento o *post trial motions*, como ocurre con la incompetencia del tribunal; la excepción alegando que los hechos no son constitutivos de delito; etc.

33 GARAPÓN, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis: “Juzgar en Estados Unidos y en Francia”, editorial Legis, 2006, p. 58.

34 Op. cit, p. 58.

35 Todos los imputados tienen derecho a una defensa letrada, ya sea privada o estatal. En esta audiencia debe discutirse el monto del *bail* (fianza) que debe pagar el imputado si quisiera salir en libertad. Se discute mucho sobre esta situación, pues dejaría en evidente desmedro a la gente con menores recursos.

c) Sentencing:

La decisión final la adopta el juez que estuvo presente en el juicio, luego de haber recibido los peritajes de rigor y demás pruebas. Surgen para el condenado ciertas mociones para instar por la impugnación del fallo, como son: el rechazo ilegítimo de la instancia en la que no se admitieron pruebas; limitación ilegítima a la prueba testimonial; afirmaciones ilícitas del acusado; instrucciones erradas del juez al jurado; violación del principio de imparcialidad; inconstitucionalidad de las normas aplicables; celebración del juicio oral con infracción de normativa; inhabilidad del defensor presente en juicio; falta de pruebas; etc.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA QUE RECHAZA RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR LA DEFENSA DE UN CONDENADO POR DELITOS SEXUALES.

*Pablo Campos Muñoz*³⁶

Comentario

En el fallo dictado en la causa ingreso N° 2146 – 2008 el día 14 de julio de 2008, la Segunda Sala de la Corte Suprema, al rechazar un recurso de nulidad deducido por la defensa, se pronunció sobre diversas materias de gran interés y a pesar de tratarse de una causa referida a delitos de índole sexual, estimamos que dichas decisiones abarcan temas de evidente interés general, como pasaremos a revisar.

1. Preparación del recurso.

En este aspecto, la Corte Suprema hace ver que tratándose de situaciones producidas al momento de la detención del imputado, es la audiencia de control de la legalidad de la detención la instancia procesal pertinente para reclamar de las condiciones en que se hubiere procedido a la privación de libertad del imputado; y en la etapa intermedia, es la audiencia de preparación de juicio oral el momento idóneo para depurar la prueba producida, si se argumenta que provendría de una diligencia ilegal y obtenida con infracción a garantías fundamentales.

En consecuencia, se estima que si no se reclamó en alguna de esas oportunidades, el recurso de nulidad no ha sido preparado.

Cabe advertir que, en este caso, el recurso pasó el filtro de la admisibilidad ante la Corte Suprema, instancia en la cual el Ministerio Público precisamente hizo ver que la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal no había sido preparada.

De lo anterior se desprende que la falta de preparación, así como puede constituir un obstáculo para la admisibilidad de un recurso o de una causal del mismo, también puede servir de fundamento a su rechazo en el fondo.

2. Declaración de testigos de oídas.

Por otra parte, la Sala penal de la Corte Suprema vuelve a pronunciarse³⁷ sobre un tema ya recurrente, cual es la validez de los testimonios de funcionarios

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

37 Ver fallos de la Excm. Corte Suprema en causas ingreso N° 922 – 2004, N° 2109 – 2004 y N° 3118 – 2005.

policiales que declaran en el juicio oral acerca de lo que le escucharon decir al imputado al momento en que prestaba declaración en presencia del Fiscal y que luego se ha reservado el derecho a guardar silencio.

Sobre el particular e insistiendo en la jurisprudencia ya asentada, se señala en este fallo que el relato del imputado a los funcionarios policiales acerca de los hechos por los cuales se le enjuició se ajustaba a la legalidad vigente, desde que su espontáneo testimonio se prestó en presencia del Fiscal del Ministerio Público.

En fallos anteriores se ha declarado, además, que afirmar que quienes escucharon lícitamente esa confesión no pudieron dar testimonio de ella en el juicio oral, significa intentar dar un efecto retroactivo inadmisibles a la decisión posterior del inculcado de guardar silencio durante el juicio oral, con consecuencias sumamente defectuosas para la suerte que correría la investigación y la prueba reunida durante ella.

3. Concurso de delitos.

El fallo da por acreditado que si se estableció que un mismo individuo ha realizado dos o más conductas independientes entre sí (un abuso sexual impropio en calidad de reiterado y otro de exhibición de material pornográfico infantil), cada una de las cuales constituye un hecho delictivo específico, sin que haya recaído sentencia penal ejecutoriada respecto de ninguna de ellas, se configura un concurso real de delitos de la misma especie, por lo que los jueces han estado facultados para decidir acerca del sistema de aplicación de penas mediante el cual se impondría el castigo al acusado, prefiriéndose el de la acumulación material de las penas sobre el de la acumulación jurídica de ellas, por estimarse que esa modalidad de determinación del castigo corporal resultaba más beneficioso al imputado.

4. Circunstancia atenuante de la reparación celosa del mal causado.

Sobre el particular, la Corte Suprema se pronuncia sobre el contenido de la exigencia de esta circunstancia atenuante contemplada en el artículo 11 N° 7 del Código Penal, declarando que la atenuante requiere para su aplicabilidad, que la reparación sea hecha “con celo”; es decir, diligentemente, con un interés extremo que importe un esfuerzo personal considerable, así como activo, para lograr la finalidad de reparar el mal causado, en las circunstancias del caso concreto. Se agrega que ello no se logra cuando se basa en exiguos depósitos judiciales que no pueden ser tenidos como constitutivos del celo que requiere la regla.

5. Circunstancia atenuante de la colaboración sustancial.

En lo que respecta a esta modificatoria contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, la Sala Penal de la Corte Suprema emite un claro pronunciamiento acerca de las características que debe tener esta colaboración prestada por el imputado para que pueda atenuar la pena. Al respecto señala que procede

únicamente en el evento que la colaboración del inculpaado haya sido decisiva para la clarificación del suceso, de manera tal que la cooperación a que alude la norma consista en una disposición total, completa y permanente de contribución al esclarecimiento de los hechos, en todas las etapas del proceso, de suerte que los datos aportados, en todos sus aspectos, tanto respecto de los partícipes, los medios y forma de comisión del ilícito y las circunstancias mismas que lo rodearon, sean perfectamente concordantes con los demás antecedentes reunidos en el juicio, pues se trata evidentemente de la obtención de un beneficio procesal trascendente, como lo es la configuración de una minorante de responsabilidad penal, lo que requiere un máximo celo y voluntad de participación en la entrega de datos, todos los cuales deben ser compatibles entre sí e implicar verdaderamente un tributo, sin que el órgano jurisdiccional deba confrontar o recurrir a otros antecedentes para determinar la certeza de los datos aportados.

6. Forma de interposición del recurso de nulidad.

Enfrentada la Segunda Sala a pronunciarse sobre una causal que no había sido fundada por el recurrente, declara que no existe obstáculo para que el recurso pueda fundarse en diversos motivos, con la única obligación de expresarlos todos e indicar si se plantean separada o conjuntamente, fundándolos uno a uno, ya que una vez interpuesto, precluye el derecho del recurrente para promover otros, por lo que la medida de competencia posible de la Corte queda limitada al conocimiento y fallo de las causales que lo tornan procedente y que se han invocado y sustentado, de hecho y de derecho, en la impugnación. Concluye finalmente que si la causal no se ha planteado en la forma requerida por la ley no puede ser materia de pronunciamiento en la sentencia de nulidad.

SENTENCIA:

Santiago, a catorce de julio de dos mil ocho.

Vistos:

En estos autos Rol Unico 070037 2491-8 e Interno del Tribunal 12-2008 se registra la sentencia dictada en procedimiento ordinario de acción penal pública por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol de siete de abril recién pasado, que condena a J.G.C.C. como autor del delito de abuso sexual impropio reiterado, previsto y sancionado en el artículo 366 bis en relación al artículo 366 ter, ambos de Código Penal, en grado consumado, a la pena de cinco años y un día de presidio

mayor en su grado mínimo, las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas del litigio. Asimismo, se sancionó al mencionado imputado a quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena, con costas, como autor del delito de exhibición de material pornográfico a una menor de edad, en grado consumado, cometido en la comuna de Traiguén. Ordenó además el fallo que el acusado C.C. quede inhabilitado para obtener la patria potestad y todos los derechos que por el ministerio de la ley

se le confieren respecto de la persona y bienes de la ofendida, de sus ascendientes y descendientes. También, se le castigó con la interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa y a la sujeción y vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la sanción principal en la forma señalada en la parte final del inciso primero del artículo 372 del Código Penal; y, a seis años y ciento setenta y siete días de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad. Finalmente, se decretó la pena accesoria del artículo 31 del Código Penal consistente en el comiso de dos discos compactos incorporados como evidencia material.

En contra de esta decisión, el defensor penal Manuel Calderón Silva, en representación del imputado J.C.C., dedujo un recurso de nulidad sustentándose en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 19, Núms. 3° y 7°, letra c) de la Constitución Política de la República y artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos; subsidiariamente, por el motivo de invalidación consagrado en el literal b) del referido artículo 373, en conexión con los artículos 11, Núms. 7° y 9°, 62, 64, 68, 74 y 75 del Código Penal; y por último, también de manera subsidiaria, en la causal del artículo 374, letra e), en relación con lo dispuesto en el artículo 342 letra c), todos del Código Procesal Penal.

Insta a que, acogida la primera causal de nulidad promovida, se decrete la anulación del juicio oral y su fallo respectivo, determinando el estado

en que quedará el procedimiento y ordenando la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para que disponga la celebración de un nuevo juicio oral. Por la motivación b) del artículo 373, pide se invalide el juicio y la sentencia o sólo ésta, dictando sin nueva audiencia, pero separadamente, el fallo de reemplazo que se conforme a la ley por el cual se condene al acusado únicamente a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y se le conceda el beneficio alternativo a la pena corporal de la libertad vigilada, por reunir las exigencias para ello.

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 de fojas 51.

La audiencia pública se verificó el veinticuatro de junio último, con la concurrencia y alegatos de los letrados señores Manuel Calderón Silva, en representación del imputado, y el abogado señor Félix Inostroza Díaz, por el Ministerio Público, y 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 obra a fojas 57.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso que se deduce en lo principal del escrito de fojas 27 a 34 de estos antecedentes descansa, de manera principal, en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que dispone su procedencia si en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados

internacionales ratificados por Chile y en actual vigor, fundando el defecto en la inobservancia de la salvaguardia fundamental amparada por los numerales 3° y 7°, letra c) del artículo 19 de la Constitución Política de la República y 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

SEGUNDO: Que sustenta su arbitrio en las normas indicadas y que contemplan la garantía del debido proceso y de la prohibición de detención del imputado sin orden alguna, todo ello en relación a lo dispuesto en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagra la presunción de inocencia y el derecho a no ser obligado a atestiguar contra si mismo y a no declararse culpable, que fundamenta en que sus dichos fueron obtenidos mediante coacción y presión por parte de los funcionarios policiales y del Fiscal.

Sostiene que en el juicio se aceptó y se otorgó valor al testimonio de los policías que dieron cuenta de las diligencias de investigación que efectuaron en el procedimiento y que se refirieron a la supuesta confesión del imputado, lo que posteriormente él negó en su declaración judicial ante el juez de garantía y ante el tribunal oral. Ese testimonio prestado en el inicio del procedimiento lo fue con violación a los principios señalados. El funcionario de carabineros, José Garcés, manifestó que tenía una orden de investigar pero no orden de detención o aprehensión del imputado. Añade que ello constituye un antecedente nuevo, no revelado en la investigación ni en la audiencia de control de detención, que trató de aclarar en el juicio con preguntas dirigidas al indicado funcionario, sin embargo, se acogió la objeción que a este respecto

formulara por el Ministerio Público. También se accedió a la petición del Fiscal en el sentido que en el juicio oral no puede discutirse la legalidad del actuar de los policías, lo que debió efectuarse en las etapas de control de la detención o de preparación de juicio oral. No obstante, la declaración de esos carabineros que detuvieron sin orden a su representado y que concertados con el Fiscal participaron de la declaración del imputado, acarrear la nulidad del juicio y de la sentencia. Agrega, que tampoco puede darse valor al supuesto relato del imputado, reproducido por los policías, porque fue prestado sin libertad y estando detenido sin orden alguna. En consecuencia, expresa, siendo ilegal la detención por no contarse con la orden correspondiente emitida de conformidad a lo establecido en el artículo 19 N° 7°, letra c), de la Constitución y lo dispuesto en el artículo 125 del Código Procesal Penal, todo el proceso es nulo. Concluye el compareciente solicitando que se declare la nulidad de la sentencia y del juicio oral respectivo por el ordinal esgrimido, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y disponiendo la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado para que se proceda a realizar un nuevo juicio oral.

TERCERO: Que la motivación subsidiaria contenida en la letra b) del artículo 373 del código del ramo se funda en primer término, en la errónea aplicación del derecho derivada de la infracción al artículo 75 del Código Penal. Indica en este capítulo que el tribunal aplicó penas distintas a las pedidas por el Ministerio Público, pues este órgano en su acusación solicitó la pena de seis años y, en definitiva, se imponen dos penas que sumadas arrojan seis años y medio de prisión. El error de derecho consiste en

sancionar de acuerdo al artículo 74 del Código Penal y no conforme al artículo 75 del mismo ordenamiento, toda vez que la conducta que se le atribuye de exhibición de películas pornográficas a la menor se efectuó como elemento para facilitar la ejecución del delito de abuso sexual, pues en el contexto en que se dio pasó a formar parte de verdaderos actos preparatorios para cometer otro delito, de modo tal que ese hecho no puede ser considerado en forma independiente, por lo que únicamente debió aplicarse la pena al delito de abuso sexual.

El segundo segmento de esta causal consiste en la infracción a los artículos 62, 64 y 68 del Código Penal. Sostiene que el fallo omitió considerar la circunstancia atenuante del artículo 11, N° 7° de ese texto legal, porque aún cuando el daño ocasionado con su proceder no pueda ser reparado, ello no es condición para decidir acerca de su concurrencia porque basta la intención de efectuar una mitigación de él. Lo mismo ocurre con la atenuante preterida del artículo 11, N° 9° del mismo cuerpo de leyes, porque no obstante encontrarse acreditado que el imputado prestó declaración ante el tribunal de garantía y también en el oral confesando su participación culpable en un solo hecho de abuso sexual, los jueces no aplican lo dispuesto en el artículo 62 de ese código, y rechazan la indicada minorante. Argumenta que estas circunstancias modificatorias están estatuidas en la ley para darles aplicación y no está en la ley la discrecionalidad para aplicarlas en un caso y dejar de considerarlas en otros.

Por este motivo subsidiario, en sus dos planteamientos, solicita el recurrente que se acoja el recurso y se proceda a anular el juicio oral y la sentencia o sólo

ésta, dictando, sin nueva audiencia, pero separadamente, el fallo de reemplazo por la cual se condene al imputado sólo a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo con beneficio de libertad vigilada como autor del delito de abuso sexual contenido en el artículo 366 bis del Código Penal.

CUARTO: Que, finalmente, el recurso se construye, también de modo subsidiario, en función de la causal de nulidad del artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, en relación con lo dispuesto en el artículo 342, letra c), del mismo texto procesal. Sin embargo, del estudio detenido del libelo en que formaliza se advierte que nada se dice acerca de esta nueva y última motivación.

QUINTO: Que, en virtud de lo preceptuado en el artículo 359 del ordenamiento procesal penal, la defensa del imputado, a fin de probar sus asertos, ofreció prueba testimonial, rindiéndose en el curso del juicio oral, la que consistió en la declaración del funcionario de carabineros señor José Garcés Álvarez, que reconoció no haber tenido orden de detención en contra del imputado, y no obstante ello, procedió con su colega a detenerlo.

SEXTO: Que el recurso de nulidad reglado en el estatuto procesal penal ha sido instituido por el legislador 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 veredicto, abriendo paso a una decisión 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 el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una inexacta aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, artículo 373, letra b).

SÉPTIMO: Que, en lo que dice relación al primer motivo de impugnación, el oponente se asila en la ausencia de una orden de detención del imputado, derivando ello en una diligencia ilegal, oportunidad en la que, privado de libertad por la sola voluntad de los policías y concertados con el Fiscal, C.C. prestó una declaración así viciada a la que se le otorgó valor, y que llevó al tribunal a prescindir del mandato del texto constitucional y del convenio internacional que se invocan.

OCTAVO: Que, como dispone el artículo 377 del Código Procesal Penal, si la infracción invocada como motivo del recurso se refiere a una ley que regular el procedimiento, sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto, vale decir, se exige denunciar en la sede y en el momento en que se evidencia el vicio que es constitutivo de violación de la norma o disposición que regula el procedimiento por alguno de los medios establecidos por la ley al efecto, so pena de preclusión.

En este orden de ideas, las circunstancias precisas que originarían el motivo de nulidad pretendido, ponen de manifiesto que el vicio del que hoy se reclama, se produjo en los inicios de la investigación, al procederse a la detención del imputado, es decir, la eventual trasgresión a las garantías que se reclaman surgen con la detención que se tacha de ilegal.

De acuerdo a lo que dispone el artículo 95 del Código Procesal Penal, la audiencia de control de la legalidad de la detención es la instancia procesal pertinente para reclamar de las condiciones en que se hubiere procedido a la privación de libertad del imputado. En la etapa intermedia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 276 del estatuto procesal penal, en la audiencia de preparación de juicio oral es el momento idóneo para depurar la prueba producida, la que, según se argumenta en este caso, provendría de una diligencia ilegal y obtenida con infracción a garantías fundamentales.

El mérito de los antecedentes acompañados y lo alegado por las partes en estrados revelan que en dichos momentos procesales no se ejercieron los mecanismos adecuados para reclamar el vicio esgrimido como fundamento de la nulidad, de modo tal que se ha incurrido por la defensa en la falta de preparación del recurso en la sede correspondiente como lo exige la ley, circunstancia que autoriza al tribunal para no dar acogida a un extemporáneo reclamo, conforme lo dispone el artículo 377 de la referida compilación procesal.

NOVENO: Que el propio recurrente reconoce que la circunstancia que sirve de fundamento a este capítulo de nulidad no fue alegada en la audiencia de preparación del juicio oral ni en el momento del control de detención, justificándose esa falta en el desconocimiento de ella en las etapas anteriores al juzgamiento, pues sólo se revelaron en el juicio oral.

La defensa rindió la prueba aludida en la reflexión quinta precedente, a través de la declaración de uno de los funcionarios que participó en la detención del

acusado, la que sólo estuvo dirigida a acreditar el núcleo de su reclamación, esto es, que el imputado no confesó su participación como lo aseveran en contrario los policías aprehensores, pero no sirve para demostrar el cumplimiento del requisito previo e indispensable para la aceptación del arbitrio procesal incoado, que es la aludida preparación del recurso, ni menos probó ni ofreció acreditar las causas que acerca del desconocimiento de tal circunstancia ha invocado para justificar que en las referidas oportunidades no se hayan cuestionado las condiciones en las que fue detenido C.C.

DÉCIMO: Que, se debe tener además en cuenta que si bien la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a no declarar contra si mismas, no existiendo ninguna obligación para el imputado de colaborar en la tarea de esclarecer los hechos, garantía establecida en favor de la dignidad e integridad psíquica y física de las personas, de quienes no puede obtenerse coactivamente un testimonio, nada obsta que ella lo preste libremente como ocurrió con el acusado, toda vez que el relato del imputado a los funcionarios policiales acerca de los hechos por los cuales se le enjuició se ajustó plenamente a la legalidad vigente, desde que su espontáneo testimonio se prestó en presencia del Fiscal del Ministerio Público y los supuestos apremios no pasan de ser meras conjeturas de la actual defensa carentes de sustento real y probado en el juicio, con lo que queda huérfana de soporte la eventual anomalía que se denuncia, todo lo cual conduce al rechazo del recurso por la causal principal.

UNDÉCIMO: Que, desechado el motivo principal, corresponde pronunciar sobre las causales subsidiarias de

invalidación, a saber, la errónea aplicación del derecho derivada de la sanción al acusado de conformidad a lo estatuido en el artículo 74 del Código Punitivo y la falta de consideración de las circunstancias atenuantes de responsabilidad consagradas en los números 7° y 9° del artículo 11 del mismo cuerpo legal.

DUODÉCIMO: Al efecto, sobre la primera de estas alegaciones, en el basamento noveno del dictamen impugnado, se dieron por establecido los siguientes hechos: “I.- Ente los meses de enero y abril de 2006, en circunstancias que la menor de iniciales C.M.V.T., de cinco años de edad en dicha época, visitaba el domicilio del acusado, fue objeto de actos de relevancia sexual por parte de éste, consistentes en que en diversas ocasiones y días distintos, tocó las piernas, glúteos y vagina de la víctima, le bajó los pantalones y frotó su pene en la zona vaginal y glúteos de la misma”.

“II.- En el mes de enero de 2006, cuando la menor de iniciales C.M.V.T., de cinco años de edad a esa fecha, se encontraba en el domicilio del acusado, éste exhibió a la afectada al menos una película de contenido pornográfico a objeto de procurar su excitación sexual”.

DÉCIMO TERCERO: Que tales hechos fueron calificados por el tribunal como constitutivos de ilícitos penales distintos, esto es, un delito de abuso sexual impropio en calidad de reiterado y consumado, previsto y sancionado en el artículo 366 bis del Código Penal en relación al artículo 366 ter del mismo texto; y, otro de exhibición de material pornográfico a una menor de edad, previsto y sancionado en el artículo 366 quáter del Código Punitivo.

En efecto, se tuvo por acreditada la existencia de un delito de abuso sexual en calidad de reiterado dada

las oportunidades en que se ejecutaron actos de relevancia sexual en perjuicio de la víctima, logrando acreditarse que el imputado llevó a cabo una serie de tocamientos en la vagina y glúteos de la ofendida, en su domicilio, lo que ocurrió en diversos días y oportunidades, frotando además su miembro viril una vez que le bajaba la ropa contra los órganos sexuales del cuerpo de la víctima menor de 14 años, que en abril de 2006 contaba con cinco años de edad. (Fundamento Décimo).

Se sumó a lo anterior que el acusado, con el fin de procurar su propia excitación sexual, expuso a la menor a ver y oír material pornográfico en imágenes y sonidos groseramente ofensivos al pudor, incluso de sexo explícito. (Basamento Décimo Tercero).

DÉCIMO CUARTO: Que para efectos de la aplicación de la pena, se recurrió a la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal por resultar mas beneficioso al condenado, según se desprende de la reflexión Vigésimo Segunda de la sentencia.

La decisión de los jueces del Tribunal Oral resulta justificada y acorde con los hechos acreditados, con la calificación jurídica de los mismos y con la aplicación de las normas de determinación de la pena.

Consta de la sentencia impugnada, que se cometieron en perjuicio de la menor dos delitos distintos e independientes entre sí, uno de abuso sexual impropio en calidad de reiterado, que se encuentra previsto y sancionado en el artículo 366 bis del Código Penal con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, y un delito de exhibición de material pornográfico previsto y sancionado en el artículo 366 quáter del mismo código, también

en grado de consumado, con presidio menor en su grado medio a máximo, ilícitos que como se evidencia de los considerandos Undécimo y Décimo Tercero de la sentencia del Tribunal Oral, se cometieron en diversas oportunidades.

De esta forma, se estableció que un mismo individuo ha realizado dos o más conductas independientes entre sí, cada una de las cuales constituye un hecho delictivo específico, sin que haya recaído sentencia penal ejecutoriada respecto de ninguno de ellos, configurando entonces un concurso real de delitos de la misma especie, por lo que legalmente los jueces han estado facultados para decidir acerca del sistema de aplicación de penas mediante el cual se impondría el castigo al acusado, prefiriéndose como se lee del fallo impugnado, el de la acumulación material de las penas sobre el de la acumulación jurídica de ellas, por estimarse que esa modalidad de determinación del castigo corporal resultaba más beneficioso al imputado.

Desecharon los sentenciadores la idea de la defensa, en cuanto a que los hechos delictivos de que se trata, constituyesen un concurso ideal, puesto que no estamos en presencia de un solo hecho, por lo tanto no es posible que puedan ser afectados por distintos tipos penales que resultarían aplicables conjuntamente.

De este modo, no cabe duda que los yerros que se denuncian no son más que una infructuosa e infundada búsqueda de la benignidad del sancionar que regula el artículo 75 del Código Penal, y que los sentenciadores han dado estricta y correcta aplicación de la ley.

DÉCIMO QUINTO: Que el segundo supuesto de nulidad de esta causal subsidiaria radica en la falta de consideración

de dos circunstancias atenuantes de responsabilidad. Sobre ésta la sentencia razona en sus considerandos Décimo Octavo y Décimo Noveno en los siguientes términos: “en lo concerniente a los dos tipos penales por los que se dictó una decisión condenatoria, no se hará lugar a la atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N°7 del Código de Castigo, toda vez que el Tribunal, en atención a la clase y cantidad de los ilícitos por los cuales ha resultado condenado el justiciable C.C., los que atentaron contra la indemnidad sexual de una menor de sólo 5 años, alterando de forma irreversible el libre, normal y esperado desarrollo de su sexualidad, estima que el daño causado a la infante no es de aquellos que puedan repararse o atenuarse por la vía de una compensación económica, atendido el bien jurídico protegido que resultó vulnerado, siendo irrelevante para la decisión adoptada el comprobante de consignación judicial por la suma de \$300.000 allegado al juicio, toda vez que dicha cantidad de dinero, no es idónea, en esta clase de ilícitos”, considerando además, “lo poco oportuno del mentado depósito, de 2 de noviembre de 2007, más de un año y medio después de cometidos los hechos, no demostrándose una voluntad seria y evidente destinada a atenuar las consecuencias de los delitos. Asimismo, rechaza la atenuante del artículo 11 N° 9 del código sustantivo, respecto de ambos ilícitos, toda vez que si bien durante el inicio de la etapa de investigación, ante un Fiscal del Ministerio Público, renunció a su derecho a guardar silencio y reconoció haber intervenido en una serie de conductas de relevancia sexual en perjuicio de la víctima, durante el posterior desarrollo del citado período procesal y en la correspondiente audiencia de juicio oral se desdijo de ellas y

expresó que sólo tuvo participación en un único y exclusivo suceso de carácter sexual, todo lo cual supone un impedimento para estimar que la colaboración llevada a cabo por el acusado tenga las características de sustancialidad exigidas por el legislador, desde que la intervención de C.C. en el juicio oral constituyó derechamente un obstáculo al esclarecimiento de los hechos, el que pudo ser salvado con los medios de prueba rendidos al efecto.

DÉCIMO SEXTO: Que en lo concerniente a la inexacta aplicación del derecho que se reclama, tal como se estructura el arbitrio, resulta de manifiesto que se sustenta sobre una base fáctica diversa a la asentada por los jueces de la instancia, y ello es así, pues en su construcción se plantea que en los hechos establecidos concurren supuestos que permiten acceder a las aludidas atenuantes. Sin embargo, el tribunal, al hacerse cargo de las alegaciones del recurrente en lo relativo a la presencia de ellas, actuando en el marco de sus facultades, concluyó que no concurrían; una, por la magnitud del daño ocasionado y lo exiguo y tardío de la consignación; y, la otra, porque no existió una colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, ante las variaciones que efectuó el imputado en sus declaraciones, más aún, cuando se advierte del dictamen cuestionado que no fueron únicamente los dichos del encartado el medio por el cual se logró arribar a la convicción de que tuvo intervención en calidad de autor en los delitos pesquisados.

De esta manera, no se encuentran asentados en parte alguna de la sentencia dubitada los supuestos que permitirían dar por configuradas las atenuantes de responsabilidad que se dicen preteridas, única vía para prestar

atención a la alegación que en este sentido se formula pues, como ya se anticipara, no puede existir una errada aplicación del derecho a hechos que no se han logrado comprobar, desde que queda entregado a los jueces de la instancia discernir, como manda el artículo 297 del Código Procesal Penal, si concurren los elementos fácticos que exige la ley para la aceptación de dichas circunstancias, de manera que al resolver acerca de este extremo, el fallo no ha podido incurrir en la contravención que se reclama por este capítulo de la solicitud de invalidación.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, en lo relativo a la transgresión del numerando séptimo del artículo 11 de la recopilación penal, que se contiene también dentro de los errores de derecho invocados, al negarse los jueces recurridos a considerar que obra a favor del imputado la aludida minorante, este tribunal estima que en tal negativa no va involucrada una infracción de derecho, pues la disposición que describe la atenuante exige para su aplicabilidad, que la reparación sea hecha “con celo”, es decir diligentemente, con un interés extremo que importe un esfuerzo personal considerable, así como activo para lograr la finalidad de reparar el mal causado, en las circunstancias del caso concreto, tal como lo entiende nuestro léxico. Ello no se logra cuando, como en el asunto de autos, se basa en exiguos depósitos judiciales que no pueden ser tenidos como constitutivos del celo que requiere la regla, tal como por otra parte lo sostiene el basamento décimo octavo de la sentencia impugnada.

En lo que atañe a la minorante reglada en el número 9 del artículo 11 del Código Penal, procede únicamente en el evento que la colaboración del

inculpado haya sido decisiva para la clarificación del suceso, de manera tal que la cooperación a que alude la norma consista en una disposición total, completa y permanente de contribución al esclarecimiento de los hechos, en todas las etapas del proceso, de suerte que los datos aportados, en todos sus aspectos, tanto respecto de los partícipes, los medios y forma de comisión del ilícito y las circunstancias mismas que lo rodearon, sean perfectamente concordantes con los demás antecedentes reunidos en el juicio, pues se trata evidentemente de la obtención de un beneficio procesal trascendente, como lo es la configuración de una minorante de responsabilidad penal, lo que requiere un máximo celo y voluntad de participación en la entrega de datos, todos los cuales deben ser compatibles entre sí y que impliquen verdaderamente un tributo, sin que el órgano jurisdiccional, deba confrontar o recurrir a otros antecedentes para determinar la certeza o no de los datos aportados, razones por las cuales los dichos de C.C., como razonaron los jueces del tribunal oral, no logran configurar la atenuante en cuestión, pues no han ayudado de la manera indicada al esclarecimiento de los delitos materia de autos y su participación, dado que el mismo proceso arroja otros medios para su comprobación.

DÉCIMO OCTAVO: Que, por lo demás, incluso de aceptarse las alegaciones del recurrente y se concedieran a C.C. ambas circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, sobre cuya supuesta vulneración se construye el recurso, ello carecería de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, condición necesaria a la admisibilidad del recurso, desde el momento que la regla del artículo 68, inciso tercero, del

texto legal sancionatorio con arreglo a la cual, en casos como el de autos, “si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias”, contempla sólo una mera prerrogativa de la que el tribunal puede o no servirse a su albedrío, al fijar el quantum del castigo. En efecto, dicho precepto al emplear el vocablo “podrá” en relación a la rebaja factible de hacer de la penalidad básica al delito en estudio, importa una mera potestad de los jueces de la instancia que no los obliga necesariamente a disminuir la sanción penal y, por ende, dentro de sus atribuciones privativas pueden o no usar dicho mecanismo, aplicando la punición sin rebaja alguna o disminuyéndola en alguno de los tramos que la ley autoriza.

En consecuencia, incluso conviniendo en que en el caso sub lite concurriera una segunda mitigante, la condena siempre puede resultar igual a la que se impuso al hechor, porque los tribunales del fondo son libres para optar por el poder de no rebajarla que les concede el texto legal anteriormente transcrito.

DÉCIMO NOVENO: Que lo expuesto permite sostener que el dictamen en referencia no ha incurrido en ninguna de las hipótesis que se señalan, toda vez que el hecho que el recurrente no esté de acuerdo con los racionamientos y conclusiones adoptados por los jueces del fondo sobre estas materias, en modo alguno autorizan la procedencia del recurso de nulidad, pues al no existir anomalía formal alguna, los sentenciadores son soberanos en la apreciación de los hechos

que constituyen las circunstancias minorantes de responsabilidad que en el caso convergen, y no comprobándose la existencia de las deficiencias delatadas, ni apreciándose otras equivocaciones, hacen concluir que el arbitrio deducido, en cuanto persigue tener por configurado el vicio de nulidad develado, carece de base legal y, por lo tanto, también este medio, por la causal subsidiaria, tendrá que ser denegado.

VIGÉSIMO: Que en lo tocante a la causal contenida en el artículo 374, letra c), del Código Procesal Penal, esgrimida de manera subsidiaria, es útil tener presente que de acuerdo con el artículo 378, inciso segundo del cuerpo procesal penal, aún tratándose de un medio extraordinario, no existe obstáculo para que el recurso pueda fundarse en diversos motivos, con la única obligación de expresarlos todos e indicar si se plantean separada o conjuntamente, fundándolos uno a uno, ya que una vez interpuesto, precluye el derecho del recurrente para promover otros, por lo que la medida de competencia posible de esta Corte queda estrictamente limitada al conocimiento y fallo de las causales que lo tornan procedente y que se han invocado y sustentado, de hecho y de derecho, en la impugnación. Es por ello que el artículo 384, al tratar del fallo del recurso de nulidad, señala que éste debe pronunciarse acerca de las “cuestiones controvertidas”, constituidas por “la o las causales” que se hayan instaurado en el acto procesal de interposición.

La simple lectura del escrito impugnatorio demuestra el incumplimiento de la exigencia de fundamentación y desarrollo en la construcción de la aludida causal, por lo que no será materia de este

dictamen, al no haberse planteado en la forma dispuesta por la ley.

Por estas consideraciones y lo estatuido en los artículos 372, 373, letras a) y b), 376, 377 y 384 del Código Procesal del ramo, SE RECHAZA el recurso de nulidad entablado de fojas 27 a 34, por el defensor penal don Manuel Calderón Silva, en representación del agente J.G.C.C., en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Angol, el once de abril recién pasado, que corre de fojas 16 a 26 de este cuaderno, la que, en conclusión, no es nula.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción del Ministro señor Rubén Ballesteros Cárcamo.

Rol N° 2146-08.

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

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

COMENTARIO SOBRE FALLO DE LA CORTE SUPREMA QUE RECHAZA PETICIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR SUPUESTO ERROR JUDICIAL

Silvia Peña Wasaff³⁸

Comentario

El fallo pronunciado por la Sala Penal de la Corte Suprema el 2 de julio del año en curso, que rechazó la solicitud de Margarita Venegas Soto para que el Estado la indemnizara de los perjuicios sufridos por la prisión preventiva a que estuvo sometida durante casi un año como imputada por el delito de parricidio de su marido, cargo del que finalmente fue absuelta, presenta gran interés por ser el primero que se pronuncia sobre esta cuestión desde la entrada en vigencia del nuevo sistema de justicia penal.

La norma invocada en la referida petición es el art. 19, N° 7, letra i), de la Constitución Política, cuyo tenor es el siguiente:

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

7°. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia;”

Antes de analizar las razones que tuvo en cuenta la Corte Suprema para rechazar la solicitud en cuestión, resulta oportuno reconstituir en sus rasgos esenciales el proceso que culminó con la absolución de la solicitante.

El juicio se substanció ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, correspondiéndole actuar como órgano de control de las garantías constitucionales al Juzgado de Garantía de la misma ciudad. Ante este último fue formalizada la solicitante el 5 de noviembre de 2004 por la muerte violenta de su marido, ocurrida el 17 de octubre del mismo año en la casa donde ambos vivían, y en la que no se encontraban otras personas al momento de los hechos. El arma con que fue ultimada la víctima es la misma hacha que la viuda utilizaba para cortar leña. La policía descartó el ingreso de extraños a la casa, alegado por la defensa, que postuló la tesis de un robo, ya que en todo el perímetro de la propiedad no había indicio alguno de un ingreso furtivo y tampoco pudo acreditarse la sustracción

38 Abogada asesora, Fiscalía Nacional, Ministerio Público, Doctorada en Derecho en la Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Alemania.

de alguna especie que portara la víctima o se hallara en la casa. Las sospechas recayeron entonces sobre la viuda, en base a una multiplicidad de elementos de convicción, entre ellos, las declaraciones de tres testigos que le escucharon decir a la viuda que tenía la intención de matar a su marido de un hachazo, además del testimonio de tres policías que escucharon una conversación sostenida entre ésta y una vecina, a quien la mujer había llamado para que retirara el hacha incrustada en el cráneo de su marido, conminándola a no revelar sus anteriores declaraciones respecto a que tenía la intención de matar a su marido.

Frente a tales elementos incriminatorios, así como la gravedad de la pena asignada al delito de parricidio, el juez de garantía ordenó, en la misma audiencia de formalización, la prisión preventiva de la imputada, medida que se mantuvo inalterable hasta la celebración del juicio, en octubre de 2005, dictándose la sentencia el 1° de noviembre del mismo año, resolución que la absolvió del delito por el que había sido formalizada y acusada. Dicha sentencia fue confirmada luego por la Corte Suprema al rechazar el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, fundado en la caprichosa valoración de la prueba realizada por el Tribunal de Juicio Oral, causal de cuya efectividad el Ministerio Público no pudo convencer a la Corte Suprema, dado el reducido alcance del recurso de nulidad.

Pues bien, la resolución en la cual la solicitante estima que se habría cometido el error judicial por el que pide ser indemnizada, es la orden de prisión preventiva, y los fundamentos que invoca en apoyo de su demanda son, por una parte, que la prisión preventiva vulneraría la presunción de inocencia y, por la otra, que el Tribunal de Garantía le habría infligido “un injusto y despiadado vejamen, al aceptar [...] la imputación de la Fiscalía de ser autora del asesinato de su marido”.

En su fallo la Corte analiza, en primer lugar, el presupuesto básico para que tenga aplicación el derecho a pedir reparación por un error judicial, cual es que el error se cometa en un *auto de procesamiento o sentencia condenatoria* injustificadamente erróneos o arbitrarios.

Tratándose de procedimientos regulados por el nuevo Código Procesal Penal, donde no existe el auto de procesamiento, tal derecho sólo podría darse en el supuesto de una condena injustificada, la que, como toda sentencia del nuevo sistema de justicia penal, se dicta, por regla general, en única instancia³⁹. En el caso concreto de la peticionaria, no hubo condena, ya que fue absuelta por el Tribunal de Juicio Oral de Chillán, absolución que quedó a firme después

39 Esta es una limitación adicional para que proceda el derecho a indemnización por error judicial dentro del nuevo sistema de justicia penal, ya que la condena anterior tiene que ser revertida en una instancia posterior, de manera que, a la postre, la persona sea sobreseída definitivamente o absuelta. Tal posibilidad sólo podría darse en el marco de un procedimiento abreviado -único caso en que la ley admite la doble instancia-, en el cual, sin embargo, dada la condición previa de la aceptación de los hechos por parte del acusado, las absoluciones son infrecuentes.

de que la Corte Suprema rechazara el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público.

Pretender, como lo hace la solicitante, una aplicación analógica de la disposición constitucional, asimilando el auto de procesamiento a la resolución que ordena la prisión preventiva, por el simple hecho de que en el sistema antiguo dicha resolución acarreaba generalmente la prisión preventiva del procesado, no resiste, ningún análisis, puesto que ambas instituciones -el procesamiento y la prisión preventiva- son completamente distintos, tanto en cuanto a su naturaleza como a los fines que persiguen.

El fallo rechaza igualmente el argumento de que la prisión preventiva a que estuvo sometida la imputada habría vulnerado el principio de inocencia, por cuanto la prisión preventiva constituye una *medida cautelar*, esto es, una medida que se aplica mientras se desarrolla la investigación para establecer la responsabilidad de una persona de quien se sospecha que ha cometido un delito, lo que implica que, por definición, toda medida cautelar sólo puede imponerse *antes* de que se haya establecido fehacientemente la inocencia o culpabilidad del sometido a ella. Si se estimara que la prisión preventiva y las demás medidas cautelares atentan contra el principio de inocencia, entonces tales medidas deberían proscribirse de los códigos procesales de todo el mundo, ya que, si por inocente se entiende al que aún no ha sido condenado, tales medidas se aplican siempre y por necesidad lógica contra esa categoría de personas.

Faltando el presupuesto básico del derecho a indemnización por error judicial, por cuanto la resolución que ordena la prisión preventiva no queda comprendida en ninguna de las dos categorías que señala la norma constitucional, este solo hecho basta para desestimar la demanda. Sin embargo, la Corte extiende su análisis a los requisitos de fondo que señala la norma en cuestión, esto es, que ha de tratarse de una resolución *injustificadamente errónea o arbitraria*, concluyendo que se está frente a una resolución de ese tipo cuando los razonamientos que conducen al resultado equivocado “no son susceptibles de una explicación razonable (racional), cuando, en fin, son contrarios a la lógica, a los dictados de la experiencia y a los conocimientos más difundidos sobre la materia respecto a la cual versa.”

Aplicando estas ideas al caso de autos, el fallo sostiene que la decisión del Juez de Garantía no estuvo exenta de razonabilidad, puesto que el Ministerio Público contaba con importantes medios de prueba para probar la imputación que formuló en contra de Margarita Venegas, a los que atribuyó mayor poder de convicción que a las alegaciones de la defensa, y que dicha razonabilidad no queda desvirtuada por el hecho de que los miembros del tribunal llamado a resolver el caso hayan tenido una ponderación diferente de tales probanzas, estimando insuficiente la prueba de cargo rendida, razón por la cual absuelve a la acusada. En este contexto el fallo recuerda que, al discutirse la norma en cuestión en el seno de la Comisión Constituyente, se dejó constancia de que el error de que se trata “debe ser manifiesto, craso, que es el que no admite excusa ni razón para explicarlo”, mientras que la arbitrariedad “corresponde a un

acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes y dictado por la sola voluntad o el capricho”.

Con el fallo que comentamos la Corte Suprema no hace sino extrapolar al nuevo sistema la jurisprudencia que ya había sentado sobre la materia durante la vigencia del antiguo proceso penal, como lo muestran las sentencias de 7 de mayo y 2 de julio de 1993 -a las que siguieron muchas otras del mismo tenor-, donde textualmente se dice que “la absolución final del solicitante no se debió a la circunstancia de que no existieran en el proceso medios probatorios que pudieran servir para dar por establecidos los fundamentos del juicio criminal, esto es, la existencia de los hechos punibles investigados y la participación culpable del inculpado, pues, como se dijo en los motivos anteriores, lo que ocurrió es que sólo ha existido una diferente ponderación de éstos por los distintos sentenciadores, lo que representa precisamente la esencia de la facultad jurisdiccional de que están investidos los jueces, siendo de advertir que su apreciación contraria -aún la errónea- excluye, en primer lugar, terminantemente la arbitrariedad y también la posibilidad de que esa sentencia sea calificada como de injustificadamente errónea, en los términos a que se refiere la norma constitucional en estudio, pues es esa eventualidad la que justifica el principio de la doble instancia y de la revisión de legalidad -vía casación- que impera en nuestro sistema jurídico nacional.”

Con respecto al fragmento transcrito cabe hacer la salvedad de que en el nuevo sistema la diferente apreciación de los antecedentes y medios de prueba, por lo general no se da entre distintas instancias, sino entre tribunales que cumplen distintas funciones dentro del proceso: la del Juez de Garantía durante la etapa investigativa, cuando aún no se cuenta con todos los elementos de juicio, y la del tribunal llamado a resolver la cuestión, ante el cual se rinde la prueba acumulada durante la investigación. Corolario de ello es el distinto grado de exigencia que establece la ley para ordenar la prisión preventiva y para condenar.

En el caso concreto de la peticionaria, existían presunciones más que fundadas para estimar que a la acusada le cabía responsabilidad en la muerte de su marido, por lo que el Juez de Garantía no actuó livianamente al ordenar su detención y persistir en ella hasta el término del juicio, pues se daban todos los supuestos que establece el art. 140 del CPP para decretar dicha medida.

SENTENCIA:

Santiago, uno de julio de dos mil ocho.

Vistos:

En estos antecedentes rol Nº 3815-06, comparece a fs. 261, Jorge Molina Inostroza, abogado, en representación de Margarita del Carmen Venegas

Soto, comerciante, domiciliada en Chillán, calle Ruiz de Gamboa Nº 703, Población La Fuente, quien interpone demanda para que se declare injustificadamente errónea o arbitraria la resolución del Tribunal de Garantía de Chillán, por estimar que se dispuso la prisión preventiva de su defendida, con absoluto desprecio de la presunción de inocencia.

Tal situación se habría producido al aceptar la imputación de la Fiscalía de ser ella autora del asesinato de su marido, Hugo Alberto Osses Tapia, hecho ocurrido en Chillán, el 17 de octubre de 2004.

A fs. 271, María Teresa Muñoz Ortúzar en su calidad de Abogado Procurador Fiscal de Santiago, en representación del Fisco, contestó la acción interpuesta solicitando su rechazo, con costas.

A fs. 281, la Fiscal Judicial de esta Corte, por las razones que más adelante se analizarán, considera que no corresponde la declaración pedida, porque la situación descrita no es de aquéllas señaladas en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República y porque no reviste caracteres de injustificadamente errónea ni arbitraria.

A fs. 287, se ordenó dar cuenta.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que de acuerdo a lo prevenido en el artículo 19 N° 7° letra i) de la Constitución Política de la República, una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, **el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia** por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales sufridos.

SEGUNDO: Que para la aceptación de una demanda de esta naturaleza, en primer lugar, resulta necesario determinar si la resolución de que se trata puede ser objeto de la declaración que se pretende.

Al efecto, ha de destacarse que el abogado compareciente requiere, en

la representación que inviste, la declaración de error injustificado o la existencia de arbitrariedad, respecto de la decisión del Juzgado de Garantía de Chillán que dispuso en contra de su representada la medida cautelar de prisión preventiva.

Antes de analizar si existía o no mérito para ella, es necesario destacar que la norma constitucional transcrita en el primer fundamento de este fallo, autoriza este procedimiento sólo respecto de quien ha sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia, por resolución que esta Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria.

Sobre este particular, cabe hacer presente que en el actual Código Procesal Penal, por el cual se rigió la situación en estudio, no existe la antigua resolución por medio de la cual se sometía a proceso a un inculpado, de manera que esta etapa queda excluida como base de sustentación de una acción indemnizatoria. En consecuencia, sólo sería procedente reclamar el derecho a ser indemnizado, una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, respecto de quien hubiere sido condenado en cualquier instancia por sentencia que posteriormente la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria.

Tal conclusión se refuerza, además, con la discusión parlamentaria verificada con motivo de la última modificación de la Carta Fundamental. En ella y con el objetivo de adecuar el precepto en análisis al nuevo sistema procesal penal, se propuso en la Cámara de Diputados sustituir la frase “el que hubiere sido sometido a proceso” por “el que hubiere sido privado de libertad, acusado”, lo que revela ánimo de apertura en la disposición constitucional, en la dirección

de quien ahora comparece, la que a no dudarlo, no se extiende ahora, al privado de libertad. El Diputado señor Burgos, por su parte, propuso reemplazar toda la norma, por la siguiente: “El que hubiere sido condenado por resolución que la Corte Suprema declare manifiestamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en juicio sumario y en él la prueba se apreciará conforme a la sana crítica.”. En tanto los Diputados señores Guzmán y Longton, sugirieron suprimir la expresión “injustificadamente”.

El veto presidencial posterior, propuso reemplazar la expresión “sometido a proceso” por “acusado”, pero este cambio, en definitiva, no logró el quórum de aprobación, entendiéndose rechazado.

No prosperó, en consecuencia, la alternativa de hacer procedente la indemnización para el caso de ordenarse una prisión preventiva.

TERCERO: Que, finalmente, es útil considerar que aún cuando la prisión preventiva era una consecuencia posible del auto de procesamiento, en el antiguo sistema penal inquisitorial, la presunción de inocencia de una persona quedaba más debilitada por el imperio de aquella resolución, porque se procedía de inmediato a “filiar” a esa persona, quien debía ser remitida al Servicio de Registro Civil e Identificación a confeccionar o completar su prontuario, con lo cual esa resolución (el auto de procesamiento) -que era eminentemente provisoria- quedaba registrada, sin embargo, en un documento de carácter público, fuera éste su extracto de filiación o su certificado de antecedentes, trámite que constituía para el afectado un gravamen mayor.

En cambio, en el actual sistema procesal penal, de corte más garantista, la formalización es una instancia ante el juez de garantía, para poner en conocimiento de la persona respecto de quien se dirige una investigación, la existencia de aquella y la posibilidad de la intervención de un defensor, pero que en ningún caso altera el peso de la prueba, que era lo que significaba -por regla general- un auto de procesamiento.

CUARTO: Que la prisión preventiva no es más que una medida cautelar, cuyo objetivo, como su nombre lo dice, es cautelar a la persona del imputado mientras se desarrolla la investigación y hasta que se cumplan sus objetivos, pudiendo extenderse hasta el juicio oral si ello se estima como necesario o revestido de fundamento que lo haga plausible.

Es efectivo, como lo sostiene el Consejo de Defensa del Estado, que no resulta atinente la denuncia que se hace de grave vulneración o desprecio absoluto de la presunción de inocencia, porque la prisión preventiva no tiene por objeto anticipar el cumplimiento de una condena, sino que simplemente constituye una medida conservadora o de cautela de aquellos intereses que resultan superiores dentro de la investigación de un delito que, en este caso, resulta de la máxima gravedad y que autoriza la restricción de ciertas garantías constitucionales en miras a la prosecución de un fin superior. Es, por ello mismo, que la prisión preventiva se encuentra limitada a situaciones específicas que deben ser evaluadas en cada caso particular.

QUINTO: Que en la situación en estudio no se ha dictado sentencia condenatoria sino, por el contrario, tal

como lo reconoce el compareciente, el fallo fue absolutorio, razón por la cual, no se ha verificado ninguno de los dos supuestos en los que el Constituyente previó la posibilidad de pronunciar la declaración de existir un error injustificado o la existencia de una resolución arbitraria.

SEXTO: Que aunque las razones expuestas son suficientes para rechazar la solicitud de fs. 261, es posible aún, agregar consideraciones de fondo, para arribar a la misma decisión, si se tiene presente que ni aún en el caso que la declaración pedida fuera procedente respecto de la prolongación errada de una prisión preventiva, podría ser pertinente declarar la existencia de un error de esa entidad o su arbitrariedad.

En efecto, para ello resulta primordial que dicha resolución sea injustificada-mente errónea, de suerte tal que no es suficiente con que haya sido “errónea”, o sea, equivocada, inexacta, desacertada o continente de un juicio falso, sino que es indispensable que sea “injustificada”. Esta exigencia tiene tal dimensión porque la exige la actividad de juzgar, como lo es también cualquiera otra realizada por el ser humano, ya que está expuesta a incurrir en equivocaciones o desaciertos, los cuales son explicables precisamente a causa de las limitaciones inherentes a la naturaleza del hombre, de cuyas virtudes y defectos participan, como es obvio, los jueces.

SÉPTIMO: Que es útil precisar cuándo puede estimarse que un error en que se ha incurrido en una sentencia, resulta ser “injustificado”. En este caso, el diccionario se limita a decir que injustificado es lo “no justificado” (Diccionario de la Lengua Española, 21ª Edición), por lo que se debe delimitar lo que ha de entenderse por “justificado”. Arroja un poco de luz

sobre este punto el significado que se da al antónimo, al expresar que es lo “conforme a justicia y razón”; a su turno, explica que “justificación”, en su tercera acepción, es la “prueba convincente de una cosa”, agregando luego en el mismo sentido que “justificar”, en su segunda significación, supone “probar una cosa con razones convincentes, testigos o documentos”. De lo expuesto, puede deducirse que una resolución o sentencia es injustificadamente errónea, cuando los razonamientos que la conducen al resultado inexacto no convencen (no son convincentes), cuando no son susceptibles de una explicación razonable (racional) cuando, en fin, son contrarios a la lógica, a los dictados de la experiencia y a los conocimientos más difundidos sobre la materia respecto a la cual versa.

OCTAVO: Que es importante para percibir con claridad cada situación, que en el actual sistema procesal, a diferencia del anterior, el Ministerio Público es el encargado de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinan la participación punible y los que acreditan la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley. Los fiscales ejercen y sustentan la acción penal pública en la forma señalada por la ley y con ese propósito practican todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigen la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

En este orden de ideas, formalizada una persona por un delito, es el Ministerio Público quien presenta, agrega e invoca los antecedentes pertinentes y existentes en su carpeta de investigación que, en

su concepto, hagan procedente decretar, mantener o revocar una medida cautelar de prisión preventiva. Por su parte, a la defensa corresponde, poner en evidencia aquellos antecedentes que hagan desaconsejable o innecesaria la medida requerida o pedir otra que satisfaga las necesidades de que se trata.

Al juez de garantía corresponde, por su parte, hacer una valoración de aquellos antecedentes que han sido aportados por ambas partes y que le permiten adoptar una decisión sobre la pertinencia de decretar, mantener o revocar tal o cual medida cautelar.

NOVENO: Que en el presente caso, según se desprende de lo manifestado por las partes, el Ministerio Público disponía del testimonio de tres vecinas que habían escuchado a la imputada expresar su intención de dar muerte a su cónyuge; además, del dicho de otros tantos funcionarios aprehensores que habrían oído (ocultos en el domicilio de una de esas deponentes) cuando la imputada trató de intimidar a una de esas testigos para que omitiera información a la Policía acerca de lo que aquella había oído; a lo cual se habrían agregado las circunstancias que rodearon el hecho y que la inculpada cobró un documento con la firma falsificada del occiso, poco después de su muerte.

La defensa, en tanto, procuró desvirtuar la verosimilitud de lo aseverado por esas vecinas, demostrando su inestabilidad psicológica, animadversión y distancia temporal, como también, el sufrimiento moral y físico que enfrentaba la acusada dentro del establecimiento carcelario en que se encontraba.

Ninguno de los argumentos de la defensa convenció al Juez de Garantía, quien mantuvo la prisión por prácticamente un año, la que sólo fue dejada

sin efecto cuando se dio a conocer el veredicto absolutorio.

DÉCIMO: Que, sin embargo, la ponderación que hace el juez al decidir la prevalencia de una garantía constitucional por sobre otra, cuando opta por restringir la libertad personal ante la necesidad del Estado de investigar un delito, no conlleva necesariamente, un acto arbitrario o injustificadamente erróneo, debiendo admitirse que tal situación no aconteció tampoco en el presente caso.

UNDÉCIMO: Que cabe agregar que de acuerdo a lo expresado por la Comisión Constituyente en la sesión 119, “el error judicial debe ser manifiesto, craso, que es el que no admite excusa ni razón para explicarlo” y, por su parte, la arbitrariedad, corresponde a un acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes y dictado por la sola voluntad o el capricho.

DUODÉCIMO: Que valga agregar en esta parte, que la disposición constitucional que se analiza, no contempla como únicos requisitos, el haber sido una persona procesada o condenada y luego sobreseída o absuelta, sino que se exige que alguna de aquellas dos primeras decisiones sea injustificadamente errónea o bien, arbitraria y ello es evidente, porque el auto de procesamiento es esencialmente revocable, lo que hace de su esencia la posibilidad de dejarlo sin efecto con nuevos antecedentes; y el derecho al recurso, cualquiera que sea el promovido, tiene por objeto propio, la enmienda de la decisión impugnada, lo que puede verificarse por una distinta ponderación de los antecedentes de hecho, o bien, por una diferente interpretación del Derecho, sea en la calificación de los hechos establecidos o en sus circunstancias.

Estas modificaciones posteriores, no implican necesariamente, como algunos han querido entender, que los jueces hayan errado o hayan actuado con desidia o con falta de cuidado.

En el proceso, que constituye una serie de actos encadenados, intervienen distintos actores y tanto sobre el juez como sobre las partes, sea fiscal, defensa o querellante, pesa la obligación de contribuir de mejor manera al esclarecimiento de los hechos que se investigan y juzgan. Tanto peor en el sistema antiguo, donde existió siempre la crítica a la doble tarea que debía cumplir el juez, como ahora, mejor, donde se alivia la tarea con dos entes autónomos y separados donde el margen de error se ha reducido, precisamente por la intervención de mayores sujetos al alero de un procedimiento más garantista que el anterior, pero donde los seres humanos siguen siendo la base que sustenta la estructura, no exenta por lo tanto de la posibilidad de error, por su simple naturaleza humana, cuya responsabilidad ha de asumir el Estado, cuando tal error supera los límites de aquello que es razonable, o como reza la Carta Fundamental, injustificadamente erróneo o arbitrario.

DÉCIMO TERCERO: Que tales defectos no se aprecian en el caso de autos.

Por estas consideraciones, y de conformidad, además, con lo prescrito en el artículo 19 N° 7, letra i), de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre la materia, **se rechazan** tanto la solicitud del Fisco en orden a declarar inadmisibles los libelos de autos; como también la demanda de fojas 261, sin costas.

Se previene que el Abogado Integrante Sr. Hernández tuvo exclusivamente en vista, para rechazar la acción

constitucional impetrada, los razonamientos siguientes:

1.- Que si bien el texto del artículo 19, N° 7°, letra i) de la Carta Fundamental descarta la posibilidad de extender la reparación del error judicial a otras hipótesis que el procesamiento o la condena injustificadamente erróneos o arbitrarios en sede penal -quedando por tanto excluidas medidas de cautela personal como la citación o la detención- es lo cierto que la enumeración de los derechos constitucionales no se agota en la mención que hace ese precepto. En efecto, el bloque constitucional de derechos se completa, en nuestro ordenamiento, con aquéllos que se encuentran garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, según la remisión que formula el inciso 2° del artículo 5° de la señalada Carta, alcance que torna obligatorio recurrir a la consulta del derecho convencional de los tratados a fin de indagar si sus normas complementan o amplían la esfera de protección constitucional.

2.- Que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, promulgado por Decreto Supremo N° 778 (Relaciones Exteriores), de 30 de noviembre de 1.976 y publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1.989, dispone, en su artículo 10.5: “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”. Esta disposición, naturalmente, importa un compromiso de los Estados Partes de respetar y garantizar tal derecho, así como una opción de toda persona para interponer un recurso efectivo en caso de violación del mismo, conforme a lo que prescribe el artículo 2 del mismo instrumento internacional.

Por su parte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos provee un sistema peculiar de interpretación de sus disposiciones, dentro del cual se insertan los principios de buena fe y del sentido finalista de sus mandatos. Conforme a ellos, un tratado debe interpretarse de buena fe según el sentido que haya de atribuirse a sus términos, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin, según lo ordena el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, no siendo permitido a los Estados suscriptores incumplir un acuerdo de esta naturaleza invocando para ello su Derecho interno, como también lo prescribe el artículo 27 de la citada Convención.

En este escenario, ninguna disposición propia del Derecho interno nacional podría desconocer o restringir en su esencia el derecho efectivo que el artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos confiere a todas las personas, en el supuesto allí designado, para obtener reparación por las secuelas dañosas anejas a su detención o prisión ilegal.

3.- Que la recurrente pretende radicar la fuente de su derecho a la indemnización impetrada en la ilegalidad de la prisión preventiva librada en su contra por el juzgado de garantía que le impuso tal medida cautelar personal, luego de formalizada la investigación en su contra por el fiscal.

Su acción no aparece dirigida, entonces, contra una sentencia condenatoria o contra una resolución que la sometió a proceso -institución ésta que la mayoría de la doctrina hace equivalente al auto de procesamiento, en el antiguo sistema de procedimiento penal-, sino respecto de una medida decretada a través

de una resolución judicial fundada, encaminada a asegurar la finalidad del procedimiento o la seguridad del ofendido o de la sociedad, cuando las demás cautelares personales fueren estimadas insuficientes para estos objetivos por el juez.

4.- Que la formalización de la investigación representa un presupuesto que debe anteceder necesariamente a la solicitud de prisión preventiva, conforme al artículo 142 del Código Procesal Penal.

Por su parte, ni la formalización de la investigación ni la acusación constituyen gestiones jurisdiccionales, sino actuaciones del Ministerio Público que, como tales, no imputan ejercicio de la función jurisdiccional, por serle ella vedada a este organismo autónomo, conforme a los artículos 83 de la Constitución Política de la República y 1° de la Ley Orgánica Constitucional N° 19.640, de 1999.

Consecuencia de lo anterior es que no existe en el nuevo proceso penal un trámite o actuación judicial asimilable al auto de procesamiento, de manera que los comportamientos erróneos o arbitrarios en que pueda incurrir el Ministerio Público con motivo de las diligencias a que hemos hecho referencia, comprometerán eventualmente la responsabilidad fiscal con arreglo al artículo 5° de la Ley N° 19.640, pero no quedan bajo la cobertura de la norma constitucional que regula la indemnización del error judicial ni requieren de la previa declaración de esta Corte Suprema, en el procedimiento que esa disposición menciona.

5.- Que, con el mérito del razonamiento que antecede, no parece discutible colegir que, en clave teórica, toda persona ilegalmente detenida o presa

tiene derecho a ser indemnizada por los daños, materiales o inmateriales, que haya experimentado con ocasión de la ilegalidad cometida en la detención o prisión libradas en su contra.

Encontrándose tratado en los párrafos 3° y 4° del Título V del Libro I del Código Procesal Penal (artículos 125 a 138 y 139 a 153) los presupuestos, requisitos, límites e hipótesis en que procede o no procede cada una de estas cautelares, la infracción de cualesquiera de esos preceptos autorizará al afectado para reclamar la pertinente reparación, previo sometimiento del caso a la consideración de esta Corte, que es la llamada a decidir si el juez respectivo incurrió o no en la contravención legal que se le imputa, pero sin entrar al análisis de si la resolución atacada es o no injustificadamente errónea o arbitraria.

Para arribar a tal conclusión es menester recordar que la norma convencional de derecho internacional habilita para requerir reparación efectiva por las detenciones u órdenes de prisión preventiva que se expidan contra un imputado, con tal que sean ilegales, condición que es menos exigente que el error injustificado o la arbitrariedad, cuya existencia debe constatar la Corte como presupuesto para la posterior determinación, en juicio sumario, de la especie y monto de los perjuicios que se persigan, dentro del mecanismo y en las hipótesis previstas en la Constitución.

Correlacionando la disposición constitucional con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de manera que entre ellos exista la debida correspondencia y armonía, parece razonable exigir la intervención de este máximo tribunal a fin de sujetar

al mismo mecanismo común todos los eventos de error judicial presunto -tanto los contemplados en el artículo 19, N° 7°, letra i), como aquéllos previstos en el derecho internacional y, particularmente, en el artículo 9.5 del tratado internacional antes citado-, ya que esta modalidad procesal no tiene por qué afectar la esencia del derecho a obtener reparación efectiva que el instrumento internacional referido asegura.

Empero, exigir que, además, la orden de detención o prisión preventiva ilegal sea injustificadamente errónea o arbitraria para justificar la procedencia de la acción constitucional, importaría adicionar un requisito sustantivo que el derecho internacional no postula, debiendo pues centrarse el examen en la sola circunstancia de la ilegalidad.

6.- Que, con todo, la actora no ha proporcionado antecedentes de ninguna especie que avalen su pretensión de ser ilegal la prisión preventiva que debió soportar, la que fue dispuesta por autoridad competente, en ejercicio de sus facultades y dentro de los supuestos que la ley autoriza. De este modo, no cabe sino concluir que la pretensión reparatoria hecha valer carece de fundamento, lo que mueve a quien previene a coincidir, en cuanto al fondo, con la decisión de rechazar la acción intentada.

Regístrese y archívese.

Redacción del abogado integrante Sr. Carrasco Acuña y de su disidencia, su autor.

Rol N° 3815-06.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Oscar Carrasco A. y Domingo

Hernández E. No firma el Ministro Sr. Rodríguez y el abogado integrante Sr. Hernández, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente.

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

Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa. Garantía del artículo 19 N° 3 inciso 5 de la Constitución Política de la República; presunción de inocencia; principio de congruencia; debida fundamentación de la sentencia.

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

La defensa interpuso un recurso de nulidad esgrimiendo como fundamento el artículo 373 letras a) y b) del Código Procesal Penal por estimar que se habían vulnerado los derechos a una sentencia fundada, a la debida defensa y el respeto a la presunción de inocencia, al tiempo de haberse pasado por alto el principio de congruencia. La Corte, en voto de mayoría, rechazó el recurso haciendo presente que las razones esgrimidas encontraban salvaguarda específica en el artículo 374 letras e) y f) del Código Procesal Penal. Fundamentó su rechazo en que la sentencia cumplía con las exigencias legales impuestas a los sentenciadores de hacerse cargo de la prueba rendida y explicar debidamente el curso lógico que los llevó a la decisión condenatoria, no siendo suficiente para sustentar un recurso de nulidad la sola disconformidad del recurrente con el raciocinio y conclusiones del Tribunal. En cuanto a la supuesta vulneración al principio de congruencia, señaló que la sentencia estableció una situación fáctica absolutamente concordante con los hechos penalmente relevantes contenidos en la acusación, no cumpliéndose la exigencia de sorpresa y trascendencia que la vulneración alegada requiere para entenderse cumplida.

El voto disidente estuvo por acoger el recurso de nulidad señalando que se había lesionado la debida defensa al no respetar el principio de congruencia con la introducción de un dato nuevo, el suministro de un fármaco determinado, que la defensa no pudo cuestionar debidamente.

Texto completo:

Santiago, a veinticuatro de diciembre de dos mil siete.

Vistos:

En estos autos Rol Único 0600486906-9 e Interno del tribunal 17 – 2007 se registra la sentencia dictada en procedimiento ordinario de acción penal pública, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, de veinte de septiembre recién pasado, que condenó a Ivonne del Carmen Jäger Ramírez a sufrir cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales pertinentes, además de solucionar las costas de la causa, por su responsabilidad de autora del delito de parricidio en la persona de Andrés Vienne Jäger, en grado de frustrado, perpetrado el doce de julio de dos mil seis, en la ciudad de Puerto Montt.

En contra de este veredicto los defensores penales Francisco Geisse Graepp y Norman Santibáñez Handschuh, en representación de la acusada, dedujeron recurso de nulidad sustentándose en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en concordancia con los artículos 19 N° 2° inciso 2°, N° 3° incisos segundo y quinto de la Constitución Política de la República; y, artículos 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 N° 2

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con el N° 5, inciso 2°, de la Constitución; y, de manera conjunta, por el motivo de invalidación consagrado en el literal b) del referido artículo 373, en conexión con el artículo 376, inciso 3°, del Código Procesal Penal.

Pretenden que, por la causal de la letra a) de invalidación promovida, se acoja el recurso y se proceda a anular la sentencia definitiva y el juicio oral, que se determine el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, ordenándose la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio. Por la motivación genérica de la letra b) del artículo 373 del Código del Ramo, piden se decrete la anulación del juicio oral y su fallo respectivo, determinando el estado en que quedará el procedimiento y ordenándose la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para que disponga la celebración de un nuevo pleito.

Este tribunal estimó admisible el recurso, dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece de fojas 297.

La audiencia pública se verificó el cuatro de diciembre último, con la concurrencia y alegatos de los letrados señores Cristian Arias Vicencio y Norman Santibáñez Handschuh, en representación de la imputada, y el abogado señor Sergio Coronado Rocha, por el Ministerio Público, y 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 de fojas 310.

Considerando:

PRIMERO: Que el recurso que rola de fojas 159 a 229, descansa, de manera conjunta en las causales contempladas en los literales a) y b) del artículo 373 de la recopilación procesal penal.

SEGUNDO: Que respecto de la primera de estas causales, la norma que la contiene dispone su procedencia si en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y en actual vigor, concretando el defecto en la inobservancia a la salvaguardia fundamental del derecho a una sentencia fundada y motivada, amparada por el artículo 19, N° 2°, inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental; en la vulneración a las normas que garantizan la presunción de inocencia, garantizada en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, N° 2°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con el artículo 5°, inc. 2°, de la Constitución; y, en la infracción al derecho a defensa, como garantía de un procedimiento racional y justo, amparada en el artículo 19, N° 3°, inciso 5°, de nuestra Carta Magna.

TERCERO: Que sobre el primero de estos tópicos, esto es, la infracción a la garantía que asegura el derecho a una sentencia fundada y motivada a fin de proscribir la arbitrariedad de las resoluciones judiciales, aducen los recurrentes que tal resguardo protege a las personas contra la iniquidad o la irrazonabilidad de la actuación de los poderes públicos, tutela que se expresa no sólo en la Constitución sino también en el artículo 36 del Código Procesal Penal, precepto que establece la obligación

de fundamentar las resoluciones que se dictaren, con excepción de aquellas que se pronuncien sobre cuestiones de mero trámite.

La simple relación de la prueba rendida no sustituye la fundamentación, estando vedado al tribunal hacer afirmaciones y llegar a conclusiones que no tengan su correlato en las probanzas vertidas en el juicio, de modo tal que la sentencia que se recurre sólo transcribe antecedentes, a veces de manera imprecisa, otras con omisiones.

El vicio denunciado trajo como consecuencia que el tribunal haya arribado a conclusiones que atentan contra la lógica y los conocimientos científicamente afianzados.

Así entonces, respecto del edema pulmonar agudo que sufrió Andrés Vienne el día doce de julio de dos mil seis, la mayoría de las afirmaciones que se contienen en el fallo no tienen su correlato en la prueba rendida en el juicio, incluso se contradicen con ella.

A propósito de este hecho, el dictamen señala que la víctima hasta esa fecha era deportista, sin embargo, contradice este aserto las declaraciones de Juan Carlos Pincheira Arévalo, psicólogo de la Unidad de Víctimas y Testigos del Ministerio Público y Walter Pager Wellmann, abuelo de la víctima. Enseguida, sostiene el tribunal que durante su hospitalización, estando ya en vías de retirarlo del ventilador mecánico, presentó bruscamente una falla en su ventrículo izquierdo, conclusión que aparece contradicha con otras pruebas no valoradas, esto es, el ecocardiograma efectuado el día catorce de julio de dos mil seis, dos días después de la descompensación del paciente, examen informado por el cardiólogo Claudio Klenner, que forma parte de

la ficha médica del paciente y que fue incorporada como prueba documental que concluye que el paciente se presenta “Sin alteraciones de valor diagnóstico”; enseguida, lo expuesto por el médico Leonardo González W., Doctor en Medicina Forense, quien refirió no estar de acuerdo con la afirmación de que el edema que habría sufrido la víctima el doce de julio de dos mil seis sea de origen cardiogénico, sino que el cuadro va más bien en el contexto infeccioso. Su testimonio en esta materia no fue rebatido por prueba alguna incorporada al juicio. Sobre este aspecto el tribunal expresa en el fallo que “superado el evento es dable esperar que la ecocardiografía saliera normal”...”Klenner no especifica en el alta todos los eventos que vivió Andrés en la UCI pero esto se debe al sistema rotatorio de turno de la unidad, lo que no invalida lo vivido por el paciente”...”El cuadro fue brusco en presentarse y rápido en solucionarse lo que avala el desequilibrio hemodinámico característico del edema pulmonar agudo...”. Tales afirmaciones no se desprenden de prueba alguna que se haya rendido en el juicio, incluso alega la defensa que se trata de conclusiones médicas autónomas del tribunal. Otra decisión del fallo carente de sustento probatorio y contradictoria con la prueba testimonial y pericial rendida es la aseveración que se hace en el sentido que “Existen datos suficientes para afirmar que el medicamento administrado y no indicado fue el propanolol dadas sus condiciones de inótropro negativo, esto es, que hace claudicar el ventrículo izquierdo y lleva al edema pulmonar agudo.”. Pareciera emanar tal afirmación de los testimonios del doctor Claudio Rojas o Rodrigo Alonzo (página 59 de la sentencia), sin embargo, al respecto

se omite valorar el atestado del doctor Leonardo González, quien manifestó que “Si se remite al propranolol, clorpropamida, en términos generales no espero que me provoquen edema pulmonar, no obstante pueden hacerlo ... el propranolol es un betabloqueador, como efecto betabloqueador va a tener dos grandes manifestaciones, ser inótropro negativo, disminuir la fuerza de contractibilidad del corazón, pero a la vez es cronótropro negativo”, eso significa que disminuye la frecuencia cardíaca. En el mismo sentido sostiene la defensa que se omite valorar el testimonio de doña Claudia Torres Saavedra, respecto de quien, además, en la transcripción de audio se cambia la expresión “bradicardia” (disminución del ritmo cardíaco) por taquicardia. No se hace cargo el tribunal de lo que afirma el doctor Claudio Rojas, “...hace taquicardia con su edema pulmonar ese día a las cinco y media de la tarde, no había sudoración descrita ...” (página 63 del fallo) ni se valora el testimonio de la enfermera Laura Paredes Álvarez quien dijo ...” Andrés estaba taquicárdico”. Se omite transcribir y valorar el testimonio de doña Aclen Castillo Ulloa en la parte que dice “... Ella (la Dra. Jager) estaba en la sala de estar junto a la Dra. Toro, yo salí con el Dr. Alonzo, me preocupé de mi paciente. En un momento apareció la Dra., pero no alcanzó a llegar a la cama de Andrés, Andrés estaba taquicárdico...”. No se ponderó íntegramente el testimonio del doctor Alonzo, quien señaló que “Andrés en ese momento estaba desaturando, desadaptado a ventilación mecánica, con una taquicardia con tendencia a la hipotensión...hubo un instante en que sus parámetros se deterioraron notablemente, hubo una bradicardia extrema, una disminución ostensible del pulso,

la presión también cayó”. Tampoco se ponderó el relato íntegro de doña Mabel Riveros Kaechele, que refirió “En ese momento el paciente estaba mucho más hipotenso, más taquicárdico” ...”el paciente presenta en algún momento una bradicardia extrema...”. No se ponderó en esta parte el dicho del médico Bernardo Morales Catalán, perito de la Fiscalía, quien a propósito del propranolol señaló que se utiliza para el tratamiento de la hipertensión, cuando se usa en personas que no son hipertensas podría producir alteraciones del sistema cardiocirculatorio como hipotensión o bradicardia (página 87 de la sentencia). De lo anterior colige la defensa que el paciente no comienza con bradicardia extrema como se dijo en la página 70 del fallo, considerando décimo, sino que tuvo un solo episodio de bradicardia como consecuencias de sus taquicardias (según quiso decir la enfermera Riveros). En conclusión, el propranolol produce bradicardias, y lo que Andrés Vienne tuvo después del evento del día doce de julio fueron taquicardias sostenidas durante todo el día, cuadro clínico que es incompatible con el suministro de propranolol.

No se apreció el testimonio del perito Guido Ruiz Barría en el sentido que sostuvo que no tiene ningún antecedente que el propranolol puede, a dosis tóxicas, provocar edema pulmonar. Se omite valorar la exposición del médico forense presentado por la Fiscalía, Bernardo Morales, quien refiriéndose al diazepam, sostuvo que su uso en altas dosis puede llegar a producir edema pulmonar agudo. Sin embargo, esta importante prueba no es valorada ni desestimada, cuando en realidad entregaba una explicación alternativa al deterioro de salud experimentado por Andrés Vienne.

Acerca de la existencia de propanolol en el organismo de la víctima, el examen Toxilab posterior al evento agudo del día doce a las 18:00 horas, sólo fue de sangre y no de orina y sangre. Sobre este tópico alega que no se valoraron los testimonios de doña Reineria Hermosilla y Guido Ruiz Barría, pues mientras la primera afirma que las muestras del once y doce de julio sólo arrojaron benzodiazepinas, el segundo precisa que la muestra tomada el día doce de julio no detecta propanolol. Doña Claudia Torres señaló que “En el caso de los betabloqueadores por las características ya nombradas que se pensaba que estaba el propanolol y otro que Ivonne le dijo que estaba involucrado, pero podría haber otros que hubiese olvidado, habría que verlo en los toxicológicos que es lo ideal. Porque eso si aparecen en los toxicológicos.” El doctor Rodrigo Alonzo también expresó en su declaración una hipótesis de suministro de propanolol como causante del edema que tuvo Andrés Vienne el doce de julio de dos mil seis, pero precisa que “el propanolol en altas dosis puede producir un edema pulmonar agudo”. Ahora bien, la sentencia tiene por establecido el suministro de propanolol el día doce de julio, aserto que se contradice con la prueba rendida.

Respecto de la conclusión de cómo llega al cuerpo de Andrés Vienne el propanolol, el tribunal hace afirmaciones omitiendo valorar íntegramente la prueba, en especial el testimonio de Laura Paredes Alvarez, quien precisó que no vio nada extraño respecto de la doctora ni en la persona de Andrés, como alguna punción extraña; Aclen Castillo Ulloa expresa que Andrés Vienne no tenía pinchazo ni punción reciente, no advirtió ningún comportamiento extraño de

la doctora, sino que sólo actuó como cualquier madre preocupada y angustiada; Mabel Riveros, no puede dar fe que la punción no se haya realizado en el turno anterior. El doctor Alonzo, en fin, refiere que la punción era de una data que no podría precisar.

También alude la defensa que el testimonio de la víctima, recogido a través de otros medios de prueba pues no declaró en el juicio, era importante valorarlo. Se le preguntó en el programa de televisión Enigma si puede afirmar en un cien por ciento si su madre lo inyectó ese día y contesta que no. Respecto del evento aludido del día 18 de julio, el relato del hermano, Eduardo Nicolás Vienne Jager, no refiere haberle entregado medicamentos.

CUARTO: Que a continuación, en relación a la vulneración de la garantía de la presunción de inocencia, sostiene la defensa que en tanto la sentencia definitiva alteró la carga probatoria, el estándar de duda razonable y el principio de in dubio pro reo, infringió los artículos 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, N° 2°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en conexión con el artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

Aduce esta parte, que se vulnera de manera sustancial la presunción de inocencia en el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Oral, cuando:

a.- “La sentencia da por establecido hechos utilizando parcialmente prueba que ya había sido desacreditada totalmente por la misma sentencia y con el sólo objeto de respaldar un razonamiento favorable a la condena.”

Así, respecto de la prueba incorporada por la defensa consistente en un video del programa Enigma, el tribunal no le otorga mayor valor probatorio porque

los testimonios que allí aparecen en su mayor parte son vertidos por personas que no declararon en el juicio, de modo que otorgarles mayor valor probatorio significaría vulnerar el principio del contradictorio. Sin embargo, en el considerando sexagésimo tercero, el tribunal dice que del video del programa, Andrés señala que su mamá le envió dos cápsulas dentro de un periódico el día dieciocho de julio. Esta contradicción del tribunal atenta contra la garantía del debido proceso, y por ello, contra la presunción de inocencia. Las mismas contradicciones se ven en el motivo trigésimo cuarto de la sentencia a propósito de los testimonios de la perito psiquiatra Sonia Méndez y de la psicóloga Roxana Solar, en el sentido que primero concluyen de sus dichos la lucidez y ausencia de compromiso de conciencia del paciente, pero luego le restan validez al conjunto de sus declaraciones las cuales entregaban antecedentes fundamentales para la teoría de la defensa relativos a la condición psiquiátrica de quien aparecía como supuesta víctima.

b.- “La sentencia pretende invertir la carga de la prueba reprochando a la defensa la no acreditación de hechos, considerando esta ausencia de prueba, como prueba de sus propias hipótesis.” En la reflexión sexagésima cuarta el tribunal descartó categóricamente que el deterioro de la salud de Andrés tendría su causa en una negligencia médica, dado que no se había rendido prueba en tal sentido, invirtiendo con ello la carga de la prueba. Otro ejemplo similar surgiría del considerando décimo, segundo párrafo, donde se indica “Es un hecho no controvertido, e incluso aceptado por la defensa, que Andrés Vienne Jager se encontraba consciente, la misma doctora Pager solicitó que

se le proporcionara un lápiz para que escribiera, y que además, se le soltara el brazo derecho para el efecto. No se acreditó durante el juicio que Vienne Jager haya escrito o el supuesto contenido de esa eventual nota.”

c.- “La sentencia ha establecido hechos con infracción a la presunción de inocencia, omitiendo sistemáticamente prueba de descargo que neutralizaría la evidencia parcial que considera.” Así por ejemplo, el tribunal omite valorar el conjunto de la declaración del doctor Schachtebeck Allen, que contiene declaraciones esenciales que desvirtúan la tesis de la Fiscalía y también las conclusiones del tribunal sobre el supuesto medicamento, su vía de administración y sus consecuencias en la salud de Andrés Vienne. Este doctor descarta como causa del edema pulmonar el suministro de fármacos y considera que en el caso se está en presencia de un distress respiratorio del adulto. Se omite valorar el testimonio de los peritos del Servicio Médico Legal, doña Sonia Méndez Caro y doña Roxana Solar Rocha, quienes ilustraron al tribunal sobre aspectos importantes de la personalidad de Andrés Vienne; del hermano de la víctima, que además de lo anterior, descarta haber sido el portador de unas cápsulas dirigidas a su hermano Andrés el día dieciocho de julio de dos mil seis. Existen otros testimonios que declaran sobre lo que le escucharon a Andrés, pero sólo se aprecian para efectos de cargo. También se omitió o no se valoró total o parcialmente los testimonios de Juan Carlos Pincheira Arévalo y Walter Jager Wellmann, quienes descartan la afirmación que Andrés Jäger haya sido deportista al momento del acaecimiento de los hechos; el resultado del ecocardiograma

efectuado al paciente dos días después de la descompensación materia del juicio, que descarta la posibilidad de un edema pulmonar de origen cardiogénico porque no evidenció ninguna lesión esperable después de un evento de esas características; la declaración del Doctor en Medicina Forense Leonardo González, quien desestima que la descompensación de Andrés Vienne a las 18:00 horas del día doce de julio de dos mil seis tenga como causa un edema pulmonar cardiogénico. Descarta a aquel como causa del cuadro el suministro de fármacos, especialmente clorpropamida y propanolol, además de otros, y plantea la hipótesis de un cuadro infeccioso como causa, respaldando dicha alternativa. Se omite valorar el testimonio del Doctor en Química y Farmacia Guido Ruiz, quien expuso categóricamente que no existe evidencia científica alguna que el propanolol pueda causar, incluso a dosis tóxicas, edema pulmonar agudo. Por último, se omite ponderar los dichos del neurólogo Claudio Cárdenas y los testigos Claudio Rojas Cifuentes, Rodrigo Alonzo Blanco, Claudia Torres Saavedra, Reineria Hermosilla Marín, Mabel Riveros Kaechele, Aclen Castillo Ulloa, Laura Paredes Alvarez, Waldo Ignacio Ortega Flores, Sabha Yunes Guzmán, Jenny Marión Hasse Cárdenas, Brenda Urrutia Contreras y Bernardo Morales, en tanto estos controvierten la prueba de cargo.

d.- “Los sentenciadores han pretendido convertir en prueba la falta de evidencia, afectando el principio in dubio pro reo.” Luego de la descompensación de Andrés Vienne, una hora después, se le toma una muestra de sangre para análisis toxicológico, cuyo resultado fue sólo la presencia de benzodiazepinas, que

habían sido administradas al paciente dentro del marco de los tratamientos médicos, no así propanolol.

e.- “La sentencia suple la actividad del órgano acusador infringiendo la presunción de inocencia con explicaciones que no encuentran asidero en pruebas rendidas en juicio constituyendo así fundamentaciones aparentes de hechos o situaciones que da por acreditados.” Alega la defensa que especialmente en el considerando undécimo, contiene el fallo afirmaciones como que superado el evento era dable esperar que la ecocardiografía saliera normal, o que el cuadro fue brusco en presentarse y rápido en solucionarse, lo que avala el desequilibrio en la hemodinámica característico del edema pulmonar agudo propio de la falla del ventrículo izquierdo o un shock cardiogénico, y no así un distress respiratorio, que siendo un problema inflamatorio del tejido alveolar es mucho más lento en instalarse, más lento en revertirse y no tan productivo en las secreciones; y, por último, la conclusión de que en el evento del doce de julio hubo aporte importante de drogas vasoactivas como la dopamina (inótropo positivo) que mejoran la función del corazón y de la circulación, lo que contrarresta la acción del propanolol (inótropo negativo). Posterior a ese evento y con la situación hemodinámica estable, se tomó la muestra de sangre para el segundo toxilab.

f.- “La sentencia no se pronuncia sobre el móvil o motivo de la supuesta acción parricida, a pesar de haberse solicitado.”

g.- “La sentencia no acredita la concurrencia del dolo indispensable para la configuración de un delito de parricidio imperfecto, afectando con su aparente

establecimiento el principio de in dubio pro reo.” En este sentido argumenta que el pronunciamiento no cumple con los requisitos mínimos establecidos por la doctrina y la jurisprudencia para la acreditación del dolo directo en un delito de parricidio frustrado. El fallo concluye que la acusada al suministrar a la víctima propanolol, actuó con dolo de matar; acredita y explica el dolo exclusivamente por los conocimientos médicos del facultativo. Se dice que la acusada, dada su especialidad, tenía pleno conocimiento de los fármacos o medicamentos encontrados en el organismo de Andrés Vienne como aquellos suministrados dentro del tratamiento médico, como los administrados por ella, conocía claramente sus dosis, concentraciones, combinaciones, efectos y contraindicaciones, de manera que al proporcionarle propanolol vía endovenosa sabía que éste, en combinación con los demás propios del tratamiento, tenía el efecto de causar la muerte a la víctima. De ello, sin embargo, no se constituye una presunción que conduzca lógica y naturalmente a deducir como única conclusión la concurrencia del dolo de matar a su hijo. La sentencia tampoco se aproxima a determinar el móvil o motivo de la acción parricida.

h.- “La sentencia se basa en supuestos indicios que no cumplen con los estándares de procedencia que el mismo tribunal oral de Puerto Montt se ha fijado” incluso los hechos sobre los que se constituye el indicio no están probados, más bien desvirtuados por otros de signo contrario.

Como se ha expuesto, delata la infracción sustancial a la garantía contemplada en el artículo 8 N° 2 del Pacto de San José de Costa Rica, así como

el 14 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en consonancia con el artículo 5° de la Constitución, por cuanto el tribunal acoge la teoría del caso que le permite condenar, sin descartar razonadamente las múltiples alternativas que explicaban la descompensación experimentada por la víctima afectando seriamente el estándar de la duda razonable y el principio in dubio pro reo.

QUINTO: Que, por último, en relación a la infracción al derecho a defensa como garantía del procedimiento racional y justo contenido en el artículo 19 N° 3° inciso 5°, en relación con el art. 19 N° 3° inciso 2° de la Constitución, aduce que de la acusación fiscal, se le atribuye a la imputada suministrar a su hijo fármacos y sustancias al margen de cualquier tratamiento y que le causaron un súbito y severo deterioro en sus funciones vitales. En consecuencia, su parte tuvo que colocarse en un hipotético suministro de sustancias indeterminadas, escogiendo la sentencia una de esas infinitas opciones. El fallo descalifica gratuitamente el desempeño técnico de la defensa pues afirma que en la audiencia de preparación del juicio oral pudo, mediante correcciones de vicios formales, solicitar precisiones, y no lo hizo.

SEXTO: Que de la manera que viene de señalarse, censura el recurrente que la transgresión a las garantías indicadas fue sustancial e influyó en lo dispositivo del fallo, pues al omitir el dictamen la valoración de pruebas, al ponderar otras parcialmente y establecer conclusiones no acreditadas en el juicio, determinó que la decisión del tribunal fuese irrazonable. Asimismo, por cuanto los juzgadores no descartan razonadamente las múltiples alternativas

que explicaban la descompensación experimentada por Andrés Vienne, afectando seriamente el estándar de la duda razonable y el principio indubio pro reo, y al alterar la carga probatoria y arribar a conclusiones sin sustento no se cumplen a los estándares impuestos en materia indiciaria. Finalmente, porque la sentencia escogió y determinó sorpresivamente una de las infinitas opciones propuestas por la acusación para explicar el súbito deterioro de las funciones vitales del hijo de la doctora Ivonne Jäger, sin permitir que ella ni su defensa pudieran cuestionarlo a través de la prueba de descargo.

SÉPTIMO: Que, en la conclusión, el compareciente solicita que se declare la nulidad de la sentencia y del juicio oral respectivo por el ordinal esgrimido, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y disponiendo la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado, para que se proceda a realizar un nuevo juicio oral.

OCTAVO: Que enseguida, la causal genérica del arbitrio intentado reposa en la errónea aplicación del derecho, infringiéndose, según denuncia los artículos 341 y 259 del Código Procesal Penal, al fundar la decisión de condena en hechos y circunstancias de relevancia penal que excedieron el contenido de la acusación fiscal, como aquellos que dieron contenido a la acción y al instrumento del delito empleado en ella, quedando impedido de controvertirlos. Argumenta que el veredicto modifica en forma esencial los hechos de la acusación que describen la acción típica y el instrumento para llevarla a cabo, suprimiendo la combinación de fármacos y sustancias, reemplazándola por la inoculación endovenosa de un medicamento llamado Propanolol, al

que atribuye efectos de veneno, lo que se realizó al margen del tratamiento del paciente. De este modo argumenta que se infringió el principio de congruencia y se vulneró el derecho a defensa mediante la circunstancia sorpresiva de atribuir efectos de veneno a un medicamento determinado. Sobre la materia existen distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, decisiones en las que se exigen disímiles estándares de identidad entre los hechos narrados en la acusación fiscal y aquellos establecidos en la sentencia.

Por este motivo, solicita que se acoja el recurso y se proceda a anular la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, ordenando la remisión al tribunal no inhabilitado que corresponda para que se disponga la realización de un nuevo juicio oral.

NOVENO: Que, en virtud de lo preceptuado en el artículo 359 del ordenamiento procesal penal, la defensa de la imputada ofreció prueba documental en sustento a la causal b) del artículo 373, en relación con el artículo 376 inciso tercero de la misma compilación, rindiéndose en la oportunidad procesal correspondiente, sin objeción, y que consistió en lo siguiente:

1.- Copia del registro de audio del alegato del recurso de nulidad de la causa Rol 172-2007 de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, pista denominada resolución y audiencia 46:17, específicamente desde el minuto 8:05 a 8:30 segundos y desde el minuto 35:41 al minuto 36:50; y

2.- Copia del recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia definitiva de veintidós de julio de dos mil siete, pronunciada por el tribunal

Oral de Puerto Montt que absolvió a la doctora Ivonne Jäger.

DÉCIMO: Que el recurso de nulidad reglado en el estatuto procesal penal ha sido instituido por el legislador 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 veredicto, 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 el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una inexacta aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo - artículo 373, letra b).

UNDÉCIMO: Que respecto de la primera causal de nulidad, la simple lectura del libelo de formalización revela que los argumentos con que se estructuran los diversos capítulos instaurados por el recurrente corresponden a aspectos que se encuentran expresamente regulados en el Código Procesal Penal, cuya trasgresión conforman los motivos absolutos de nulidad estatuidos en el artículo 374, letra e) y f), y no la vulneración de garantías constitucionales pretendida, argumento al que se ha recurrido con el único objeto de alterar el régimen de competencias que el legislador ha fijado. De este modo, y sin perjuicio de lo que se dirá a continuación, el proceder de la defensa contraría el carácter extraordinario de este medio de invalidación.

DUODÉCIMO: Que, en efecto, la salvaguardia esencial del derecho a una sentencia fundada y motivada constituye indudablemente una exigencia legal que encuentra consagración en el artículo 342, letras c) y d), del ya aludido texto legal, precepto que impone a los sentenciadores la obligación de exponer de manera clara, lógica y completa, cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren 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; también, las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y circunstancias para fundar el fallo.

DÉCIMO TERCERO: Que, a su turno, el artículo 297 del Código Procesal Penal establece un sistema de libertad en la valoración de la prueba, el que sólo reconoce como límites los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En todo caso, y como ya se anticipara, las consideraciones que ataca el recurso no se apartan en caso alguno de los límites impuestos por la indicada norma.

DÉCIMO CUARTO: Que aún cuando la defensa plantea que la sentencia impugnada adolece de la deficiencia de omitir el análisis de aquellas pruebas que lograrían desvirtuar la inculpatória, de la atenta lectura del fallo, en especial los motivos Undécimo y Duodécimo, se advierte que con precisión los sentenciadores se hacen cargo de la prueba producida para arribar a las conclusiones en definitiva asentadas, concluyendo que es insuficiente la de la defensa, a la que, finalmente, se resta

valor. Ese ejercicio valorativo llevó a los jueces a la conclusión, plasmada en el basamento Undécimo, que la única y última persona que se encontró con la víctima antes de la crisis cardiorrespiratoria es la acusada, incluso la prueba testimonial consistente en los dichos de las enfermeras Riveros y Castillo acreditaron la circunstancia que la doctora Jager se retiró del lado de la víctima en el mismo momento en que se inicia el paro. Por otro lado, también se dio por probado que la imputada se ubicó en el sector del brazo derecho de Andrés Vienne, allí donde el médico y las enfermeras verifican la presencia de una punción que no resultó explicable para el tratamiento que recibía.

Asimismo, a propósito de la participación, consta del pronunciamiento objetado una lata exposición y desarrollo de las pruebas producidas en juicio que corroboran la intervención de la acusada en los hechos del día doce de julio de dos mil seis y de aquellos denominados en el auto de apertura como “antecedentes”, referidos a una secuencia de actos que probaron un patrón de comportamiento de la doctora Jager con relación a su hijo que vienen a ratificar que en cada episodio médicamente relevante padecido por la víctima, la encausada estuvo presente momentos antes de su ocurrencia, retirándose después. Producto de ese análisis los sentenciadores llegaron a la convicción, más allá de toda duda razonable, que fue la acusada quien suministró fármacos a su hijo y que le provocaron los cuadros de riesgo vital que sufrió, entre ellos, el del día doce de julio, que es precisamente el objeto de la imputación.

DÉCIMO QUINTO: Que el segundo capítulo de la causal en análisis descansa en la presunta transgresión a las

normas que garantizan la presunción de inocencia contenidas en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, N° 2°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El primero dispone: “Artículo 8. Garantías Judiciales. 2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tienen derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: enumerándose a continuación en apartados desde la letra a) hasta la h), diversas formas de salvaguardar el derecho de defensa. La segunda norma invocada, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone N° 2 “Toda persona acusada de un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Tal atentado, en los términos desarrollados, conducen inequívocamente a la conclusión que lo que se reprocha de modo principal es la forma incorrecta y parcial que en su opinión se ha valorado la prueba incorporada, lo que, de ser efectivo, constituiría la infracción de ley del artículo 374, letra e), en consonancia con los artículos 342, letra c), y 297, todos del Código Procesal Penal.

DÉCIMO SEXTO: Que como ya se razonara en los basamentos Undécimo y Décimo Cuarto precedentes, en esta materia los jueces han procedido con estricta sujeción a la ley dando razones suficientes por las que se prefirieron determinadas pruebas que los llevaron a formar su convicción, por sobre otras, a las que se restó o bien no se otorgó valor. De este modo y para evitar repeticiones

innecesarias se dan por reproducidos en esta parte los argumentos ya vertidos en los basamentos antes aludidos.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que la defensa también argumenta en este mismo ámbito la ausencia en el dictamen de pronunciamiento sobre el móvil o motivo de la supuesta acción parricida y la acreditación de la concurrencia del dolo indispensable para la configuración del delito de parricidio imperfecto.

DÉCIMO OCTAVO: Que, sobre el primero de estos tópicos valga citar que “Resulta asimismo irrelevante si el resultado es el móvil (el motivo) del hecho o si tan sólo se trata de una meta intermedia del autor que se muestra como paso para alcanzar objetivos adicionales, mientras que la finalidad última del hecho está situada más allá del primer cometido”. (Hans-Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, pág. 319, Editorial Comares, Granada, Dic. 2002).

De este modo, a decir del mismo autor, la intención existe cuando la producción del resultado previsto por la ley es importante para el autor.

DÉCIMO NOVENO: Ahora bien, dolo directo (ó *dolus directus*) “significa que el autor sabe con seguridad que concurren determinados elementos del tipo o que lo harán durante su acción y, particularmente, que prevé como cierto el acaecimiento del resultado típico”. (Ob. Cit. Pág. 320)

Sobre este elemento, a partir del motivo Décimo Sexto, la sentencia impugnada razona de manera acuciosa y detallada acerca de la intervención de la imputada en los sucesos materia de la acusación y es así que adquieren convicción los jueces que fue la acusada, y no otra persona, la que suministró fármacos a

su hijo los que le provocaron cuadros de riesgo vital. Razona el fallo que la acusada, médico internista, tuvo pleno conocimiento de los fármacos administrados a su hijo, los efectos de éstos en el organismo, las combinaciones de los mismos para producir determinados efectos, las contraindicaciones. Agrega que “Nada de la prueba nos lleva a otra conclusión que no sea a la acusada, madre de la víctima”. Así se consigna en las reflexiones Trigésima y Septuagésima.

En definitiva, la participación que se atribuye a Ivonne Jager se ha tenido por acreditada porque en su proceder se reúnen todos los supuestos objetivos y subjetivos que supone el delito de parricidio. De los hechos tenidos por acreditados es posible, mediante la recta apreciación y ponderación de los antecedentes probatorios reunidos, concluir que la encausada tuvo el propósito o intención de acabar con la vida de su hijo.

VIGÉSIMO: Que en lo atinente a la violación al derecho de defensa como garantía de un procedimiento racional y justo, que el impugnante lo hace consistir en la falta de determinación de la sustancia nociva que según la acusación fiscal provocó la alteración en el estado de salud de la víctima, sin perjuicio de lo que razonará más adelante, se advierte que tal reclamo queda incardinado en el motivo absoluto de nulidad del artículo 374, letra c), del Código Procesal Penal, de modo tal que en esta parte se estará a lo ya resuelto acerca de la indicada imprecisión en la formalización del recurso.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que así las cosas, tal como se estructura el recurso en cuanto se refiere a las garantías constitucionales que se dicen desconocidas

no puede prosperar. No están ellas clara y precisamente explicitadas, de manera que no es posible advertir o entender que hubo infracción sustancial de garantías constitucionales y no reclamos de pareceres sobre disposiciones de carácter procesal contempladas en la ley.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que respecto de la causal genérica invocada, esto es, que la sentencia hizo una errónea aplicación del derecho, infringiendo los artículos 341 y 259 del Código Procesal Penal, tal vulneración se hace consistir, en términos generales, en los mismos hechos que fueron materia de la anterior causal analizada, vale decir, en la ausencia de especificación en la acusación de las sustancias y fármacos suministrados a la víctima al margen de cualquier tratamiento y que le provocaron un súbito y severo deterioro en sus funciones vitales, determinación que sí hace el fallo.

VIGÉSIMO TERCERO: Que según dispone el artículo 341 del Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación, en consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella.

Esta regla supone que “todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente) lesiona el principio estudiado” (Julio Maier, Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos, página 568, Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2004, 2ª edición, 3ª reimpresión).

VIGÉSIMO CUARTO: Que en nuestro sistema procesal se ha entendido que no procede que el fallo se pronuncie

sobre hechos no específicamente determinados en la acusación, así se ha fallado que el principio de congruencia supone conformidad, concordancia o correspondencia entre la determinación fáctica del fallo con relación a los hechos y circunstancias penalmente relevantes que han sido objeto de la imputación contenida en la acusación, en términos detallados de tiempo, lugar y modo de comisión que fueren de importancia para su calificación jurídica.” (T.O.P. Antofagasta, 20 de mayo 2003, R.P.P. N° 11, Pág 95 B.M.P. N°16, Pág 36.)

VIGÉSIMO QUINTO: Que en relación a esta alegación, de las razones dadas por los sentenciadores se desprende que tal quebrantamiento no se ha producido. Así, el basamento Cuadragésimo Séptimo del dictamen razona: “Que conforme lo reseñado precedentemente podemos colegir que en caso alguno se exige por parte del legislador ni la doctrina los requisitos invocados por la defensa en orden a tener que determinar la dosis y la concentración del fármaco administrado, para que estemos en presencia de un fármaco que reúna las características del veneno. Al contrario, lo que determina que un fármaco tenga los efectos del veneno lo es en definitiva, el que la sustancia introducida al cuerpo, pueda ser capaz de causar la muerte a la víctima, sin que sea necesario, a tal grado, determinar la dosis y concentración”. El motivo Cuadragésimo Noveno añade: “En cuanto a los otros elementos señalados por la defensa: la vía de suministro y la individualización del fármaco, en concepto de estos sentenciadores carecen de relevancia por lo ya antes expuesto y además porque en la descripción del hecho básico, lo que se exige, es la descripción de un hecho básico (sic), desprovisto de aditamentos ajenos al núcleo rector de la acción, y sólo se exige in limine litis que sea conceptualmente

factible de encuadre típico, para que su correlato resguarde de un modo efectivo el derecho de defensa”.

Las antedichas razones se consagran definitivamente en el acápite Septuagésimo Quinto del veredicto, “el principio de congruencia se refiere al sustrato fáctico de la acusación, siendo necesario sólo que contenga un hecho básico que sea conceptualmente factible de encuadre típico, para que su correlato resguarde de un modo efectivo el derecho de defensa del acusado que hace posible la contradicción de los hechos contenidos en la formulación de cargos”, “no toda divergencia en aspectos adjetivos de la situación fáctica disminuye las facultades de la defensa, solo concurre perjuicio cuando la diferencia es tal, que impide la presentación de pruebas en apoyo de su tesis”.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, no obsta a lo anterior, la prueba producida en la audiencia del cuatro del actual para acreditar la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, pues no se dará valor a los referidos antecedentes porque de la documental proporcionada queda en evidencia que se ha pretendido introducir al debate elementos vinculados a un juicio íntegramente anulado, de modo tal que por vía consecuencial, la prueba ofrecida carece de toda validez, estando vedado a este tribunal referirse a argumentaciones que formaron parte del anulado procedimiento.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que sin embargo, no obstante lo ya decidido, sólo a mayor abundamiento y a fin de dar respuesta a esta última pretensión del recurrente, cabe tener en consideración que los hechos que se asentaron en el juicio son los siguientes: “El día 12 de Julio del año 2006, en horas de la tarde, en circunstancias que Andrés

Vienne Jager permanecía interno en la Unidad de Pacientes Críticos del Hospital base de Puerto Montt, recuperándose de un edema pulmonar, con signos de mejoría y planificándose próxima extubación y desconexión de ventilación mecánica, su madre, Ivonne Pager Ramírez, médico cirujano, con especialidad de internista, sin autorización ni conocimiento del equipo médico tratante, le suministró fármacos al margen del tratamiento médico, que le causó un súbito y severo deterioro de sus funciones vitales, que implicó hipoglicemia, inestabilidad hemodinámica y desadaptación al ventilador, presentando un nuevo edema pulmonar, que hizo necesario efectuar diversas maniobras de reanimación, dado que sus signos vitales variaron repentinamente de rangos, principalmente presión venosa central, frecuencia respiratoria y frecuencia cardíaca, que de no haber mediado la oportuna intervención del facultativo médico y el equipo a su cargo, hubiesen provocado la muerte de Andrés Vienne Jager.”

VIGÉSIMO OCTAVO: Que tales hechos fueron calificados como constitutivos del delito de parricidio, previsto y sancionado en el artículo 390 del Código Penal, en concatenación con el artículo 7 del mismo cuerpo legal, en grado frustrado, porque en los antecedentes se ha comprobado que la acusada puso de su parte todo lo necesario para que el delito se consume y no se verificó por causas independientes de su voluntad, esto es, por la intervención del médico tratante y el equipo a su cargo, según se desprende de los considerandos cuadragésimo séptimo, cuadragésimo octavo y quincuagésimo séptimo.

VIGÉSIMO NOVENO: Que la situación fáctica probada guarda absoluta

correlación con aquellos hechos que fueron materia de la acusación fiscal, y es en ellos en los que, de acuerdo a las conclusiones a las que arriba el fallo, se reúnen los supuestos del tipo que determinan que tal conducta sea punible.

TRIGÉSIMO: Que los restantes hechos que se establecieron en la sentencia, tal y como razonan los magistrados, no satisfacen las exigencias de sorpresa y trascendencia necesarios para determinar una eventual vulneración al principio de congruencia.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que en todo caso, las alegaciones formuladas en estrados por la defensa que sobrepasan los términos en que se basó el recurso, contrariando el texto del artículo 379, inciso segundo, del Código Procesal Penal, no empecen a este tribunal por lo que no se emitirá pronunciamiento respecto de ellas.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, entonces, la falta de conformidad con la decisión, sin base legal, y el hecho que el recurrente no esté de acuerdo con los raciocinios y conclusiones adoptadas por los jueces del fondo sobre estas materias, en modo alguno autorizan la procedencia del recurso de nulidad, pues no delatan anomalía formal alguna y no comprobándose la existencia de tales deficiencias ni apreciándose otras equivocaciones que permitan proceder conforme autorizan los artículos 379 y 385 del Código Procesal Penal, hacen concluir que el arbitrio instaurado, en cuanto persigue tener por configurados los vicios de nulidad develados, carece de base legal y, por lo tanto, por ambas causales, tendrá que ser denegado.

Por estas consideraciones y lo estatuido en los artículos 372, 373, letra a) y b), 374, 376 y 384 del Código Procesal del

ramo, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad entablado de fojas 159 a 229, por los defensores penales Francisco Geisse Graepp y Norman Santibáñez Handschuh, en representación de la imputada Ivonne del Carmen Jager Ramírez, en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Puerto Montt, el veinte de septiembre recién pasado, que corre de fojas 1 a 157 de este cuaderno, la que, en conclusión, no es nula.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Dolmestch, quien estuvo por acoger el recurso y consecuentemente invalidar la sentencia y el juicio oral que le precedió porque a su parecer se configura en la especie la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, el derecho a defensa como garantía de un procedimiento racional y justo. En efecto, en opinión del disidente, una de las manifestaciones de dicha garantía se expresa en la prohibición impuesta a los jueces de fundar su decisión de condena en hechos o circunstancias que excedan los términos de la acusación. La situación fáctica que ella describe es el objeto mismo de la imputación criminal, aquello que delimita el ámbito de la litis y respecto de lo cual deberá recaer la prueba del juicio y, en último término, aquello respecto de lo cual el imputado tiene derecho a ser oído. Esta regla, que se expresa en el principio de correlación entre acusación y sentencia en el caso en estudio se vulneró, pues la introducción de un dato nuevo en la decisión, como es el suministro de propanolol a la víctima, constituye un antecedente de relevancia que la defensa no pudo hacer frente ni cuestionar en el juicio oral, lo que a todas luces importa una lesión a dicho principio

y, en consecuencia, una vulneración a la garantía constitucional alegada, lo cual es suficiente para acoger la nulidad solicitada.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción del Ministro señor Rubén Ballesteros Cárcamo y la disidencia, su autor.

Rol N° 5415-07.

Rechaza los recursos de nulidad por las causales del artículo 373 letras a) y b) del Código Procesal Penal interpuestos por las defensas, estimando que se respetaron las normas del debido proceso y que la acción homicida de los acusados fue alevosa.

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

Los fundamentos de los recursos de nulidad interpuestos por las defensas giraron principalmente en torno a la presencia, o no, del ánimo alevoso en los golpes inferidos a la víctima, siendo su opinión que al no haberse acreditado que los acusados buscaran y aprovecharan la diferencia de número y la mayor indefensión de la víctima para determinarse a actuar, faltaba el elemento subjetivo de la alevosía, por lo que los hechos debieron haber sido calificados como homicidio simple. La Corte, en voto de mayoría, estimó que el fallo recurrido expresó claramente el razonamiento seguido por los jueces para arribar a la convicción legal de culpabilidad en un hecho calificado como homicidio calificado, desde que tuvieron por probada la concurrencia del dolo homicida en la agresión efectuada dadas la entidad y gravedad de las lesiones causadas, la disminuida posibilidad de defensa de la víctima y la superioridad por número y capacidad física de los agresores.

El voto de minoría fue de la opinión de acoger el recurso, por estimar que para considerar concurrente la alevosía no basta la superioridad numérica o de medios, o la desproporción del castigo inflingido, sino que además se requiere la concurrencia

del elemento subjetivo, cual es que la determinación de la actuación se deba al aseguramiento del éxito en la acción emprendida, elemento que, en su opinión, no quedó acreditado en el juicio.

Texto completo:

Santiago, quince de enero de dos mil ocho.

Vistos:

En esta causa, rol ingreso Corte N° 5847-07, correspondiente a la RUC N° 0600417340-4, RIT N° 96-2007, el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, por sentencia de nueve de octubre de dos mil siete, condenó a los imputados Sevastián Guillermo García de la Jara y Alvaro Antonio Tapia Tiznado, ya individualizados, a sufrir cada uno de ellos la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales correspondientes, y al pago de las costas del juicio, por su participación culpable que, en calidad de autores, les correspondió en el delito de homicidio calificado en la persona de Francisco Javier Marchant Toro, acaecido en la madrugada del día 18 de junio del año 2006, en la ciudad de Temuco, ilícito que se encuentra previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancia primera, del Código Penal. No se les favoreció con ninguno de los beneficios alternativos que contempla la Ley N° 18.216.

En contra de la decisión anterior, el Defensor Penal Público Don Alvaro Valdebenito Salgado, en representación del acusado García de La Jara, dedujo recurso de nulidad, fundado en la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, según aparece de fojas 35 y siguientes.

Por su parte, los defensores particulares, abogados Matías Balmaceda Mahns y Dionisio Ulloa Berrocal, por el acusado Tapia Tiznado, presentaron un segundo recurso de nulidad, basado en las causales de las letras a) y b) del artículo 373 del Código Procesal Pena, según consta del escrito de fojas 46 y siguientes.

Declarados admisibles los dos recursos, se fijó para su vista la audiencia del día miércoles 26 de diciembre del año próximo pasado. En dicha fecha se designó ministro de fe al Relator de esta Corte Suprema, don Alejandro Rivera Muñoz, siendo recibida la prueba documental ofrecida por el recurrente de fojas 46, así como la prueba nueva ofrecida en la misma audiencia, en los términos en que se expresó en el acta respectiva que rola a fojas 96, y oídos los intervinientes, se fijó para la lectura del fallo la audiencia del martes 15 de enero del presente año.

Considerando:

A. En cuanto al recurso de nulidad de fojas 35 y siguientes. (García de la Jara).

1°) Que el primer recurso de nulidad se funda en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, consistente en que, en el pronunciamiento de la sentencia, se habría hecho una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo. Lo anterior en relación al artículo 391 N° 1, circunstancia primera, del Código Penal, que sanciona el homicidio con alevosía, lo que se entiende ocurrir, cuando se actúa a traición o sobre seguro. El error consistiría, se dice, en que no corresponde calificar el ilícito señalado, lo que llevó

equivocadamente al tribunal a aplicar una pena superior a la que legalmente correspondía, por tratarse en realidad de un homicidio simple.

2°) Que, al efecto, el recurrente estima que los elementos citados por el fallo para establecer la alevosía -calificante del delito- no son idóneos para lo que se pretende, desde que, en primer lugar, ha de estarse al origen o motivo de la agresión, el cual aparece como indeterminado, al extremo que constituye un hecho de la causa que la gresca se produjo por circunstancias propias del azar, lejanas a la intención positiva de buscar los agentes por tener una posición de superioridad que les asegurara el resultado, para lo cual se requiere que las condiciones de indefensión de la víctima sean buscadas de propósito, previamente, por los hechores y aprovechadas para ejecutar la acción dolosa, ánimo que fue erróneamente presumido por el fallo atacado. En consecuencia, agrega, la indefensión debe concurrir objetiva y subjetivamente, siendo el motivo decisivo para actuar, de todo lo cual no existiría alusión alguna en la sentencia. La sola superioridad de los atacantes, como medio para asegurar el resultado sin riesgo para sus propias integridades, no constituye alevosía, sino que más bien, se dice, correspondería a la premeditación, lo que implica automáticamente eliminar la primera circunstancia calificante del delito.

3°) Que, por lo anterior, el recurrente considera que se infringieron los artículos 391 N° 1, circunstancia primera, en relación al 12 N° 1 y 68, todos del Código Penal, y así, al calificarse un homicidio que no tenía tal carácter e imponer consecuentemente, con error de derecho, la pena correspondiente a un ilícito diferente del acreditado en autos,

esta Corte Suprema queda facultada para acoger el presente recurso, anular el fallo y dictar la correspondiente sentencia de reemplazo, por la que se decida condenar por homicidio simple, y dada la procedencia de una atenuante, sin que le perjudique agravante alguna, determinar la pena inferior en un grado a la considerada por la ley al ya referido ilícito.

4º) Que los hechos asentados en el fallo en análisis y contenidos en su considerando 4º, establecen que éstos ocurrieron en la madrugada del día domingo 18 de junio del año 2006, en circunstancias que la víctima, Francisco Marchant Toro, se retiraba del Pub denominado “Barcaza” ubicado en Avenida Caupolicán N° 447 de Temuco, y encontrándose en el exterior de dicho recinto, fue agredido por los acusados García de la Jara y Tapia Tiznado, quienes procedieron a propinarle múltiples golpes de pies, puños y cadenas. La víctima trató de oponer resistencia enarbolando un manojo de llaves unidos por un mosquetón. Sin embargo, ante su precaria capacidad defensiva al ataque sistemático de que era objeto, huyó, atravesando la Avenida Caupolicán, pero los victimarios lograron darle alcance y continuaron con el castigo, con a lo menos treinta golpes acertados, dirigidos y concentrados directamente sobre la cabeza y rostro de la víctima, por lo que éste, ya reducido por la superioridad numérica, elementos utilizados y condición física de los acusados y sin capacidad de oponer resistencia, cayó al suelo en donde continuó recibiendo golpes en su zona craneana, hasta quedar tendido e inmóvil en el suelo, huyendo los autores del lugar de los hechos, y falleciendo Marchant Toro debido al traumatismo encefalo craneano cerrado,

consecuencia de la golpiza recibida de sus agresores.

Que, además, en el motivo 7º de la sentencia, se tuvo por probados, al no haberse debatido en juicio, los siguientes hechos:

a) que la muerte de Francisco Marchant fue causada por terceros;

b) que en ésta intervinieron directa e inmediatamente los acusados y condenados García de la Jara y Tapia Tiznado; y

c) que no se ha establecido fehacientemente el origen, causa o motivo de la agresión.

5º) Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, los hechos precedentemente descritos fueron tipificados como de homicidio calificado, ilícito previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1º, circunstancia primera del Código Penal, en grado de consumado, correspondiéndole al recurrente una participación culpable en calidad de co-autor, por haber intervenido de una manera inmediata y directa en su ejecución, de acuerdo a lo señalado en el artículo 15 N°1 del mismo estatuto legal.

6º) Que en cuanto a la defensa del recurrente, sus alegatos y pruebas -cuyo análisis se contiene en el motivo 6º del fallo- se dirige, en primer lugar, a clarificar que no se trató de un ataque a la víctima, sino de una pelea que ella misma buscó; que él no presenta huellas de sangre ni otras como producto de la pelea pues, afirma, ésta se produjo básicamente entre su acompañante Tapia Tiznado y Marchant Toro; y que no se dan los requisitos de la alevosía y de la actuación sobre seguro, por lo que no es procedente calificar el delito.

Lo anterior, sin embargo, es analizado y rechazado en el razonamiento 7° del fallo, en que se concluye que la conducta de los dos imputados fue realizada con un claro dolo directo homicida, y que además obraron sobre seguro, lo que implicó calificar el homicidio de alevoso. Para ello, el tribunal procede a explicar en forma detallada, reproduciendo el razonamiento que lo llevó a resolver el asunto de la forma en que se plasmó en su sentencia, lo que fluye de la sola lectura de los considerandos respectivos, vinculando toda la prueba rendida en el juicio oral, la que fue apreciada libremente, sin contradecir los principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, concluyendo más allá de toda duda razonable, que se acreditó el hecho materia de la investigación.

7°) Que el mismo fallo citado, en lo pertinente, estima que el dolo directo homicida y los elementos que constituyen la alevosía se encuentran perfectamente demostrados por las siguientes circunstancias: 1° La entidad y gravedad de las lesiones provocadas al occiso; 2° La disminuida capacidad de defensa de la víctima; y 3° La superioridad objetiva de los agresores. La primera, conforme a lo expresado por los expertos Miguel Ochoa Videla y el Tanatólogo Sergio Herrera Umanzor, quienes afirman que el ofendido sólo presenta lesiones en su cabeza, dorso de las manos y rodillas, las que son compatibles con actos de defensa y caída. Lo anterior demuestra el propósito homicida al aplicar violencia sólo en el rostro, cabeza y cráneo del occiso; y lo mismo sucede con la repetición de los golpes, que incluso provocaron la desintegración del músculo parietal izquierdo. El hecho de registrar más

de treinta lesiones prueba que no se repelía una agresión, sino que por el contrario, se aplicaba un duro castigo, con claras evidencias de un dolo directo homicida y sobre seguro, evitando deliberadamente dirigir los golpes a otras partes del cuerpo del ofendido.

8°) Que en cuanto al segundo elemento -la posibilidad real de defensa por parte de la víctima- se acreditó, además, con el resultado de la prueba de alcoholemia del occiso, quien a ese momento registraba 1.70 gramos por mil de alcohol en su sangre, lo que fue ratificado por los dichos del Tanatólogo ya individualizado, lo que implica una débil capacidad de respuesta o defensa.

9°) Que el tercer elemento antes citado -superioridad objetiva de los agresores- se justificó con el hecho de tratarse de dos personas premunidas de elementos extras (cadena), conforme al testimonio de Manuel Alarcón y al propio relato de los acusados; el uso de calzado reforzado, como lo declara Apablaza Osoreo al referirse a las botas tipo comando incautadas a García, debidamente reconocidas por él mismo. Se destaca, también, la condición física de Tapia Tiznado, con habilidades en la disciplina del Taekwondo, que se identifica con el uso preferencial de la fuerza de las piernas, lo que fue reafirmado por el testigo Axel González Manquein, dueño del gimnasio en el que se practica ese deporte; y del testigo de la propia defensa Omar Lara Lara, Director Nacional de Karate, que resaltaron en Tapia Tiznado habilidad, agilidad y elongación necesarias para su práctica.

10°) Que en el fallo, contrariamente a lo que sostiene la defensa, se realizó un adecuado y completo análisis de la forma

en que los jueces del fondo arribaron a su convencimiento de condena, desde que explican el razonamiento llevado a cabo con tal objeto, cuestión que permite perfectamente reproducirlo y que elimina cualquier atisbo de una eventual existencia de fundamentos personales o de íntima convicción, que no le está permitido al tribunal oral en lo penal.

11º) Que, de lo relacionado, aparece de manifiesto que los sentenciadores no pudieron incurrir en los errores de derecho que se les ha atribuido, máxime si como ya se señaló, no se aprecia vulneración legal alguna, pues ha sido precisamente esa actividad desarrollada principalmente por el Ministerio Público y la querellante particular que, analizada por los jueces en forma libre, sin contradecir los principios de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, arriban a una decisión de condena más allá de toda duda razonable, mediante un razonamiento que cumplió a cabalidad con las exigencias de las letras c) y d) del artículo 342 del Código Procesal Penal, y el hecho de que el recurrente no esté de acuerdo con la decisión final de condena adoptada respecto de sus defendidos, no es motivo suficiente para intentar un recurso de invalidación como el de la especie, lo cual impide, además, que tales defectos tengan influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, vulnerando las garantías constitucionales que se denuncian, razones por las que el recurso será rechazado en todas sus partes.

12º) Que, sin perjuicio de lo anterior, tales materias, especialmente las relativas a la valoración de la prueba, y la calificación jurídica de los hechos,

atendido lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, queda fuera del control de este tribunal, desde que aquéllos son soberanos en la ponderación de los medios probatorios que han recibido y percibido directamente en la audiencia, apareciendo que el reproche que se plantea como vicio de nulidad está vinculado a una diversa apreciación que de ellos hace la recurrente, sin que esa distinta opinión pueda servir de sustento, ni configurar el vicio que pretende, más aún cuando no se evidencia que los razonamientos consignados en la decisión y ulterior resolución, tanto en lo relativo a la existencia del delito como a la participación que se atribuye al condenado, se aparten o contravengan los límites que impone la ley a los juzgadores.

B. En cuanto al recurso de nulidad de fojas 46 y siguientes. (Tapia Tiznado).

13º) Que el segundo recurso de nulidad se funda en las causales de las letras a) y b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, “cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”, y “Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

14º) Que respecto de la *primera causal* invocada -artículo 373 letra a)- se la vincula con el derecho al debido proceso contenido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, lo que se produciría al violentarse el derecho

a la defensa, el que a su vez incluye el derecho a rendir prueba, así como la igualdad ante la justicia, la igualdad procesal y bilateralidad de la audiencia, garantías previstas, además, en los artículos 19 Nº 26 de la Carta Fundamental; 14.3.e del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y 8.2. f. de la Convención Americana de Derecho Humanos, textos todos vinculantes para los jueces del fondo.

15º) Que, según el recurso, las señaladas infracciones constitucionales se habrían producido en dos formas y oportunidades. En primer término, porque al celebrarse la audiencia de preparación del juicio oral, la juez de garantía dispuso la exclusión, por estimarla impertinente, de la prueba pericial de su parte, consistente en la declaración del profesional Luis Ravanal Zepeda, experto en Medicina Legal y Forense, quien haría referencia a la autopsia de la víctima efectuada por el Servicio Médico Legal, en el sentido que la causa de la muerte del occiso no necesariamente fueron las lesiones causadas por los acusados, las que son de ínfima entidad e incapaces de causar el fallecimiento de la víctima, lo que implica que pudo existir otra causa de muerte independiente de las lesiones, por lo que su exclusión privó a la defensa de poder controvertir la prueba presentada por la parte acusadora en igualdad de condiciones. En segundo lugar, por el hecho de no aceptarse por el tribunal de garantía su solicitud de exclusión de una prueba ilícita, referida a la incautación de una casaca de mezclilla y una cadena de color metálico, que se hizo en el domicilio del padre del detenido y cuya descripción no corresponde a las prendas incautadas aquel día y la firma del dueño de casa no corresponde a la suya.

16º) Que en cuanto a la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, invocada por la recurrente, la basa en que, a su juicio, se habría cometido tres errores de derecho en la dictación de la sentencia del Tribunal Oral de Temuco. El primero, referido a la calificación jurídica del dolo, infringiendo con ello el artículo 1º del Código Penal en relación al 391 del mismo cuerpo de leyes, toda vez que se estimó por los jueces que éste estaría probado con la entidad y gravedad de las lesiones provocadas al occiso, lo que no es efectivo, pues para ello debió considerarse que entre los participantes de la pelea no existía conocimiento ni vinculación alguna; que no se produjeron lesiones de carácter mortal por sí mismas y que Tapia Tiznado jamás pretendió ocasionar la muerte a Marchant, no contando tampoco con los medios idóneos para hacerlo; y finalmente, en la circunstancia de que si bien huyó del lugar, apenas tomó conocimiento de la muerte del afectado se entregó en forma voluntaria, declarando y dando cuenta de su real participación, todo lo cual excluye la existencia del dolo específico de matar, tanto antes, como durante y después del hecho punible investigado. En consecuencia, sostiene que de haberse aplicado correctamente el derecho debió concluirse que se trata de un homicidio simple con dolo eventual, lo que impide la aplicación de cualquier calificante.

17º) El segundo error de derecho que se atribuye a la sentencia, consiste en la aplicación de calificantes del delito de homicidio, infringiendo así el artículo 391 No. 1, circunstancia primera del Código Penal, al construir la alevosía bajo el argumento de la superioridad objetiva de los agresores, por ser dos contra uno; de los elementos usados

para atacar y la condición física de los dos imputados, particularmente respecto de Tapia, porque practicaba la disciplina deportiva del Taekwondo. Según el fallo cuestionado, tales diferencias, que eran conocidas por ellos, fueron aprovechadas por los acusados actuando para asegurar su propósito criminal sin riesgo ni peligro para sí. Sostiene el recurrente que lo anterior representa una conclusión absolutamente errada, pues en la especie esos hechos ocurrieron de manera fortuita, ya que no fueron buscados intencionalmente por el agente, por lo que no pueden dar origen a la calificante de alevosía, desde que el simple azar no es motivo suficiente para ello, debiendo concluir al respecto que se estaba ante un delito de homicidio simple, lo que implica imponer una pena notoriamente menor que la que finalmente se aplicó a los acusados.

18º) Que el tercer error de derecho, se hace consistir en la supuesta infracción a los artículos 11 N°9 y 68 del Código Penal, al no reconocerle la atenuante de colaboración sustancial, la que, sumada a su irreproachable conducta anterior, permitía sancionar con una pena rebajada en un grado y con ello concederle alguno de los beneficios de la Ley N° 18.216.

19º) Que respecto a tales alegaciones, en primer lugar y por sobre todo, cabe considerar que dichas pruebas no revisan la relevancia necesaria para estimar que tendrían influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, puesto que no fueron las únicas que condujeron a los sentenciadores a formarse la convicción necesaria para condenar al imputado Tapia Tiznado, conforme ya se reseñó en los considerandos precedentes. Del mismo modo, cabe también considerar que, encontrándose ejecutoriado el auto

de apertura, el que no se consideró una prueba y sí se excluyó otra, como ya se ha señalado antes, los sentenciadores deberían igualmente ponderar aquella que fue aceptada pudiendo acaso llegar a la misma decisión, adquirida que sea la convicción que la sustenta, por lo que su eventual consideración y mérito resulta, como se dijo, sin influencia sustancial y por tanto insuficiente para acoger el recurso planteado.

20º) Que no obstante lo anterior, de todas maneras es útil considerar que lo relativo a la firma cuestionada en el acta de incautación de la prueba ilícita está siendo investigada por la justicia, sin que exista a la fecha un pronunciamiento definitivo a su respecto, con lo que no se puede concluir que exista efectivamente una infracción constitucional como la denunciada. Asimismo, en cuanto a la exclusión de la prueba pericial solicitada por la defensa y declarada impertinente por el tribunal, en nada podría influir sustancialmente en la decisión, desde que, además de lo razonado precedentemente, en el proceso resultaron probadas, entre otras, dos circunstancias fundamentales: a) que la muerte de Marchant Toro fue causada por terceros, en atención a las múltiples lesiones producidas por elemento contundente, particularmente en su cabeza, cara y cráneo del ofendido. Y las lesiones que presenta en manos y rodillas son compatibles con caída; b) que en esa muerte intervinieron directa e inmediatamente los acusados García y Tapia, lo que se suma a lo declarado por los propios sentenciados.

21º) Que en cuanto a la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, como ya se reseñó, su fundamentación se sostiene en la inexistencia de un dolo directo de matar; en la improcedencia

de la calificación del homicidio como de alevoso y en la circunstancia de no reconocer al recurrente la minorante de responsabilidad criminal contemplada en el artículo 11 N°9 del Código Penal. Respecto de los dos primeros capítulos de alegación, son atinentes al rechazo de este recurso, las consideraciones hechas al respecto para el deducido por el procesado García de la Jara, por lo que resulta inoficiosa su repetición.

22°) Que respecto del último de estos razonamientos, esto es, los referidos a la atenuante de responsabilidad criminal invocada -la 11 N°9- cabe dejar constancia que el Tribunal Oral en Lo Penal es soberano para determinar la procedencia o no de las diferentes circunstancias atenuantes o agravantes alegadas como concurrentes en el delito durante el desarrollo del juicio, de tal forma que la opinión contraria a esa decisión escapa al control del presente recurso, en tanto no se infraccione la ley en su determinación, lo que no ocurre en la especie.

23°) Que, en todo caso, el tribunal se hizo cargo de la alegación y razonó en el sentido que no se encuentra acreditada en forma alguna en el juicio, desde que, como se aprecia en la declaración del imputado Tapia, no sirvió para clarificar los hechos investigados, como ocurrió al expresar que golpeó al ofendido a su altura media no obstante los más de treinta golpes que registra el ofendido en su rostro y cráneo; o el que la víctima habría resistido el ataque, pero ninguno de los agresores enjuiciados registra lesiones atribuibles a esa supuesta y no probada reacción, salvo la sufrida en el empeine de su pié por parte de Tapia, lo que es atribuible, en todo caso, a las diversas patadas dadas a la cabeza del occiso. De lo anterior fluye, entonces,

que su declaración no ayudó a esclarecer los eventos acontecidos, para lo cual fue necesaria la concurrencia de otros diversos elementos y a los cuales ya se ha hecho referencia.

24°) Que, de todo lo antes relacionado, se puede concluir que en el fallo se consignan los medios de prueba, su ponderación y las conclusiones que de ellos dimanar, como asimismo los hechos que con tales antecedentes se han tenido por probados y no probados y las consideraciones que al efecto han tenido presente los jueces, todo lo cual permite perfectamente reproducir el razonamiento conforme al cual arribaron a la decisión adoptada y que se contiene en su conclusión.

Cabe advertir, además, que la prueba rendida en la audiencia respectiva ante esta Corte, atendida su naturaleza y alcance, en nada altera lo razonado y resuelto precedentemente.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 391 del Código Penal, 372, 373, 376 y 384, todos del Código Procesal Penal, **SE RECHAZAN** los recursos de nulidad deducidos por Alvaro Valdebenito Salgado, Defensor Penal Público de Temuco en representación del acusado Sebastián García de la Jara de fojas 35 y siguientes; y el de los abogados Srs. Matías Balmaceda Mahns y Dionisio Ulloa Berrocal, por el acusado Alvaro Antonio Tapia Tiznado contenido en lo principal de fojas 46 y siguientes, ambos dirigidos en contra de la sentencia de nueve de octubre de dos mil siete, que corre de fojas 16 a 34 vuelta, la que por consiguiente, no es nula.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Señores Ballesteros y Dolmestch, quienes estuvieron por acoger ambos recursos de nulidad, en cuanto éstos se fundan en la causal de la letra b)

del artículo 373 del Código Procesal Penal, respecto de la calificación jurídica de los hechos, porque, a su juicio, en la sentencia se hizo una errónea aplicación del derecho, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, desde que no se está en presencia de un homicidio calificado, con alevosía, sino que de un homicidio simple. Para así concluir, los disidentes estiman que en la especie no se reúnen las exigencias de la circunstancia calificante del delito, porque para estimar que se ha actuado sobre seguro y con alevosía, no basta la diferencia de fuerza y de medios entre los contendores, ni tampoco en que a la víctima se dé un castigo del todo desproporcionado, sino que es indispensable la concurrencia del elemento subjetivo del tipo, cual es aquella circunstancia destinada a crear y esperar la indefensión, en términos tales que si no se da tal aseguramiento, no se produciría el ataque. Esta condición previa es una exigencia del dolo directo y especial que no se ha probado en la especie y, contrariamente, en el entender de los disidentes, ello es imposible, por cuanto el origen del enfrentamiento es indeterminado y aún casual, como queda de manifiesto con la descripción de los hechos efectuada por la sentencia en estudio (motivo 7°), siendo de advertir que la concurrencia de hechos meramente fortuitos, que faciliten su actuar, no pueden dan origen a la calificante en revisión ya que “el simple azar de circunstancias favorables no es motivo suficiente para considerar más grave un homicidio que otro”, tal como lo señala a fs. 59 uno de los recurrentes en su reclamo de nulidad, al citar los conceptos vertidos al efecto por el penalista don Alfredo Etcheberry en su Tratado de Derecho Penal.

En consecuencia, los disidentes, estimando que concurren las circunstancias a que se refiere el artículo 385 del Código Procesal Penal, estuvieron por anular la sentencia reclamada y dictar una de reemplazo en donde se condene a ambos encausados a sendas penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias correspondientes y costas de la causa, sin beneficios alternativos por ser éstos improcedentes, como co-autores del delito de homicidio simple en la persona de Francisco Javier Marchant Toro, perpetrado en la madrugada del 18 de junio de 2006, en la ciudad de Temuco.

Regístrese y devuélvase.

Redactó del Ministro Sr. Dolmestch.
Rol N° 5847-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Fernando Castro A. No firman el Ministro Sr. Chaigneau y el abogado integrante Sr. Castro, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber cesado en sus funciones y estar ausente, respectivamente.

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

RECURSO DE AMPARO RECHAZADO. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY N° 18.216.

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

Tratándose del beneficio de la reclusión nocturna, la norma contemplada en el artículo 28 de la Ley N° 18.216, que permite tener por cumplida la pena si hubiere transcurrido el tiempo de cumplimiento y el beneficio no hubiere sido revocado, no es aplicable si el condenado ni siquiera ha dado inicio al cumplimiento de la pena bajo esa modalidad.⁴⁰⁻⁴¹

Texto completo:

Sentencia de primera instancia.

San Miguel, diez de mayo de dos mil ocho.

A fojas 10: a lo principal y otrosí, téngase presente.

Vistos:

Que a fojas 1, comparece doña Paola Soto Díaz, abogada, defensora penal pública quien interpone recurso de amparo en favor de Jorge Guillermo Núñez Pérez, en causa Ruc N° 0700834416-1, Rit N° 7568-2007 y en contra de la resolución dictada por la señora Juez del 11° Juzgado de Garantía de

Santiago doña Lidia Bruna Uribe el día 2 de mayo del año en curso. Funda su recurso en que con fecha 02 de mayo del año en curso se llevó a cabo una audiencia que tuvo por objeto discutir la revocación del beneficio de reclusión nocturna que en su oportunidad le fuera reconocido a su representado en el proceso antes mencionado, en el que resultó condenado en calidad de autor a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo como autor de la infracción contemplada en el artículo 7 de la Ley N° 18.216. Refiere que en dicha audiencia, se revocó el beneficio otorgado, ordenándose el ingreso del sentenciado Núñez en forma inmediata al C.D.P Santiago Sur, sin esperar que la resolución quedara ejecutoriada.

Conjuntamente con lo anterior, sostiene que a la fecha de realización de la audiencia, habían transcurrido más de 191 días contados desde que la sentencia definitiva condenatoria quedara ejecutoriada por lo que había concluido con creces el tiempo de cumplimiento de la medida alternativa de reclusión nocturna.

Sostiene que la señora Juez recurrida, a través de su resolución, atendido lo dispuesto por los artículos 355 y 468 del Código Procesal Penal, y conforme se desprende de lo señalado por el artículo 28 de la Ley N° 18.216, ha privado ilegalmente al amparado de su libertad personal al disponer, tanto la ejecución de la pena como su ingreso inmediato al centro penitenciario respectivo, vulnerándose con ello el artículo 19 N° 7 letra b) de la Constitución Política de la República. Pide, dados los antecedentes anteriores, acoger el presente recurso, adoptando la formalidades legales necesarias para restablecer el imperio del derecho, teniéndosele por cumplida la pena al

40 En el mismo sentido, ver fallo de la Corte Suprema dictado en autos ingreso N° 2363 – 2008.

41 Sobre esta misma materia, ver “Boletín del Ministerio Público” N° 33 – Diciembre 2007, pág. 169.

imputado por aplicación del artículo 28 de la ley N°18.216, ordenando su inmediata libertad.

Que a fojas 6 la señora Juez de Garantía, doña Lidia Bruna, informa que en audiencia de fecha 02 de mayo del año en curso, se procedió a revocar el beneficio de reclusión nocturna otorgado al sentenciado Jorge Núñez Pérez, dándose su orden de ingreso en calidad de rematado por el término de 61 días. Agrega que para tomar dicha decisión, tuvo en consideración que con fecha 23 de octubre del año 2007, en procedimiento simplificado, se condenó al imputado Núñez como autor del delito consumado de conducción de vehículo motorizado sin licencia profesional correspondiente, a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, concediéndole el beneficio de reclusión nocturna, sentencia que quedó ejecutoriada en dicha fecha. Agrega que en dicha resolución se apercibió al sentenciado para presentarse al décimo día de su ejecutoria a dar cumplimiento al beneficio a gendarmería de Chile, organismo que el 21 de enero del año en curso informó que el condenado no se había presentado a dar cumplimiento al mismo. Refiere que dada la recarga de trabajo de su tribunal, la audiencia programada para debatir respecto de la revocación del beneficio fue agendada para el 02 de mayo del año en curso, oportunidad en que Núñez argumentó que no había recibido citación para tales efectos, agregando su defensa que no tenía una excusa legal o jurídica para fundamentar la no presentación al cumplimiento del beneficio, sin perjuicio de lo cual alegó la aplicación de la norma contenida en el artículo 28 de la Ley N° 18.216. Finaliza señalando que el cumplimiento de las penas o beneficios alternativos

fijados en una sentencia no pueden quedar al arbitrio de los condenados y que la interpretación de la norma contenida en el artículo 28 de la Ley 18.216, debe ser muy cuidadosa más aún cuando no ha existido por parte del encausado intención positiva de dar inicio al cumplimiento del beneficio otorgado. En cuanto a la orden de ingreso a cumplir la pena privativa de libertad y en atención a que en la audiencia no se dedujeron recursos, estima que se siguieron las normas generales, situación que igualmente habría ocurrido si se hubiera interpuesto recurso de apelación.

Con lo relacionado y considerando:

PRIMERO: Que el presente recurso de amparo tiene por objeto, por una parte, declarar que la resolución dictada por la señora Juez a quo es ilegal pues ha revocado un beneficio establecido en la Ley 18.216, ordenando el ingreso en calidad de rematado del sentenciado, encontrándose vigente el plazo para recurrir de dicha resolución y, por otro lado, establecer que se ha infringido lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley N° 18.216 pues en la especie se debió tener por cumplido el beneficio de manera insatisfactoria, caso en el que solicita tener por cumplida la pena por aplicación de la norma antes referida, ordenando la inmediata libertad del amparado.

SEGUNDO: Que en cuanto al primer acápite del recurso, ha de señalarse que según se desprende de lo manifestado por las partes, con fecha 2 de mayo del año en curso se llevo a cabo una audiencia destinada a discutir la revocación del beneficio de reclusión nocturna que le fuera reconocido al sentenciado en los

autos Ruc N° 0700834416-1, proceso en el cual fue condenado a 61 días de presidio menor en su grado mínimo, audiencia al final de la cual se dispuso la revocación del beneficio ya mencionado, dando ingreso en calidad de rematado en forma inmediata al sentenciado a un centro de reclusión.

TERCERO: Que conforme se desprende del mérito del proceso Rol N° 0700834416-1, la señora Juez a quo ordenó el ingreso inmediato del sentenciado al Centro de Detención Preventiva Santiago Sur, estando vigente el plazo para recurrir en contra de la resolución en cuya virtud se revocó el beneficio de reclusión nocturna otorgado al sentenciado Núñez Pérez, razón por la que estas sentenciadoras concluyen que la señora Juez a quo adoptó una medida ilegal, vulnerando de esta forma lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 y 7 de la Constitución Política, por lo que el presente recurso, deberá ser acogido.

CUARTO: Que, en relación al segundo acápite la recurrente ha solicitado que esta Ilustrísima Corte decrete tener por cumplida la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo impuesta al sentenciado, petición a la que no se accederá atendido a que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley N°18.216, su cumplimiento opera por el solo ministerio de la Ley.

Y, VISTO, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, SE ACOGE el recurso de amparo deducido a fojas 1 por doña Paola Soto Díaz, en favor de Jorge Guillermo Núñez Pérez, en contra de la señora Juez del Undécimo Juzgado de Garantía de Santiago doña Lidia Bruna Uribe, sólo en cuanto se deja sin efecto la resolución adoptada con fecha dos de mayo del presente año,

en aquella parte que ordenó el ingreso inmediato, en calidad de rematado, del sentenciado Jorge Guillermo Núñez Pérez para efectos de cumplir en forma efectiva la pena que le fue impuesta en los autos Ruc N° 0700834416-1, Rit N° 7578-2007.

Comuníquese por la vía más rápida, dese orden inmediata de libertad al amparado si no estuviere privado de libertad por otros motivos.

Regístrese y en su oportunidad, archívese.

N° 133-2008-amp.

Pronunciado por las Ministras señora Gabriela Hernández Guzmán, señora Irma Meurer Montalva y la Abogado Integrante señora Tita Aránguiz Zúñiga.

En San Miguel, a diez de mayo de dos mil ocho, notifiqué por el Estado Diario la resolución precedente. En San Miguel, a diez de mayo de dos mil ocho, notifiqué por el Estado Diario la resolución precedente.

Sentencia de segunda instancia.

Santiago, veintiséis de mayo de dos mil ocho.

A fojas 32: a lo principal, primer y segundo otrosí, téngase presente.

A fojas 35: téngase presente.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus motivos tercero y cuarto que se eliminan.

Y teniendo en su lugar y además presente:

1°.- Que en primer término con relación a la petición de tener por cumplido el

beneficio de manera insatisfactoria de conformidad a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley N° 18.216 es necesario tener presente que la interpretación sistemática de los artículos 3°, 7°, 11°, 14°, 27° y 28° del texto legal citado permite precisar el alcance de la última de las normas mencionadas, en el sentido de entender que para su aplicación, es preciso que el sentenciado de que se trata haya principiado la observancia de la medida de reclusión nocturna. Lo anterior, en razón del carácter especial del mecanismo alternativo de cumplimiento de la pena impuesta que fuera revocado en estos antecedentes, único sistema de aquellos que consagra la ley anteriormente señalada que requiere una restricción de tipo material de la libertad ambulatoria del sentenciado.

2°.- Que, en efecto, la ley referida da un tratamiento distinto a los beneficios de remisión condicional de la pena y libertad vigilada, por una parte, y a la reclusión nocturna, por otra, en primer lugar en cuanto a las condiciones de cumplimiento y en cuanto a sus efectos en caso de incumplimiento, en el otro. Se explica, en los dos primeros se hace efectivo el beneficio sin privar de libertad material al beneficiado, diferencia que en el caso de la reclusión nocturna se traduce en encierro efectivo del condenado en establecimientos especiales desde las 22 horas de cada día, hasta las 06 horas del día siguiente. En caso de quebrantamiento de estas medidas y consiguiente revocación del beneficio, también es claro que la ley les ha dado tratamiento diferente; en los dos primeros, se obliga al condenado al cumplimiento total de la pena inicialmente impuesta, lo cual resulta de toda lógica ya que ésta estaba suspendida, pero cuando se trata de la reclusión nocturna la ley

(artículo 27) expresamente dispone que por la revocación somete al condenado “al cumplimiento del resto de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha medida”, reiterando nuevamente el mismo sentido el artículo 11, cuando por la revocación dispone “la ejecución de la pena privativa o restrictiva de libertad por el lapso no cumplido”.

3°.- Que de este modo el beneficiado con reclusión nocturna sólo en el caso que hubiere iniciado efectivamente su cumplimiento en alguna de las formas previstas por la ley y su reglamento cabría aplicarle la norma del artículo 28. Si ello no ha sido de este modo, como ocurre en la especie, no resulta procedente, y su cumplimiento está pendiente, por lo cual procede adoptar las medidas que lo posibiliten, o su fin quedaría sujeto a las normas generales del Derecho Penal, tales como la prescripción.

4°.- Que con relación al segundo capítulo de impugnación, esto es, que se ordenó el ingreso del sentenciado con la finalidad de cumplir la pena impuesta encontrándose vigente el plazo para recurrir de la resolución que revocó el beneficio de reclusión nocturna, cabe tener presente que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 368 del Código Procesal Penal y 25 de la Ley N° 18.216, la interposición de un recurso de apelación en contra de la aludida resolución sólo procede concederse en el sólo efecto devolutivo por ser esta la regla general y por no existir norma expresa que disponga lo contrario, lo cual permite el cumplimiento inmediato de lo resuelto.

Y visto lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, Y visto lo dispuesto

en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca** la sentencia de diez de mayo del año en curso, escrita a fojas 12 y en su lugar se declara que **se rechaza** el recurso de amparo interpuesto en lo principal de fojas 1, por doña Paola Soto Díaz, en representación del sentenciado Jorge Guillermo Núñez Pérez.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 2710-08.

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

RECURSO DE AMPARO RECHAZADO. EFECTOS DE LA APELACIÓN CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 25 DE LA LEY N° 18.216.

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

El recurso de apelación deducido en contra de la resolución que revoca un beneficio de la Ley N° 18.216 sólo se puede otorgar en el sólo efecto devolutivo, ya que no existe norma expresa que disponga lo contrario.⁴²

Texto completo:

Sentencia de primera instancia:

San Miguel, diecinueve de mayo de dos mil ocho.

Proveyendo a fojas 14: A lo principal y otrosí, téngase presente.

Vistos:

Que a fojas 1, don Patricio Carvallo Santa María, defensor penal público, recurre de amparo a favor de Cristina Ravanal Desencic y en contra de la resolución dictada por el señor Juez del 15° Juzgado de Garantía de Santiago, don René Cerda, con fecha 14 de mayo del presente año, por cuanto en tal día se celebró audiencia de revocación de beneficios de la ley 18.216, otorgado en la sentencia de fecha 22 de octubre de 2007, oportunidad en

la que se condenó a la amparada a una pena de 41 días de prisión en su grado máximo, por el delito de hurto simple, otorgándole el beneficio de reclusión nocturna. Agrega que en la audiencia de 14 de mayo pasado, se revocó tal beneficio a la amparada y se ordenó el ingreso inmediato de aquella al Centro de Orientación Femenino para el cumplimiento efectivo de la pena impuesta, sin esperar que dicha resolución quedara ejecutoriada.

Expresa que la amparada ha sido privada de su derecho a la libertad ambulatoria, al haberse ordenado su ingreso sin haber esperado la ejecutoriedad de la resolución revocatoria del beneficio. Dicha resolución resulta, según su apreciación, ilegal, lo que ha sido reconocido en otra oportunidad por la Iltma. Corte de Apelaciones.

Finaliza afirmando que la situación descrita atenta contra la libertad personal de la amparada, por lo que solicita se dispongan las medidas pertinentes para restablecer el imperio del derecho y ordenar la inmediata libertad de su representada.

Que a fojas 11 informa el señor Juez recurrido, don René Cerda Espinoza, señalando que efectivamente en la causa RUC 0600347380-3 RIT N° 1971-2006, seguida ante el 15° Juzgado de Garantía de Santiago contra la imputada Cristina Ravanal Dasencic, por el delito de hurto simple, con fecha 14 de mayo del presente año, se procedió a disponer la revocación del beneficio de reclusión nocturna, por ser insatisfactorias sus explicaciones y estar en presencia de un incumplimiento grave, reiterado e injustificado, en atención a lo informado por el C.P.F. de Santiago, en cuanto a que la imputada nunca se presentó a cumplir

42 Ver en esta misma sección el fallo de la Corte Suprema dictado el día 26 de mayo de 2008 en autos ingreso N° 2710-2008.

con el beneficio que le fuera otorgado en la sentencia condenatoria dictada en su contra con fecha 22 de octubre de 2007. Asimismo, no habiendo pagado la pena de multa a que fue condenada, ascendente a una U.T.M., se dispuso su conversión por 5 días de reclusión. Agrega que la orden de ingreso inmediato se dispuso en atención a que el posible recurso de apelación, no existiendo norma especial, debe regirse por el artículo 368 del Código Procesal Penal que dispone, como regla general, que la apelaciones se concederán en el solo efecto devolutivo, a menos que la ley señale expresamente lo contrario, cuyo caso no es el de autos. Finaliza indicando que tampoco es aplicable en la especie lo preceptuado en el artículo 468 del Código procesal Penal, ya que dicha norma regula el cumplimiento de las sentencias definitivas, naturaleza que no tiene la resolución referida.

Con lo relacionado y considerando:

PRIMERO: Que el presente recurso de amparo tiene por objeto declarar que la resolución dictada por el señor Juez a quo es ilegal pues ha revocado un beneficio establecido en la Ley 18.216, ordenando el ingreso en calidad de rematada de la sentenciada, encontrándose pendiente el plazo para recurrir de dicha resolución, por lo cual se solicita la inmediata libertad de la amparada.

SEGUNDO: Que según se desprende de lo manifestado por las partes, con fecha 14 de mayo del año en curso, se llevó a cabo una audiencia destinada a discutir la revocación del beneficio de reclusión nocturna que le fuera reconocido a la sentenciada en los autos Ruc N° 0600347380-3, proceso

en el cual fue condenada a 41 días de prisión en su grado máximo, audiencia al final de la cual se dispuso la revocación del beneficio ya mencionado, dando ingreso en calidad de rematada en forma inmediata a la sentenciada a un centro de reclusión.

TERCERO: Que conforme se desprende del mérito del proceso Rol N° 0600347380-3, el señor Juez a quo ordenó el ingreso inmediato de la amparada al Centro de Orientación Femenina de Santiago, estando pendiente el plazo para recurrir en contra de la resolución en cuya virtud se revocó el beneficio de reclusión nocturna otorgado a Cristina Ravanal, razón por la que estas sentenciadoras concluyen que el señor Juez a quo adoptó una medida ilegal, vulnerando de esta forma lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 y 7 de la Constitución Política, por lo que el presente recurso, deberá ser acogido.

Y, VISTO, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, SE ACOGE el recurso de amparo deducido a fojas 1 por don Patricio Carvallo Santa María, en favor de Cristina Ravanal Desencic, en contra del señor Juez del Décimo Quinto Juzgado de Garantía de Santiago don René Cerda Espinoza, en cuanto se deja sin efecto la resolución adoptada con fecha catorce de mayo del presente año, en aquella parte que ordenó el ingreso inmediato, en calidad de rematada, de la sentenciada Cristina Ravanal Desencic, para efectos de cumplir en forma efectiva la pena que le fue impuesta en los autos Ruc N° 0600347380-3, Rit N° 1971-2006.

Comuníquese por la vía más rápida, dese orden inmediata de libertad a la amparada si no estuviere privada de libertad por otros motivos.

Regístrese y en su oportunidad, archívese.

N° 149-2008 Amp

Pronunciado por las Ministras señora Gabriela Hernández Guzmán, señora Ana María Arratia y la Abogado Integrante señora Tita Aránguiz Zúñiga.

En San Miguel, a diecinueve de mayo de dos mil ocho, notifiqué por el Estado Diario la resolución precedente.

Sentencia de segunda instancia:

Santiago, dos de junio de dos mil ocho.

A fojas 30: téngase presente.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de su motivo tercero, que se elimina.

Y teniendo, en su lugar y además, presente:

1°.- Que en cuanto a la alegación de la defensa fundada en el artículo 468 del Código Procesal Penal, la aplicación de la aludida norma no es pertinente en esta etapa procesal, dado que la sentencia definitiva dictada en la causa en que incide este recurso quedó ejecutoriada el tres de noviembre de dos mil siete, no tratándose, por lo tanto, en la especie, de una resolución cuya impugnación mediante el recurso de apelación se rija por el precepto antes citado.

2°.- Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 368 del Código Procesal Penal y 25 de la Ley N° 18.216, el recurso de apelación en contra de la decisión que resuelve revocar el beneficio de la reclusión

nocturna, concedido por sentencia ejecutoriada, procede otorgarlo en el solo efecto devolutivo por ser, ésta, la regla general y por no existir norma expresa que disponga lo contrario, lo cual permite el cumplimiento inmediato de lo resuelto; en consecuencia, la decisión adoptada con fecha catorce de mayo del año en curso, acreditados que fueron los presupuestos establecidos en el artículo 11 de la Ley N° 18.216, fue dictada conforme a derecho.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca** la sentencia de diecinueve de mayo del año en curso, escrita a fojas 15 y en su lugar se declara que **se rechaza** el recurso de amparo interpuesto en lo principal de fojas 1, por don Patricio Carvallo Santa María, en representación de Cristina Ravanal Desencic.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 2922-08.

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 Suplente de esta Corte Suprema doña Beatriz Pedrals García de Cortazar.

RECURSO DE AMPARO RECHAZADO. REVOCACIÓN DE BENEFICIOS DE LA LEY N° 18.216.

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

No es imprescindible la comparecencia personal del imputado en la audiencia en que se decide la revocación de un beneficio de la Ley N° 18.216.

Texto completo:

Sentencia de primera instancia.

San Miguel, quince de mayo de dos mil ocho.

Vistos y teniendo presente:

PRIMERO: Que a fojas 1, comparece doña Roxana Andrea Castillo, Defensor Penal Público, por el imputado Alexander Antonio Ibarra Ahumada, quien interpone acción constitucional de amparo a favor de su representado, y en contra de resolución dictada por al señora Juez del 10 Juzgado de Garantía de Santiago doña Maritza Regina Vásquez Díaz, en audiencia de 28 de abril del 2008, en causa RIT 1483-2007.

Señala que el 29 de enero del año en curso se condenó a Ibarra Ahumada a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, y se le concedió el beneficio de la reclusión nocturna. Que con fecha 28 de abril del presente, se efectuó audiencia de revocación del beneficio concedido, a la cual su representado no compareció. En dicha audiencia el señor Fiscal solicitó la revocación del beneficio y la defensa pidió que se hiciera uso de

la facultad contemplada en el artículo 33 del Código Procesal Penal, a fin que el sentenciado fuera puesto a disposición del tribunal para el desarrollo de la audiencia, en atención que no se podía tomar una decisión sin antes oír al imputado, como lo contempla el artículo 8° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Que el Tribunal accedió a lo pedido por el Ministerio Público, no dio lugar a la argumentación de la Defensa, y ordenó la revocación del beneficio concedido al imputado en su oportunidad, y para dar cumplimiento a lo resuelto despachó orden de detención en su contra, ordenando que una vez diligenciada, controlada la detención, se le diera ingreso en calidad de rematado considerando el abono reconocido en la sentencia.

Señala que el artículo 8° de la ley 18.216, dispone que el Tribunal podrá revocar el beneficio de la reclusión nocturna en caso de quebrantamiento grave o reiterado, y sin causa justificada y para determinar si dicho incumplimiento fue injustificado debe ser oído el sentenciado al respecto. Que al no haber comparecido a la audiencia, debió la Juez recurrida hacer uso de las facultades del artículo 33 del Código Procesal Penal, a fin que el sentenciado fuera puesto a disposición del tribunal para el desarrollo de la audiencia.

Que conforme al artículo 21, Alexander Ibarra Ahumada, ha visto menoscabado su derecho a la libertad ambulatoria, estando amenazada su libertad individual al haberse despachado la señalada orden de detención y se transgredido con ello el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se vulnera la garantía contemplada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución,

el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, impidiendo ejercer las facultades descritas en los artículos 7 y 8 del Código Procesal Penal, de participar en los actos del procedimiento hasta su completa ejecución, vulnerando también los artículos 33 y 93 del citado Código.

Solicita en definitiva que se reestablezca el imperio del derecho, declarando que se deja sin efecto la resolución en cuanto ordena el cumplimiento efectivo de la pena, y ordenó despachar orden de detención inmediata en contra de su representado, debiendo dictar la resolución que en derecho corresponda, a fin que el tribunal adopte la medidas tendientes a asegurar al comparecencia del amparado.

SEGUNDO: Que a fojas 38, la Juez Titular del Décimo Juzgado de Garantía de Santiago, señora Maritza Vásquez Díaz, informa el presente recurso.

Señala que efectivamente el amparado con fecha cinco de abril del 2007 pasó a control de detención, oportunidad en la cual fue apercibido conforme al artículo 26 del Código Procesal Penal, señalando como domicilio para los efectos de futuras notificaciones el de Nueva Uno Norte N° 4012, departamento 101, Población lo Valledor, comuna de Pedro Aguirre Cerda. Acto seguido fue formalizado como coautor del delito de robo en lugar habitado previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal, en grado frustrado, fijándose medidas cautelares de baja intensidad. Que más adelante en audiencia de Procedimiento Abreviado del 19 de julio de 2007, el imputado ratificó el mismo domicilio ya consignado. Que el 29 de enero del año en curso,

se resolvió la causa por la vía del Procedimiento Abreviado, siendo condenado el amparado como autor del delito previsto y sancionado en el artículo 144 inciso segundo del Código Penal, esto es, violación de morada violenta, en grado de consumado, a una pena de 541 días de reclusión menor en su grado medio, accesorias legales, comisos de las especies, sin costas, y se le concedió el beneficio de la reclusión nocturna. Sentencia que el 6 de febrero del presente quedó ejecutoriada, dándose cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal.

Manifiesta que por oficio de 4 de abril del año en curso, recepcionado por el Tribunal el siete de abril del presente, Gendarmería C.R.A. “Manuel Rodríguez” informó que el sentenciado no se presentó a dar cumplimiento a la medida alternativa de reclusión nocturna y ante dicha comunicación el Tribunal, con fecha 08 de abril del 2008, citó a los intervinientes a una audiencia para discutir la revocación del beneficio de reclusión nocturna, para el día 28 de abril del mismo año, a las 9:25 horas y ordenó la notificación al sentenciado personalmente o por cédula, bajo el apercibimiento del artículo 33 del Código Procesal Penal. Que dicha notificación se efectuó por cédula, el día 10 de abril del año en curso, a las 12:41 horas, por funcionario del centro de notificaciones, en el mismo domicilio que el imputado entregó al Tribunal bajo apercibimiento del artículo 26 del Código ya citado y luego rectificó en otras audiencia; que además el ministro de fe certificó que se fijó copia de la resolución en el acceso del domicilio y afirma que dejó la resolución con los datos necesarios para su acertada inteligencia en el domicilio ya indicado.

Agrega que estando válidamente emplazado, el sentenciado no se presentó a la audiencia programada para el día 28 de abril pasado, en la cual el Fiscal solicitó la revocación del beneficio de reclusión nocturna y se despachara orden de detención, a su vez la defensa solicitó que se hiciera uso de la facultad prevista en el artículo 33 del Código Procesal Penal, a fin que el imputado sea puesto a disposición del Tribunal, para efectos de ser oído, luego del debate se resolvió la petición del fiscal acogiéndola, en consecuencia se revocó el beneficio concedido y se despachó orden de detención en contra del amparado.

Hace presente que resolvió de la manera indicada por que el Tribunal citó a todos los intervinientes a la audiencia de rigor, notificando al Fiscal y Defensor por correo electrónico y al sentenciado por cédula, produciéndose un emplazamiento válido, que el amparado fue notificado en el domicilio proporcionado por el mismo en la primera y última presentación ante el Tribunal, por funcionario especialmente facultado para ello y por cédula que es la fórmula empleada cuando el imputado esté emplazado en el juicio, siendo además una de las formas ordenadas en la resolución que citó a audiencia. Que la revocación del beneficio se debatió en una audiencia especialmente programada el efecto, que al haberse citado a una audiencia para debatir el beneficio, se cumple con el estándar mínimo para que el amparado ejerza su derecho o facultad de ser oído, pero lo cual el Tribunal arbitró las medidas básicas y elementales de poner en su conocimiento la realización de la audiencia mediante notificación, lo que al inicio de la mencionada audiencia se verificó

y se dio a conocer a los intervinientes, sin que existieran alegaciones en contrario por parte de la Defensora. Que en esas condiciones el imputado tuvo la oportunidad legal y razonable para ser oído personalmente por un Juez de la República y también ejercer su derecho a defensa técnica, que la circunstancia que no se haya presentado a la audiencia implica únicamente que el amparado hace dejación o abandono de su derecho o facultad, por lo demás el Defensor que se presentó el audiencia estuvo en condiciones de realizar una defensa técnica, solicitando la detención judicial.

Agrega que el Tribunal citó a la audiencia de rigor luego que Gendarmería comunicará la no presentación de sentenciado a dar cumplimiento de la medida alternativa de reclusión nocturna y durante la audiencia el Fiscal solicitó derechamente la revocación por incumplimiento grave, finalmente se decidió la revocación de dicho beneficio puesto que se daban los requisitos mínimos exigidos por el artículo 11 de la ley 18.116, toda vez que el sentenciado incurrió en quebrantamiento grave al no presentarse a dar inicio a la reclusión nocturna, teniendo conocimiento de la concesión del mismo por el Tribunal y dicho quebrantamiento se produce sin causa justificada, ya que habiéndose dado las condiciones para que el sentenciado se apersonará válidamente al tribunal y expresara libremente los motivos que le habrían impedido presentarse a Gendarmería, no lo hizo.

Agrega que la alegación de la Defensa efectuada en la audiencia de rigor y reiterado en el recurso, de citar a una nueva audiencia y traer únicamente detenido el imputado para escucharlo, resulta improcedente porque se ha

cumplido con el emplazamiento mínimo legal y basta una citación válida para poder entrar al debate de fondo. Que al haberse resuelto la revocación del beneficio sin oír el amparado no significa que se le haya juzgando en ausencia, ya que la sentencia condenatoria había sido dictada en audiencia tiempo antes, contando con la presencia del imputado y tampoco procedía una declaración de rebeldía regulada en el artículo 99 y siguientes del código procesal penal, por cuanto el proceso de acción penal pública estaba concluido.

Termina señalando, que la revocación del beneficio de reclusión nocturna dispuesta, la orden de detención decretada para dar cumplimiento a la consecuencial orden de ingreso en calidad de rematado al amparado, han sido adoptadas por un Tribunal competente, en un procedimiento válidamente tramitado, con la presencia de un Fiscal y un Defensor Penal Público y habiendo mérito para ello, por lo que no se ha producido ninguna privación, perturbación o amenaza ilegal o ilegítima a la libertad personal o seguridad individual del amparado.

Finalmente hace presente que la resolución que motivó el presente recurso, se encuentra ejecutoriada y no fue apelada como lo permite el artículo 25 de la ley 18.216 y que la orden de detención dispuesta por el informante no ha sido atacada por esta vía constitucional, y que llama poderosamente la atención que la defensoría en un alto porcentaje de las resoluciones que le son adversas, prefieren la interposición del recurso de amparo constitucional en lugar de los mecanismos ordinarios, convirtiendo este instrumento excepcional en la regla general con el consiguiente desgaste de los llamados a informar

y de procedimiento ante la Corte de Apelaciones.

Adjunta a su presentación actas de audiencia y actuaciones relevantes y copia del audio.

TERCERO: Que se tienen a la vista los antecedentes acompañados, y en especial oficio de fojas 20 emitido por el Alcalde del C.R.A “Manuel Rodríguez” de fecha 4 abril de 2008, que informa al 10° Juzgado de Garantía la no presentación del sentenciado Ibarra Ahumada a dar cumplimiento a la medida alternativa de reclusión nocturna; resolución de 8 de abril del año en curso, escrita a fojas 21, que cita a los intervinientes de autos a audiencia a efectuarse el 28 de abril del presente, a fin de debatir acerca de la revocación del beneficio concedido al imputado, y ordena notificar dicha resolución al sentenciado personalmente o por cédula bajo apercibimiento del artículo 33 del Código Procesal Penal; notificación de fojas 72, efectuada con fecha 10 de mayo del año en curso, que da cuenta que se notificó a Alexander Ibarra Ahumada en domicilio calle Nueva Uno N° 4012, Departamento 102, Población Lo Valledor Norte, comuna Pedro Aguirre Cerda, por cédula, dejando copia de la resolución para su acertada inteligencia, en el acceso del domicilio; acta de individualización de audiencia de procedimiento abreviado de fojas 13, en la cual el imputado consigna la dirección anteriormente señalada como su domicilio, lo cual también se indica en la sentencia de fojas 25 que lo condenó y concedió el beneficio de la reclusión nocturna.

CUARTO: Que conforme a lo señalado por las partes, y los antecedentes tenidos a la vista, se infiere que el Juzgado de Garantía ante el oficio remitido por Gendarmería de Chile, que informó

al Tribunal el incumplimiento del sentenciado del beneficio de la reclusión nocturna concedido, éste fijó audiencia para debatir su revocación, y notificó validamente a todos los intervinientes; que el sentenciado no compareció a la audiencia a fin de aportar antecedentes que justificaran su incumplimiento, los que tampoco fueron expuestos por su Defensa, configurándose de este modo los requisitos exigidos por el artículo 11 de la ley 18.216, para que el Tribunal procediera a la revocación de la medida.

QUINTO: Que además consultada la Defensa del sentenciado, en relación a la interposición de los recursos ordinarios que la ley consagra como medio de impugnación de la resolución de que se trata, manifestó el Defensor que no habían sido deducidos por obedecer esta vía a una estrategia de la defensa.

SEXTO: Que lo anteriormente razonado, esta Corte estima que la resolución judicial impugnada mediante la acción constitucional de autos, fue expedida por autoridad competente, dentro de sus atribuciones legales y en el marco legal vigente, por lo anterior, no se desprende que respecto del amparado exista alguna situación que pueda ser reparada por la vía del presente, por lo que procede el rechazo del recurso.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 21 de la Constitución Política de la República, SE RECHAZA el recurso de amparo deducido a fojas 1, por la Abogado Defensora Penal Público doña Roxana Andrea Castillo Carrasco en favor de Alexander Antonio Ibarra Ahumada.

Regístrese, comuníquese y en su oportunidad archívese.

N° 138-2008 AMP.

Pronunciado por los Ministros de la Cuarta Sala Sr. Claudio Pavez Ahumada, Sra. María Soledad Espina Otero y Abogado Integrante Sra. María Patricia Donoso Gomien.

San Miguel, quince de mayo de dos mil ocho, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.

Sentencia de segunda instancia.

Santiago, dos de junio de dos mil ocho.

A fojas 65: téngase presente.

A fojas 71: téngase presente y a sus antecedentes.

Vistos y teniendo además presente:

Que la comparecencia personal del imputado, no aparece como una exigencia imprescindible para la resolución de la subsistencia o revocación del beneficio de la reclusión nocturna, se confirma la sentencia apelada de quince de mayo del año en curso, escrita de fojas 47 a 52.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 2921-08.

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 Suplente de esta Corte Suprema doña Beatriz Pedrals García de Cortázar.

DECLARA LA LICITUD DE LA PRUEBA DE FUENTE AUTÓNOMA.

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

La Corte Suprema rechaza recurso de nulidad fundado en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que denunciaba la obtención de una sentencia condenatoria con fundamento en prueba ilegal. Expresa entre sus fundamentos que, conforme a la hipótesis primera del inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal, para comunicar el efecto invalidante de un acto declarado nulo, se requiere que las actuaciones o diligencias posteriores sean una consecuencia de aquél.

En este caso, indica la sentencia, se puede afirmar que toda la prueba de cargo surge de una fuente independiente⁴³, desligada de la detención del imputado que fuera declarada ilegal, siendo consecuencia de un procedimiento policial que se ajustó a la legalidad vigente; esto es, como manda el artículo 205 del Código Procesal Penal, mediante el ingreso al inmueble donde se presumía que se encontraba el imputado con el consentimiento expreso del propietario –lo que excluye la aplicación de la regla del artículo 207 del mismo Código–, obteniendo la evidencia de manos de ese tercero que voluntariamente hizo entrega de ella.

Por otro lado, se enfatiza en la sentencia lo que ha sido doctrina reiterada del máximo Tribunal, en el sentido de que el tribunal de juicio oral no puede excluir pruebas si ello no se hizo en sede de Garantía, así como tampoco puede dejar de valorar la legalmente producida e incorporada en la audiencia de juicio oral, pues el legislador manda hacerse cargo de toda la prueba producida, sin perjuicio, claro está, de que pueda desestimar alguna indicando las razones que tuvo en cuenta para ello.

Texto completo:

Santiago, a veintiocho de julio de dos mil ocho.

Vistos:

En estos antecedentes rol único 0700516720-K e interno del tribunal 06-2008 se registra la sentencia dictada en procedimiento ordinario de acción penal pública, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles de veintiocho de abril recién pasado, por la cual se condenó a Francisco Alejandro Ruminot Sánchez a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su participación de autor en el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, en grado de consumado, perpetrado en perjuicio de Natalia Fuenzalida Navarrete el uno de julio de dos mil siete, en la ciudad de Los Ángeles.

En contra de esta decisión, el defensor penal público Eduardo Gaspar Soto Delgado, en representación del imputado Ruminot Sánchez, dedujo un recurso

43 En el mismo sentido, Corte Suprema, Recurso de Nulidad Ingreso N° 5435-07, Sentencia de 11/12/2007, comentada en "Revista Jurídica del Ministerio Público" N° 34.

de nulidad sustentándose en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 19, Nros 3° y 5°, de la Constitución Política de la República.

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 imputada, como consta a fojas 40.

La audiencia pública se verificó el ocho de julio último, con la concurrencia y alegatos de los letrados señora Pamela Pereira Fernández, en representación del imputado, y el abogado señor Pablo Campos Muñoz, por el Ministerio Público, y luego de la vista del recurso, se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según se expresa en el acta que obra a fojas 54.

Considerando:

PRIMERO: Que el recurso que rola de fojas 14 a 26 de estos antecedentes se fundamenta en lo que prescribe la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que dispone su procedencia si en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y en actual vigor, concretando el defecto en la inobservancia de lo que se establece en los numerales 3° y 5° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

SEGUNDO: Que sustenta su arbitrio en las normas indicadas que reglan las garantías del debido proceso y la inviolabilidad del hogar, pues reclama que el tribunal oral valoró positivamente, dando pleno mérito probatorio y

fundó su sentencia, en una actuación de funcionarios de carabineros que se desarrolló fuera del marco constitucional y legal, legitimando el proceder policial y la obtención de evidencia material. Sostiene que el diez de julio del año dos mil siete, a las 05:00 horas, aproximadamente, tres funcionarios de dicho cuerpo policial recibieron la comunicación que se había verificado un robo en lugar habitado, entrevistándose en el sitio del suceso con la dueña de casa, quien señaló que el autor era su vecino, el imputado Ruminot, luego de lo cual los policías se dirigieron al domicilio de éste, a las 05:35 horas, ingresando previa autorización del dueño de casa, tío del imputado, donde lo detienen y registran el lugar en que dormía, procediendo en todo su actuar sin orden judicial. Añade que la detención fue declarada ilegal, derivada de la ausencia de alguna hipótesis de flagrancia y de orden del juez correspondiente para proceder. No obstante ello, en la audiencia de juicio oral el tribunal decide condenarlo, teniendo en vista los testimonios de los funcionarios policiales y la evidencia por ellos recogida. De lo relacionado extrae dos conclusiones: primero, que toda actuación ilegal realizada por los órganos del Estado en la persecución criminal redundaría en la ilegalidad de la prueba de cargo obtenida y, segundo, que ello conlleva necesariamente una prohibición de su valoración por parte del sentenciador. Sostiene que no obstante los quebrantamientos que describe, existen en la especie actuaciones ilegítimas concretas, que fueron valoradas, conculcando las garantías constitucionales que sustentan el recurso, amparándose el tribunal oral en la circunstancia que el auto de apertura del juicio oral no excluyó

prueba alguna, argumentación que tacha de atentatoria del debido proceso por no pronunciarse sobre la ilegalidad del procedimiento adoptado por carabineros y, además, errada, pues una valoración negativa es diferente a la mera exclusión de prueba que realiza el juez de garantía. De otra parte, denuncia que los funcionarios policiales vulneraron la garantía de la inviolabilidad del hogar al ingresar y registrar el domicilio fuera del horario establecido en la ley. Sobre este tópico, refiere que el tribunal desestimó su petición de no valorar la prueba obtenida por carabineros en el inmueble, pues los aludidos funcionarios tuvieron la autorización del propietario o encargado del lugar lo que hace inaplicable lo dispuesto en el artículo 207 del Código Procesal Penal. Afirma la defensa que es equivocado circunscribir al dueño de un domicilio en donde varias personas tienen su hogar, como el único legitimado para impetrar la garantía de la inviolabilidad del hogar. En cuanto a la oportunidad de la diligencia, refiere que el artículo 207 establece una restricción a las funciones investigativas del Estado en materia penal, impedimento que puede quebrantarse en casos que la propia ley consulta, pero que en la especie no se produjeron. En la conclusión, insta por la invalidación del juicio y la sentencia a fin de que se determine el estado en que debe quedar el procedimiento y se ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda a fin de que éste disponga la realización de un nuevo juicio.

TERCERO: Que, en virtud de lo preceptuado en el artículo 359 del ordenamiento procesal penal, la defensa del imputado, a fin de probar sus asertos, ofreció como prueba determinados registros de la audiencia de control de la

detención del imputado, rindiéndose en la oportunidad procesal correspondiente, sin objeción por parte del Ministerio Público, y que consistió básicamente en los argumentos de la defensa acerca del procedimiento de la detención. Principia el audio con dichos del imputado Ruminot acerca del proceder policial, su detención alrededor de las 05:25 horas, ausencia de lectura de derechos y las lesiones que sufrió en esa oportunidad. Luego argumenta la defensa que la detención no se produjo en alguno de los casos que el legislador consulta como situaciones de flagrancia. Sostuvo que Ruminot fue detenido en su casa, sin especies, no se trataba de un delito que acababa de cometerse, Ruminot no iba huyendo y los policías no presenciaron los hechos. Argumentó además que la víctima llama a los funcionarios como a las 05:00 horas, llegan donde ella, luego van al inmueble donde estaba el supuesto hechor, piden autorización, aunque el defensor refiere sobre esta gestión que ello no habría efectivamente acontecido, pues el tío del imputado prohibió el ingreso a la policía, no obstante reconocer el mismo letrado que esa alegación no puede esgrimirla seriamente pues no dispone de antecedentes suficientes. Sin embargo, enseguida reconoce que carabineros pidió autorización, que ella se encuentra firmada y, así, lo detienen. A continuación aduce que en la especie debió informarse al fiscal y éste requerir una orden de detención, precisamente por la ausencia de hipótesis de flagrancia. Finalmente se registra en el audio secciones de la decisión del juez de garantía, quien afirma que no puede potenciarse la persecución penal otorgando a la policía facultades que son de la esencia de la judicatura. Debe primar el principio de inocencia y reglas como las que en la especie consagra la

ley referidas a la autorización judicial previa en los casos que se afecten los derechos de las personas.

CUARTO: Que el recurso de nulidad que aquí se impetra ha sido instituido por el legislador para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o solamente ésta, por contravenciones precisas y categóricas cometidas en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento del veredicto, 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.

QUINTO: Que en lo que toca al motivo de impugnación impetrado, en lo medular, se asila en la ausencia de orden de detención del imputado, en la recolección de evidencia material sin mandato judicial y en horario inhábil, derivando ello en una serie de diligencias ilegales.

SEXTO: Que para el adecuado conocimiento y resolución de la nulidad invocada por la recurrente, se hace necesario señalar cuáles son los hechos materiales fijados en la sentencia y los razonamientos que constituyen el fundamento de lo discutido en el presente recurso.

SÉPTIMO: Que al efecto, el motivo sexto de la decisión consigna: “El día 10 de Julio de 2007, alrededor de las 05:00 horas, el acusado, ya individualizado, escaló la reja metálica del inmueble de propiedad de doña Natalia Fuenzalida Navarrete, que se encuentra ubicado en el pasaje Ginebra N° 440 de esta ciudad, para luego ingresar al mismo fracturando un tragaluz o “clara luz” en el techo del inmueble, y una vez en su interior sustrajo un juego de llaves de

un vehículo y del inmueble, para luego huir del lugar con dichas especies en su poder”.

Sobre las alegaciones de la defensa, en los fundamentos décimo quinto, décimo sexto y décimo séptimo del dictamen criticado, se decidió, en lo pertinente, lo siguiente:

Considerando 15°: que no resultó acreditada la afirmación que carabineros ingresó al inmueble sin ninguna autorización, ya que los tres funcionarios declararon en términos similares que habían contado con la autorización expresa de su dueño, asertos no controvertidos por probanza alguna en contrario;

Considerando 16°: resulta inconcusos que al inmueble se ingresó sin vulnerar norma constitucional ni legal alguna, en especial la disposición del artículo 205 del Código Procesal Penal, por cuanto los policías contaron con la autorización expresa para ello del propietario o encargado del hogar. Otorgada la autorización para el registro por quien poseía la potestad que otorga el dominio para ello, éste se efectuó de inmediato. La norma de restricción horaria establecida en el artículo 207 del Código del ramo sólo rige para el caso que no existiere consentimiento del dueño;

Considerando 17°: Que en el inmueble del tío del imputado, él encontró en uno de sus sofás el llavero de cuero con cuatro llaves producto del ilícito y del que hizo posterior entrega a los carabineros, como quedó acreditado en la audiencia del juicio. Aún en el evento que el hallazgo lo hubiere efectuado la policía, no invalidaría la diligencia, por cuanto la entrada y registro se había hecho con la debida autorización, la que constituye el acto de legitimación fundamental requerido por la ley.

OCTAVO: Que conforme al mérito de la sentencia definitiva condenatoria, los dichos de los comparecientes en estrados y, también, en lo pertinente, al mérito de la prueba rendida por la defensa durante la audiencia respectiva en esta Corte, no puede darse la supuesta contaminación o ilicitud de la prueba que se pretende, toda vez que la misma se originó en una actuación independiente de la detención, como fue el ingreso al domicilio, autorizado por su propietario o encargado, por lo que aquello obtenido por los funcionarios de carabineros sigue siendo válido, ya que se desprendió de elementos independientes del acto declarado ilegal, como fue, únicamente, la detención del imputado.

NOVENO: Que en estas condiciones, la prueba constituida por la declaración de los funcionarios policiales y las obtenidas como consecuencia de la entrada y registro al domicilio del acusado, surgen de una fuente autónoma, esto es, una vía distinta de adquisición de prueba, de modo tal que contrariamente a lo sostenido por la recurrente, la ilegalidad de la detención del imputado declarada por el tribunal de garantía en la audiencia correspondiente, no pudo tener el efecto pretendido de viciar de ilicitud la prueba de cargo o incriminatoria aportada por el Ministerio Público y como consecuencia de ello se advierte que la condena del acusado puede sustentarse sin dificultad en aquellos medios obtenidos legítima y autónomamente de las supuestas manifestaciones irregulares.

DÉCIMO: Que, además, conforme a la hipótesis primera del inciso tercero del artículo 276 del Estatuto Procesal Penal, para comunicar el efecto invalidante del acto declarado nulo se requiere que las actuaciones o diligencias posteriores sean

una consecuencia de aquél. De esta forma, la propia norma suministra las pautas para determinar el nexo de causalidad entre el acto nulo y el derivado de éste. Ese vínculo de dependencia sólo puede inferirse sin perder de vista el contexto o las circunstancias de hecho en que se produjeron las pruebas cuya nulidad se solicita. Recurriendo a un proceso de supresión mental hipotética, si se hace abstracción del acto nulo, en este caso la detención ilegal, habrá de determinarse si desaparecen, por vía consecuencial, las pruebas incriminatorias obtenidas con ocasión de la investigación y, en particular, con motivo de ingreso y registro al inmueble en el que pernoctaba el imputado.

UNDÉCIMO: Que tales interrogantes se satisfacen de la lectura del fallo, pues las expresiones de carabineros acerca de la fecha, hora y lugar en que ocurrieron los hechos, la fractura del tragaluz por donde se ingresó al inmueble hasta el dormitorio en que dormía la víctima y el hecho que la propiedad estaba habitada el día y a la hora de los sucesos, emanan de fuente independiente, desligada de la detención, y tan es así, que incluso ésta aún no se verificaba. Luego, el ingreso al inmueble donde estaba el imputado se hizo con autorización del propietario, antecedente no sólo plasmado en el fallo, sino que surge de la propia prueba de la defensa rendida en aval de su recurso, pues el registro de audio consigna ese hecho, y que por falta de antecedentes no se pudo probar, en la audiencia de control de la detención, que se hubiese procedido de modo diverso, es decir, que se ingresó no obstante la prohibición del dueño. Por cierto en esta sede ello tampoco aconteció. Al momento de la detención declarada ilegal no se recogió evidencia material, no aparece que la especie producto del delito la portara

Ruminot, el fallo afirma que en la oportunidad que los policías concurren a tomar fotografías del lugar, el tío del imputado, Gabriel Sánchez, hizo entrega de las llaves que aquel había sustraído a la afectada, señalándoles que habían sido halladas en un sillón donde estaba pernoctando el hechor.

DUODÉCIMO: Que como corolario de lo anterior, puede afirmarse que toda la prueba de cargo surge de una fuente independiente, corresponde a un cauce investigativo diferente y del todo desligado de la ilegal detención, donde el proceder policial se ajustó a la legalidad vigente, esto es, como manda el artículo 205 del Código Procesal Penal, mediante el ingreso al inmueble donde se presumía se encontraba el imputado con el consentimiento expreso del propietario, obteniendo la evidencia de manos de ese tercero, quien voluntariamente hizo entrega de ella. En todo caso, la aludida autorización excluye la aplicación de la regla del artículo 207 del mismo Código.

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

DÉCIMO CUARTO: Que de lo razonado en los fundamentos precedentes fluye de manera inequívoca que el veredicto impugnado no vulneró los principios invocados, más aún cuando la prueba rendida en la audiencia del ocho de julio recién pasado por el impugnante,

no tiene mérito suficiente para justificar los quebrantamientos de las garantías constitucionales esgrimidas, toda vez que de ella se desprende únicamente que el inculcado fue detenido sin autorización judicial previa y fuera de la hipótesis de flagrancia que el artículo 130 del Código Procesal Penal, en su anterior redacción, contemplaba, pero no produce convicción a este tribunal acerca de que la prueba inculcatoria encuentre su origen en diligencias o actuaciones declaradas nulas o bien obtenidas sin respetar determinadas garantías constitucionales.

Por estas consideraciones y lo estatuido en los artículos 372, 373, letra a) 376 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad deducido de fojas 14 a 26, por el defensor penal público Eduardo Gaspar Soto Delgado, en representación del agente Francisco Alejandro Ruminot Sánchez, en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Los Ángeles, el veintiocho de abril del año en curso, que corre de fojas 1 a 13 de este cuaderno, la que, en conclusión, no es nula.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción del abogado integrante señor Oscar Carrasco.

Rol N° 2521-08.

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

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

DECLARA INADMISIBLE UN REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, POR CUANTO SE PRETENDIÓ IMPUGNAR POR ESTA VÍA UN ACTO ADMINISTRATIVO Y NO UN PRECEPTO LEGAL.

Tribunal: Tribunal Constitucional.

Resumen:

Se declara inadmisibile un requerimiento de inaplicabilidad, por cuanto la declaración perseguida por el requirente se refería a un acto administrativo -Decreto Supremo N° 867, de 2008, del Ministerio de Justicia (Reglamento de la Ley N° 20.000)-, y no a un precepto legal determinado. Se reitera, además, que el requerimiento de inaplicabilidad tiene por objeto examinar la constitucionalidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial se impugne por estimarse contraria a la Constitución. En consecuencia, se trata de una acción dirigida en contra de normas legales determinadas concernidas en una gestión jurisdiccional y que puedan resultar derecho aplicable en ella.

Texto completo:

Santiago, primero de julio de dos mil ocho.

Vistos y considerando:

1°. Que, el abogado señor Manuel Adolfo Montiel Gómez, actuando en representación de V.J.C.L., ha deducido un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 867, de 2008,

del Ministerio de Justicia, en la causa RIT 177-2008, RUC 0800244085-8, sobre delito de tráfico de drogas y tenencia ilegal de arma de fuego, de que conoce actualmente el Juzgado de Garantía de Laja;

2°. Que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

A su vez, el inciso decimoprimer del mismo precepto constitucional citado señala: “En el caso del N° 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. 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. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”;

3°. Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Primera Sala de esta Magistratura para que se pronunciara sobre su admisibilidad;

4°. Que la presentación de fojas uno no cumple con los requisitos propios de una acción de la naturaleza de la

que se ha deducido, de acuerdo con las disposiciones constitucionales transcritas en el considerando segundo de esta sentencia;

5º Que, en efecto, como ya lo ha señalado este Tribunal, “el requerimiento de inaplicabilidad tiene por objeto examinar la constitucionalidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial se impugne por estimarse contraria a la Constitución. En consecuencia, se trata de una acción dirigida en contra de normas legales determinadas concernidas en una gestión jurisdiccional y que puedan resultar derecho aplicable en ella” (Roles N°s. 497-06, 743-07 y 816-07, entre otros);

6º. Que, en este caso, ello no ocurre, toda vez que lo que se solicita, según el tenor expreso del requerimiento de la especie, es la declaración de inaplicabilidad del Decreto Supremo N° 867, de 2008, del Ministerio de Justicia -que aprueba el Reglamento de la Ley N° 20.000-, esto es, lo que se impugna es un acto administrativo y no un precepto legal como lo exige el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo de la Constitución, para deducir la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional;

7º. Que, atendido lo que se termina de exponer, el requerimiento deducido a fojas uno debe ser declarado inadmisibile;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6º, e inciso undécimo, de la Constitución y disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto a fojas uno.

Notifíquese por carta certificada al requirente.

Archívese.

Rol 1147-08-INA.

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, señor José Luis Cea Egaña, y los Ministros señor Mario Fernández Baeza, señor Marcelo Venegas Palacios y señora Marisol Peña Torres. Autoriza el Secretario del Tribunal, don Rafael Larraín Cruz.

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL TRATAMIENTO DE LOS TIPOS PENALES DESTINADOS A COMBATIR LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO CON ESPECIAL REFERENCIA AL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Rodrigo Aldoney Ramírez⁴⁴

I. Introducción

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción incluye, entre las distintas formas de combate de este fenómeno, en su Capítulo III, la penalización de las conductas que se consideran más graves. Las conductas que los Estados suscribientes de la Convención deben sancionar abarcan tres ámbitos diferentes:

- la corrupción en el sector público (art. 15, 17, 18, 19, 20);
- la corrupción en las actividades comerciales internacionales con intervención de funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales públicas (art. 16);
- la corrupción en el sector privado (art. 21, 22).

Junto a ello describe conductas típicas que son comunes a todos los ámbitos de corrupción, establece reglas de *iter criminis*, participación, elementos subjetivos de los tipos, responsabilidad de las personas jurídicas, prescripción y reglas procedimentales.

La plena implementación nacional de este cúmulo de disposiciones exige modificaciones en diversos ámbitos del ordenamiento penal, constituyendo el vacío más sensible la falta de sanción de la corrupción en el sector privado. Esto, no sólo porque el ordenamiento carece por completo de una prohibición penal, especialmente en lo referente al cohecho y a la malversación o peculado en el sector privado, sino también por los efectos sociales perniciosos que crecientemente se asocian al fenómeno⁴⁵ estimando, por ejemplo el Banco Mundial, que esta forma de corrupción se ha transformado en un fenómeno que representa entre un tres y un cinco por ciento del producto interno bruto de las economías nacionales.⁴⁶

44 Asesor Jurídico Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Ministerio Público, LL.M. por la Universidad Albert-Ludwig de Friburgo de Brisgovia, Alemania.

45 Véase al respecto RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW, Delitos contra la función pública, El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial, p. 50 y ss.

46 Estimación extraída de TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, Heymanns Verlag 2006, p. 93.

En las próximas líneas se exponen algunas consideraciones en torno a la manera en que se podría recoger este ámbito de ilícitos en nuestro ordenamiento penal. Para tal efecto es necesario tener presente que la corrupción es un fenómeno que no afecta un único bien jurídico. Por lo tanto, para la adecuada tipificación es indispensable aclarar cuál o cuáles son los bienes jurídicos protegidos y cuál es la forma de ataque al bien jurídico (puesta en peligro o lesión) que se pretende prohibir mediante la tipificación penal. La decisión de combatir los efectos sociales perniciosos de la corrupción mediante el instrumentario penal no exime de esta necesaria labor en el proceso legislativo, ya que constituye la única forma de asegurar que ante el surgimiento de fenómenos modernos y complejos que afectan negativamente la vida social, al Derecho Penal se le siga asignando el único objetivo de proteger bienes jurídicos de conductas socialmente dañosas.

II. El cohecho en el sector privado

Respecto de este primer ámbito de corrupción que se aborda en la Convención, cabe tener presente que se trata de lo que internacionalmente se entiende como el núcleo de las conductas de corrupción en el ámbito privado.

Una clara demostración de la relevancia que tiene a nivel internacional esta forma de corrupción lo representa obviamente su inclusión en la Convención, pero tal situación queda también reflejada en otros ámbitos muy diversos como, el § 299 del Código Penal alemán que hasta el año 1997 se encontraba consagrado en la Ley contra la competencia desleal (UWG), por lo que posee una larga tradición de más de 100 años de existencia. En segundo lugar, a través de una amplia reforma a la que se pretende someter el Código Penal español, que se discute actualmente en el Congreso y que incluye estos delitos.⁴⁷ En tercer lugar, es digna de ser nombrada la propuesta para el ámbito comunitario efectuada por un grupo de profesores de distintos países europeos bajo la denominación de “eurodelitos” y que tiene por objeto armonizar las disposiciones penales económicas entre los países de la comunidad europea.⁴⁸

Evidentemente no es posible invocar en este ámbito como justificación político-criminal la protección de la función pública, como es el caso del cohecho (activo o pasivo) de los funcionarios públicos. Es por ello que los países que han tipificado estas conductas han debatido largamente en torno al bien jurídico penal afectado y si este o estos ameritan la intervención del Derecho Penal como instrumento sancionador.

En cuanto al o los bien(es) jurídico(s) tutelado(s) mediante el establecimiento

47 Véase al respecto, en el Boletín de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, VIII Legislatura Serie A: 15 de enero de 2007 Núm. 119-1, el proyecto de Ley Orgánica 121/000119 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal.

48 Véase al respecto con detalle en cuanto a la fundamentación de cada precepto de la parte general y especial de los llamados Eurodelitos la obra *Eurodelitos el Derecho penal económico en la Unión Europea*, TIEDEMANN/NIETO, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

del delito de cohecho en el sector privado la doctrina alemana ha sostenido una larga discusión, especialmente en cuanto a la naturaleza pluriofensiva del delito. Según la doctrina alemana mayoritaria, los tipos de cohecho en el sector privado protegen en primera línea la *competencia leal* como bien jurídico supraindividual. También se sostiene por alguna parte de los autores que asimismo se protege a *los competidores, ya sea en su igualdad de oportunidades competitivas o en sus intereses patrimoniales*. Lo primero engancha directamente con la institución, ampliamente fundamentada por la doctrina de derecho privado, de la competencia leal; lo segundo, si bien también apunta a un elemento esencial para la competitividad de la empresa, dice directa relación con un bien jurídico de corte clásico como es el patrimonio, aunque en este caso no se trate de la forma clásica de ataque al mismo –la lesión– sino que de una mera puesta en peligro. Finalmente se ha generado cierto grado de discusión en torno a la pregunta de si estos delitos de cohecho protegen asimismo los *intereses patrimoniales (del dueño) de la empresa*. La doctrina mayoritaria rechaza tal ámbito de protección, sosteniendo que el tipo también se satisface en aquellos casos en que se solicita o se acepta un beneficio por parte del empleado con consentimiento del empleador. En este caso queda excluida la posibilidad de una protección de su patrimonio al existir un acto voluntario de disposición o de exposición a un peligro.

La fundamentación del proyecto de reforma del Código Penal español sostiene en términos similares que lo protegido por el delito es la competencia leal. Así, se sostiene que el tipo propuesto se basa en la Decisión Marco 2003/568/JAI de la EU de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado y que parte de la consideración de que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de empresas en manera similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Se sostiene en el proyecto de ley que la corrupción del administrador de una empresa por parte de otra empresa no es simplemente un conflicto que no excede de la esfera de lo privado sino que rompe las reglas de buen funcionamiento del mercado. También destaca la similitud con el cohecho en el ámbito público, tanto en cuanto a las modalidades de comisión como en cuanto al problema social, teniendo presente que las repercusiones que pueden tener las decisiones empresariales no sólo alcanzan a sus protagonistas inmediatos, sino que a muchas otras personas. En tal sentido destaca que esas prácticas caen en un concepto genérico de acto contrario a la competencia leal, pero que esa calificación resulta en exceso tibia.

También en esta fundamentación se pueden apreciar dos aspectos en la protección de la competencia leal. Por un lado la competencia como institución esencial de una economía de mercado y, por otro lado, como una garantía que ampara a todo partícipe del mismo en calidad de competidor; en definitiva, tanto un aspecto supraindividual como uno individual.

Si bien la clara especificación de este bien jurídico requiere de un análisis doctrinario más detenido, resulta importante que la tipificación del delito se enmarque en los límites de lo que se entiende como la institución de la competencia leal. Sin embargo, no todos los modelos legislativos referidos

satisfacen esta exigencia de igual manera, según se aprecia al leer los respectivos textos.

La Convención propone como formas de tipificación las siguientes:

- a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;
- b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.

El Código Penal alemán tipifica en el § 299 el cohecho en el sector privado como sigue:

“El que en su calidad de empleado o encargado de un establecimiento comercial y en el tráfico comercial solicite, se haga prometer o acepte un beneficio para sí o un tercero como contraprestación por favorecer en forma contraria a la competencia leal a otro en la adquisición de mercadería o de prestaciones comerciales, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con una pena pecuniaria.

Asimismo se sancionará al que en el tráfico comercial ofrezca, prometa o conceda con la finalidad de adquirir una ventaja competitiva a un empleado o encargado de un establecimiento comercial un beneficio para él o un tercero como contraprestación por favorecerlo de manera desleal o hacerlo respecto de un tercero en la adquisición de mercadería o prestaciones comerciales.

Los párrafos 1 y 2 son aplicables también a conductas en el ámbito de la competencia extranjera”.

El proyecto de reforma del Código Penal español establece un nuevo artículo (art. 286 bis) en los siguientes términos:

“Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto el triple del valor del beneficio o ventaja.

Con las mismas penas será castigado el directivo, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

Los jueces y Tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio”.

Finalmente la redacción de los eurodelitos por parte del profesor Tiedemann fija el siguiente art. 36:

“Quien por sí sólo o mediante persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a los empleados o encargados de una empresa comercial, en el tráfico económico, una ventaja indebida para sí mismo o un tercero, frente a otros en la adquisición de mercancías o servicios profesionales que se prestan en un régimen de competencia, será castigado con ...(pena).

Con la misma pena será sancionado el empleado o encargado de una empresa comercial que, en el tráfico económico, por sí solo o mediante persona interpuesta, reciba, solicite o acepte la promesa de obtener una ventaja indebida para sí mismo o para un tercero con el fin de favorecerle frente a otros en la adquisición de mercancías o servicios profesionales.”

Según se puede apreciar de una lectura somera, la mayoría de las diferencias se refieren a un mayor grado de especificación de los elementos del tipo, por ejemplo, de las conductas típicas o de los sujetos activos en cuanto a las entidades a las que pueden representar.

Una diferencia de mayor relevancia puede apreciarse, sin embargo, en la expresa mención de la incidencia que la conducta pueda tener sobre la competencia y con ello la directa inclusión del bien jurídico a proteger en la descripción típica. Así, el tipo penal alemán exige expresamente en el cohecho pasivo que lo acordado entre el empleado y el favorecido contravenga la competencia leal. Y en el caso del cohecho activo se requiere como elemento subjetivo de intención trascendente que el sujeto activo realice la conducta con la intención de adquirir una ventaja competitiva.

Todo ello excluye conductas que tienden a la obtención de ventajas que no influyen sobre la competencia en el mercado. Así, no quedan abarcadas conductas que miran a un provecho meramente privado o de carácter político o que influyen sobre una relación monopólica. Todas las conductas que se desarrollan con estas finalidades o que inciden en ese ámbito podrán ser reprochables, pero requieren de una justificación distinta, que debe ser descubierta y analizada en su mérito político-criminal.

De ese modo la tipificación del Código Penal alemán tiene la característica de ajustarse en una gran medida a la protección del bien jurídico en cuestión y no de otros aspectos ajenos al mismo.

En cambio, las exigencias típicas tanto de la Convención como del proyecto de reforma española son menos exigentes en este sentido presentando, por ende, el defecto de abarcar conductas que ni aun en forma abstracta ponen en peligro el bien jurídico tutelado.

III. El delito de malversación o peculado de bienes en el sector privado

Este segundo ámbito de concreción de la corrupción en el sector privado se asemeja más bien a una prohibición penal de la administración desleal de patrimonio ajeno que, si bien tampoco existe en nuestra legislación, lo que constituye un sensible vacío en nuestro código, comúnmente no se asocia al fenómeno de la corrupción, sino que se inserta directamente en el ámbito tradicional de la protección penal del patrimonio.

Ya que la propuesta de la Convención se limita a actividades económicas, financieras o comerciales y el ámbito natural de un delito de competencia desleal excede estas actividades, abarcando toda forma de administración patrimonial, parece suficiente introducir al Código Penal una figura de administración desleal como la que se incluye en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal del llamado Foro Penal elaborado el año 2005. En ella se contempla la siguiente tipificación:

Art. 161. “El que (con ánimo de lucro y) con abuso de sus facultades generales o específicas de administración perjudique a otro disponiendo de su patrimonio será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio.

Se podrá imponer la pena de reclusión menor en su grado máximo cuando el hecho revista especial gravedad, en atención al monto del perjuicio producido o a los efectos especialmente perniciosos que tenga para la víctima.”

A su vez la Convención sugiere abarcar mediante tipificación penal las conductas que:

“Cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.”

De estimarse suficiente prohibición el delito general de administración desleal propuesto por el Foro Penal se excluiría derechamente la llamada malversación o peculado de bienes en el sector privado del ámbito específico del combate de la corrupción.

Esto se hace más patente aún si se recurre, una vez más, a la perspectiva del bien jurídico. El combate del fenómeno de la corrupción busca proteger intereses

supraindividuales de toda la sociedad y no únicamente intereses particulares. Junto a ello se recurre usualmente a formas de protección que importan una anticipación punitiva a conductas meramente peligrosas para el bien jurídico, sin que sea necesaria su real lesión.

En cambio la tipificación de un delito de administración desleal apunta a la protección de un bien jurídico individual de corte clásico y a su vez es protegido de conductas lesivas y no de mero peligro.

La necesidad de contar con una figura eficaz que sancione conductas de administración desleal posee una fundamentación político-criminal propia. Conductas de corrupción que se asocien a estas conductas podrán constituir un argumento más que informe la *ratio legis* de la norma, pero no determinan su configuración específica, ni sirven posteriormente para la interpretación teleológica del tipo.

IV. Conclusión

El ordenamiento penal chileno presenta una clara necesidad de modificación a fin de dar cumplimiento a la obligación internacional asumida mediante la suscripción de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción. Respecto de la corrupción en el sector privado se presentan dos vacíos legislativos de suma importancia. El cohecho en el sector privado apunta directamente al combate del fenómeno de la corrupción, lo que hace necesario identificar con precisión el bien jurídico que se pretende proteger, que en este caso es la competencia leal. Siguiendo el tratamiento dado en el Código Penal alemán este aspecto debiera incluirse expresamente en los tipos penales a fin de limitar adecuadamente las conductas sancionadas penalmente. La malversación o peculado de bienes en el sector privado tampoco se contempla en nuestro ordenamiento penal. Sin embargo este déficit se puede subsanar mediante una figura general de administración desleal que, por lo tanto, no se instaura para combatir directamente la corrupción privada, sino que resulta como un mero reflejo de la adecuada protección del bien jurídico individual del patrimonio.

AUTORÍA MEDIATA EN DELITOS ESPECIALES PROPIOS.

Luis Humberto Contreras Alfaro ⁴⁹

Hipótesis del extraneus que se vale de un sujeto calificado como instrumento para cometer un delito funcionario

I. Planteamiento general

En los cimientos de la teoría del delito se encuentra la actividad o la omisión de conducta de un sujeto que produce o provoca un resultado típico, sea por lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado. La sanción penal es entonces la consecuencia o respuesta del Estado frente al hecho de un ser humano, y por supuesto no el hecho ajeno, sino el propio, descartándose asimismo la posibilidad de fundar la pena en la personalidad o en la peligrosidad del autor⁵⁰.

Ahora bien, cuando la ley comienza la redacción de los diferentes tipos penales con frases como “*el que...*”, o “*el empleado público que...*”, a primera vista pareciera que nuestro legislador se está refiriendo exclusivamente a la conducta directa del sujeto descrita en el tipo de injusto, sin considerar la posibilidad de que pueda existir uno o más agentes detrás del ejecutor material que dominen la realización del hecho punible hasta el punto de decidir si éste se ejecuta o no, y en su caso cómo se ejecuta y cuándo. Sin embargo, debemos tener presente, con Márquez Cárdenas, que el delito como cualquier otra actividad humana presenta en su génesis y materialización los mismos fenómenos colectivos de especialización y división del trabajo que se observan en la vida real⁵¹. De tal modo, que en la práctica puede darse que múltiples sujetos participen de formas diversas en la comisión de un hecho punible, precisando nuestro Código Penal en sus artículos 15, 16 y 17 los criterios para distinguir la participación de la

49 Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Coyhaique, Ministerio Público, Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca.

50 Nuestro actual ordenamiento jurídico punitivo está concebido como Derecho Penal del hecho y no como Derecho Penal de autor, lo cual constituye una garantía fundamental del Estado democrático de Derecho, tal vez uno de los cimientos más importantes junto con la presunción de inocencia sobre los que se mantiene en pie el sistema de garantías fundamentales consagrado en la Constitución, viga maestra del sistema punitivo. De tal forma, creemos que el problema de la persecución penal no puede dejar de considerarse en primer término como un asunto constitucional. En este sentido, TORRAO, F. *A relevancia político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra, 2000, pág. 67; también, BÖCKENFÖRDE, E.W. *Escritos sobre derechos fundamentales*. (Trad. Requejo Pagés/ Villaverde Menéndez) Baden-Baden, 1993, pág. 100, 117.

51 MÁRQUEZ CÁRDENAS, A. “Autoría mediata en Derecho penal. Formas de instrumentalización”. Universidad de Freiburg. <www.unifr.ch/dpp1/derecho_penal/articulos/pdf/Márquez_1/pdf> pág. 1.

autoría, señalando en qué casos un sujeto “se considera” autor de un ilícito, y en qué casos la conducta del individuo será sancionada penalmente a título de complicidad o encubrimiento, no obstante que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado no sea estrictamente “obra suya” sino un hecho de otro⁵². Con todo, debemos tener presente que nuestro Código data de 1874, y por ende los términos en que el legislador patrio se plantea frente al tema de la autoría y la participación no necesariamente nos permiten construir soluciones que abarquen formas de intervención delictiva cuya problemática se detecta más bien a partir de fenómenos propios de la segunda mitad del siglo XX, como la delincuencia organizada, la criminalidad en el seno de la empresa, o los delitos cometidos por medio de agentes pertenecientes a organismos del Estado organizados jerárquicamente. En otras palabras, nuestro Código no hace referencia en términos explícitos a la utilización de otro sujeto como “instrumento”, forma de autoría denominada por la doctrina como *autoría mediata*, que si bien es cierto en sus orígenes nació como una forma de cubrir lagunas de punibilidad frente hipótesis no cubiertas por la inducción, hoy en día ha cobrado importancia frente a ésta, entendiendo la doctrina que la autoría, incluyendo por cierto a la autoría mediata, prefiere a la inducción como consecuencia de la limitación de la accesoriedad, aún cuando ella también fuera posible, por ejemplo si el instrumento actúa sin culpabilidad⁵³.

Desde ya utilizaremos como definición de trabajo la siguiente: autoría mediata se refiere a aquellos casos en que un sujeto utiliza la voluntad de otra persona para materializar la conducta descrita en el tipo penal dominando totalmente el curso causal de los acontecimientos, manteniendo completo dominio del hecho, tal y como si actuara directamente. Debemos aclarar que cuando hablamos de “utilizar la voluntad” nos referimos a que el sujeto de atrás no se sirve del ejecutor inmediato como un simple objeto, como si A empuja a B para que este impacte a C, quien finalmente cae a un acantilado donde encuentra la muerte; sino que la instrumentalización del ejecutor directo por parte del sujeto de atrás requiere un mínimo de voluntariedad de parte de aquél, aunque en definitiva el ejecutor

52 A diferencia de otras legislaciones, nuestro Código Penal no dice que “son autores”, aquellos que enumera, como hace por ejemplo el Código Penal español actualmente vigente. Cualquier teoría respecto a la delimitación entre autoría y participación, sin embargo, debe considerar como punto de partida los artículos 14 a 17 del Código Penal, que consideran como responsables de un delito a los autores, cómplices y encubridores, aún cuando la mayoría de los ordenamientos penales contemporáneos excluyen el encubrimiento como forma de participación, sancionando dicha conducta como delito independiente. Vid., POLITOFF/MATUS/ RAMÍREZ. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago de Chile, 2004, págs. 392 y ss.

53 JESCHECK, H-H. WEIGEND T. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. (Trad. Olmedo Cardenete M.) 5ª edición, Granada, 2002, págs 715; JAKOBS, G. *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición, (trad. Cuello Contreras/ Serrano González de Murillo) Madrid, 1997, pág. 763.

directo no responda penalmente por obrar con error de tipo, sin culpabilidad, o amparado por una causal de justificación⁵⁴.

Ahora bien, para comprender a cabalidad la problemática en la que pretendemos situarnos debemos tener en cuenta que en ocasiones la imputación de un hecho a una persona no sólo está ligada a la relevancia de su intervención en la producción de un resultado típico, sino que a veces la ley exige una especial calidad en el sujeto activo directamente ligada a la tipicidad de la conducta, hasta el punto de que el delito simplemente no se configura si el sujeto carece del especial atributo o calidad exigido por la ley. En tal caso hablamos de *delitos especiales propios* para referirnos a aquellos en los cuales una particular calidad del agente está directamente vinculada a la propia tipicidad de la conducta, sin que exista un delito equivalente en la legislación penal ordinaria (v.gr. negociación incompatible, prevaricación, tráfico de influencias, etc.) denominando *intraneus* al sujeto calificado, y *extraneus* a cualquier otro sujeto que intervenga en el acto que carezca de aquel especial atributo o calidad exigido por el tipo penal.

Como dijimos anteriormente, en la práctica puede darse que múltiples sujetos participen de formas diversas en la comisión de un hecho punible. Así las cosas, podría ocurrir que un sujeto calificado se valga de un individuo no calificado como instrumento para cometer un delito especial, como por ejemplo, si un funcionario público solicita beneficios económicos a través de un menor de edad inimputable para ejecutar un acto propio de su cargo. En tal caso no existe mayor problema para construir un criterio de solución basado en la teoría del dominio del hecho para imputar responsabilidad al sujeto calificado “de atrás”, ya que es éste sujeto quien produce en definitiva, en forma ulterior, un resultado típico que le es perfectamente atribuible como hecho suyo. La situación inversa,

54 En la autoría mediata el instrumento generalmente no es responsable, castigándose entonces al autor real, al sujeto de atrás que domina realmente el curso de los acontecimientos, siendo el profesor Claus Roxin quien en 1963 habló por vez primera de la posibilidad de extender la autoría mediata a los supuestos en que el hombre de atrás ordena la ejecución de delitos amparándose en la estructura organizada de un aparato de poder. Vid., entre otros: ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. 7ª edición, (trad. Cuello Contreras/ Serrano González de Murillo), Madrid, Barcelona, 2000, págs. 165 y ss; JAKOBS, G. *Derecho Penal...* Cit., págs. 761 y ss; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, Valencia, 2002, págs. 450 y ss.; JESCHECK, H-H. WEIGEND T. *Tratado de Derecho Penal...* Cit., págs. 714 y ss.; POLITOFF LIFSCHITZ, S. “Cometer” y “hacer cometer”: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata. El “autor detrás del autor”. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos. In memoriam. Vol. I. ARROYO ZAPATERO/ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. (Dirs.) Cuenca, 2001, págs. 1231-1284; PÉREZ ALONSO, E.J. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*. Granada, 1998, págs. 405 y ss; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Granada, 2006, págs. 7 a 11; ROXIN, C. *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*. VV.AA. FERRÉ OLIVÉ/ ANARTE BORALLO, Eds. *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva, 1999. Págs.191-198.

sin embargo, presenta mayor dificultad para desarrollar una tesis de imputación; vale decir, que un tercero no calificado o *extraneus* se valga de un *intraneus* que actúe con error de tipo, sin culpabilidad, o amparado por una causal de justificación, para realizar actos descritos en un tipo especial, obteniendo de ese modo la producción de un resultado típico.

Estas reflexiones, creemos, resultan útiles para estudiar eventuales lagunas de punibilidad en nuestra legislación, especialmente si consideramos que algunos delitos especiales propios tienen como beneficiarios a terceros (v.gr. arts. 240, 240 bis, 247 bis CP), y por ende, en la vorágine de la casuística bien podría ocurrir que un funcionario público sea instrumentalizado por un extraneus, mediante engaño, por ejemplo, para incurrir en un hecho ilícito. La pregunta que intentamos responder a través de estas líneas es si el tercero extraño puede ser considerado autor mediato del delito especial propio, aún cuando carezca del atributo determinante para la tipificación del hecho, y aún cuando el sujeto calificado no sea plenamente responsable.

II. La autoría mediata en el ordenamiento penal chileno

Desde el punto de vista dogmático existen diferentes teorías para diferenciar la autoría de la participación. A partir de la teoría finalista de la acción, sin embargo, parece relativamente pacífico que será autor quien tenga el dominio final del hecho⁵⁵.

En efecto, la conducta u omisión de conducta subsumible en el tipo no es un proceso causal exento de objetivos, finalidades, o al menos de una cierta capacidad de control consciente por parte del autor; de ello se deduce que autor es quien tenga el dominio final del acto, es decir, control sobre si el delito se comete o no, cuándo, cómo y dónde se delinque⁵⁶.

Ahora bien, para los partidarios de las teorías objetivo-formales, resulta prácticamente imposible concebir que alguien sea autor del hecho ejecutado por otro. A partir de la teoría del dominio del hecho, sin embargo, resulta sencillo aceptar que pueda hablarse de autoría mediata para el caso de que un sujeto no realice por sí mismo el hecho punible⁵⁷, ya que el fundamento de punición radica en que el hecho delictivo es obra de la “influencia directiva” del hombre de atrás. En nuestro Código, sin embargo, no aparece tan claro el criterio diferenciador entre

55 WELZEL, H. *Derecho Penal, parte general*. 11ª edición, Santiago de Chile, págs. 53 y ss.

56 El dominio del hecho varía sin embargo dependiendo de la clase de autoría de que se trate. En el caso de la autoría directa, el dominio se verifica a través del dominio de la acción. En la coautoría el dominio del hecho es funcional, mientras que en el caso de la autoría mediata se trata de un dominio de la voluntad. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Ob. Cit., pág. 9.

57 La teoría del dominio del hecho viene así a llenar vacíos de punibilidad, esclareciendo no sólo los límites de la autoría mediata sino también de la coautoría. Cfr. MORENO Y BRAVO, E. *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo. (Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*. Madrid, 1997, págs. 53 y ss.

autoría y participación, considerando el legislador patrio como autores a sujetos que de acuerdo los postulados antes expuestos serían más bien partícipes.

En efecto, nuestro Código en su artículo 15 contempla expresamente las siguientes clases de autoría:

- a. En primer lugar la autoría directa, que constituye la regla general referida al acto que ejecuta un sujeto de modo inmediato, en forma personal (“... de una manera inmediata y directa”, indica el art. 15 Nº 1);
- b. En segundo lugar, la coautoría, que se refiere a los casos en que un sujeto interviene o toma parte en la ejecución del hecho junto con otro u otros, distribuyéndose entre todos el dominio de los acontecimientos, sea realizando personalmente actos ejecutivos o impidiendo o procurando impedir que el hecho se evite (“los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite”);
- c. En tercer lugar, el Código Penal contempla la autoría mediata en términos más bien limitados, considerando autor al sujeto que fuerza a otro a ejecutar la conducta, sea mediante el ejercicio de fuerza física o moral (“los que fuerzan... a otro a ejecutarlo”, art. 15 Nº 2)⁵⁸;
- d. Adicionalmente el Código también considera como autoría a otros comportamientos que doctrinariamente son estimados como actos de participación, puesto que suponen la intervención de un sujeto en el hecho de otro, y por ende la ausencia de control final en la realización del acto. Ellos son la inducción (15 Nº 2) y la cooperación considerada como autoría en base al concierto previo (art. 15 Nº 3).

La pregunta que viene de inmediato es si nuestra legislación permite considerar como autores casos emblemáticos de autoría mediata desarrollados por la doctrina y jurisprudencia comparada, tales como la criminalidad cometida a través de aparatos organizados de poder, donde el sujeto de atrás imparte órdenes a sujetos plenamente conscientes y capaces que sin embargo son absolutamente intercambiables como instrumentos⁵⁹. Lo cierto es que la ley penal chilena no contempla un concepto de autoría mediata; de otro lado, la exigencia de

58 Cfr. POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *Lecciones...* Cit., págs. 400 y ss. Refiriéndose en extenso a los casos de autoría mediata.

59 Tal vez uno de los postulados más importantes contenidos en la obra del profesor Claus Roxin, que permitió establecer criterios de solución frente a casos emblemáticos ocurridos en la posguerra caracterizados porque el sujeto de atrás utiliza una maquinaria organizada, a través de la cual puede cometer el delito sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor. Vid., ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho...* Cit., págs. 269 y ss. Esta tesis ha permitido en los últimos decenios resolver nebulosas de punibilidad en los delitos cometidos por miembros de organizaciones criminales, vid., DE FIGUEIREDO DIAS, J. *Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada. El Dominio de la organización*; VV.AA. FERRÉ OLIVÉ/ ANARTE BORALLO, Eds. *Delincuencia Organizada*.

“forzamiento” e inducción “directa” para considerar autor al sujeto de atrás parece restringir bastante las posibilidades de imputación al sujeto que imparta órdenes a subordinados en el seno de organizaciones criminales o amparándose en la maquinaria estatal. Sin embargo, el legislador tampoco parece excluir del todo la aplicación de la autoría mediata hacia ámbitos como los ya señalados, puesto que a diferencia de otras legislaciones, el artículo 15 no dice que “son” autores los que enumera en dicha norma, sino que los “considera” como tales, quedando entregada la delimitación del concepto de autor del artículo 14 N° 1, en definitiva, al desarrollo de la dogmática. Ahora bien, la doctrina nacional parece inclinarse por reconducir la mayoría de los casos que la doctrina comparada considera como autoría mediata a la inducción contenida en el artículo 15 N° 2⁶⁰; sin embargo, creemos que dicho criterio de solución presenta imperfecciones, puesto que la inducción es y seguirá siendo intervención en el hecho ajeno, y por ello el inductor siempre carecerá del control o dominio del hecho, a diferencia del autor mediato que controla totalmente la acción del autor ejecutor, a través de su influencia directiva sobre la voluntad de este.

III. ¿Puede existir comunicabilidad de los atributos fundantes del injusto al extraneus autor mediato de un delito especial propio?

Como dijimos en su oportunidad, cuando el sujeto de atrás es un intraneus que se vale de un tercero no calificado que actúa sin dolo, sin culpabilidad o amparado por una causal de justificación, no existe mayor inconveniente para considerar que se tipifica a su respecto un delito especial propio, puesto que el dominio del hecho recae en el sujeto de atrás, que cuenta con el especial atributo exigido por la ley para tipificar el ilícito. En estricto sentido no existe en este caso un problema de comunicabilidad, puesto que los atributos recaen en el sujeto activo mediato y el ejecutor material directo no se verá afectado por estas circunstancias especiales ya que no responde penalmente.

La situación inversa genera, sin embargo, un obstáculo que a priori parece insalvable, cual es que el sujeto que tiene el dominio del hecho carece del atributo o calidad especial exigido por la ley para cometer el ilícito, resultando imposible que vulnere los deberes y prohibiciones que la ley establece respecto del intraneus, los cuales están implícitos en la propia tipificación. Sobre el particular, autores como Rodríguez Collao y Ossandón Widow opinan que la sanción al extraneus en estos casos resulta impedida por el principio de legalidad, pues la propia ley ha exigido una calidad especial en el sujeto activo del delito⁶¹. Ilustremos lo expresado a través de dos ejemplos:

-
- Cit., págs. 99 y ss. En el mismo libro colectivo, MUÑOZ CONDE, F. *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Delincuencia organizada*, Cit., págs. 151 y ss.
- 60 ETCHEBERRY, A. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II, Santiago de Chile, 1998, págs. 97, 98; POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *Lecciones...* Cit., pág. 423.
- 61 RODRÍGUEZ COLLAO, L.; OSSANDÓN WIDOW, M. *Delitos contra la función pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*. Santiago de Chile, 2005, pág. 142.

- a. El sujeto A es juez de la República, quien por su edad relativamente avanzada (60) no sabe utilizar herramientas de búsqueda de legislación actualizada en internet. El Juez A necesita acceder al texto actualizado de la ley X para fallar un pleito civil. El sujeto B se desempeña como oficial 4º del tribunal y como tiene conocimientos de computación, a sabiendas ofrece al juez A obtener el texto actualizado de la ley X. Sin embargo, B está coludido con una de las partes en litigio y adultera el texto de la ley para obtener una sentencia favorable a sus intereses. Posteriormente el juez A falla el pleito en base al texto legal adulterado por B, dictando una sentencia contra ley expresa y vigente en causa civil.
- b. El sujeto A es citado a practicarse examen de sangre para determinación de paternidad. Afligido por la situación habla con su amigo B, con quien tiene gran parecido físico, para que éste concurra a extraerse sangre en su lugar. De tal manera B concurre al despacho del médico legista C haciéndose pasar por A, y presta su sangre para el examen en su lugar, firmando las correspondientes actas de toma de muestra y boleta de examen de paternidad. En definitiva, A y B logran, mediante engaño, que el médico legista C extienda documentos públicos e informes oficiales falsos ideológicamente, suponiendo la participación de una persona que no ha intervenido realmente en el acto.

En los ejemplos propuestos el Juez A y el Médico legista C tienen una cualidad especial en cuanto servidores públicos, que se traduce en un especial estatuto de deberes y prohibiciones. Cabe preguntarse entonces si los sujetos no calificados que se encuentran detrás del autor material no doloso responden o no penalmente, puesto que si bien es cierto tienen el dominio del hecho, sin embargo carecen del atributo especial exigido por la ley para configurar a su respecto el delito de prevaricación (art. 223 CP), y en el otro caso el delito de falsificación ideológica de documento público (art. 193 Nº 2 CP). Debemos tener en cuenta que en los ejemplos dados, el sujeto calificado incurre en el ilícito en base a error de tipo procediendo mediante engaño del sujeto “de atrás” (aunque probablemente en el caso del Juez con negligencia inexcusable. Volveremos sobre ello en un momento posterior).

Como sabemos, la doctrina nacional aborda el problema de la pluralidad de intervinientes en los delitos de sujeto activo calificado que no tienen equivalente en un delito común, intentando despejar si respecto del tercero extraño se “comunican” las circunstancias modificatorias y elementos típicos que determinan, precisamente, el título de imputación penal.

La comunicabilidad tiene regla expresa en el artículo 64 del Código Penal, al menos en lo que se refiere a las circunstancias modificatorias de responsabilidad, agravantes o atenuantes. En términos muy sencillos, aquellas circunstancias que tengan un carácter objetivo se comunican a todos los partícipes, mientras que aquellas que tengan un carácter personal o subjetivo, sólo afectan o benefician al sujeto en quien concurren. El mismo principio puede aplicarse respecto de las causas de antijuridicidad e inculpabilidad. Sin embargo, el asunto no es tan

claro cuando se trata de dilucidar la comunicabilidad o incommunicabilidad de elementos constitutivos del tipo penal.

Ante todo debemos tener claro, siguiendo a Novoa, que tratándose de delitos especiales propios resulta imposible partir o dividir el título de imputación, ya que la conducta no tiene un equivalente en los delitos ordinarios⁶². Así, la conducta será delito o no lo será respecto del extraneus, pero no podemos concluir que su conducta pueda ser calificada jurídicamente como un delito distinto. Ahora bien, la doctrina nacional está dividida frente a la posibilidad de extender o comunicar al tercero extraño los elementos constitutivos del tipo penal para hacerlo responder bajo el mismo título que al sujeto calificado. En términos generales podemos decir que la mayoría de los autores nacionales, bajo diversos argumentos, se inclina por aceptar la comunicabilidad del título de imputación penal en los delitos especiales propios a los extraneus que participan en el hecho punible de un sujeto calificado, aunque no como autores directos o coautores, sino como inductores, cómplices o encubridores⁶³.

Este criterio de solución ha sido aplicado también por nuestra jurisprudencia reciente, destacando algunos fallos de la Corte Suprema tales como: sentencia de fecha 18/01/2007 causa Rol 363-2006 contra Salas Wenzel y otros, donde nuestro tribunal supremo aborda expresamente el problema de la comunicabilidad del título de imputación penal en delitos especiales propios en base al art. 64 del Código Penal, señalando que las reglas que contempla dicha norma “*son amplias y no se aplican solamente a circunstancias independientes del tipo penal*”, sosteniendo en definitiva la comunicabilidad del título de imputación a los extraneus “*porque es el único título posible y el extraño (extraneus) no puede ser coautor ejecutor, pero sí puede ser inductor o cómplice*”. Igual criterio de solución siguió la Corte Suprema en el conocido caso “Dávila”, en sentencia de fecha 16/10/2006 causa Rol 5419-2003, al rechazar recursos de casación interpuestos por la defensa impugnando el criterio de la “comunicabilidad”. El mismo criterio se observa en reciente fallo de la Corte Suprema en sentencia de fecha 19/05/2008 causa Rol 2321-07 contra el ex Ministro de Obras Públicas Carlos Cruz Lorenzen y otros.

En el pensamiento de la doctrina nacional y en los razonamientos de la Corte Suprema en los fallos indicados, parece estar implícita la tesis dominante ya en la época en que el profesor Claus Roxin escribió su conocida obra *Täterschaft und Tatherrschaft* en 1963, según la cual a partir de la propia “naturaleza de las

62 NOVOA MONREAL, E. *Curso de Derecho Penal chileno. Tomo II*. 2ª edición reimpresión, Santiago de Chile, 1985, pág. 251 y ss. En contra, CURY URZÚA, E. *Derecho Penal. Parte general*. 8ª edición, Santiago de Chile, 2005, págs. 644-645.

63 NOVOA MONREAL, E. *Curso de Derecho Penal...* Cit., págs. 251 y ss; ETCHEBERRY, A. *Derecho Penal...* Cit., pág. 81 y ss; POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *Lecciones...* Cit., pág. 420, 421; GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II, 4ª edición, Santiago de Chile, 2005, págs. 430 y ss.; CURY URZÚA, E. *Derecho Penal*. Cit., págs. 646, 647. En contra, RODRÍGUEZ COLLAO/ OSSANDÓN WIDOW. *Delitos contra la función pública...* Cit., pág. 128, 129.

cosas” resulta absurdo admitir participación en un hecho principal no doloso, toda vez que la autoría presupone el dominio del hecho y por consiguiente la participación es cooperación sin dominio del hecho. Así las cosas, el extraneus sólo puede ser partícipe (inductor o cómplice) en el hecho doloso de un intraneus. Posteriormente se caracterizó la intervención del partícipe no como cooperación sin dominio del hecho sino intervención “sin infracción de deber especial”, admitiéndose la posibilidad de que un tercero extraño produzca el resultado típico aún sin vulnerar el deber especial, pero siempre considerándolo como partícipe en el hecho de otro. Así por ejemplo, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) estimó como inductor, aún cuando al inducido le faltaba el dolo, al hecho de un extraneus que determinó a un médico a quebrantar el secreto profesional, haciéndole creer que se trataba de una petición de información del Colegio Profesional⁶⁴.

Para los casos que intentamos resolver a través de estas líneas, sin embargo, la comunicabilidad a la que se refiere la doctrina y jurisprudencia nacional no tiene cabida, puesto que opera sobre la base de una actuación dolosa del sujeto calificado, en conjunto con uno o más terceros extraños. En otras palabras, según puede deducirse del tratamiento nacional sobre la materia, el título de imputación sólo se comunica siempre y cuando el tercero no calificado actúe como inductor, cómplice o encubridor, mas no como autor directo, ni como coautor, y menos como autor mediato.

El problema está lejos de ser puramente terminológico, ya que tal como hemos venido sosteniendo, en los casos que intentamos resolver, el dominio del hecho lo tiene en forma exclusiva el sujeto “de atrás” que carece de los atributos exigidos por la ley para configurar el delito. De tal manera resulta absolutamente incongruente considerarlo inductor o cómplice, ya que los partícipes no tienen el dominio del hecho, y por ende la conclusión a la cual deberíamos arribar es que su comportamiento en los ejemplos propuestos resulta impune.

La cuestión está lejos de ser un tema pacífico en la doctrina comparada y creemos que tampoco ha sido suficientemente abordado por la Dogmática nacional. Sin embargo queremos resaltar algunos razonamientos que creemos deben tenerse en cuenta como punto de partida para intentar esbozar alguna respuesta frente al problema.

Como indica Roxin, el fundamento del castigo a los extraneus en los delitos especiales reside en que éstos también son capaces de lesionar el bien jurídico. En efecto, si el comportamiento de un extraneus no tuviera capacidad para lesionar el bien jurídico ni siquiera podría haber partícipes no cualificados⁶⁵. Entre nosotros, este planteamiento fue esbozado en su oportunidad por Novoa, quien señala que la comunicabilidad de los elementos del tipo a los demás participantes que no reúnen las cualidades que ese tipo exige reside también en la protección de bienes

64 ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho...*Cit., págs. 398, 401, 402.

65 ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho...*Cit., pág. 405, siguiendo a LANGE, y FRANZHEIM.

jurídicos de gran valía social. En el caso de los tipos delictivos de empleados públicos, el recto funcionamiento de la Administración Pública es susceptible de ser ofendido por quienes integran dicha Administración, pero también por quien, sin pertenecer a ella, coopere con los ofensores principales⁶⁶.

Como hemos sostenido en otras oportunidades, los denominados delitos funcionarios no afectan solamente a la probidad administrativa en cuanto deber de fidelidad del sujeto activo a los códigos de conducta propios de su cargo o función pública y la preeminencia del interés general por sobre el particular, sino que el bien jurídico tutelado en esta clase de delitos es el correcto ejercicio de la función pública, que básicamente consiste en la función de prestación a los ciudadanos por parte de los órganos públicos en base a la Constitución y a la ley⁶⁷. Este bien jurídico no solamente puede ser lesionado por funcionarios públicos, sino también por particulares, de otro modo no se entiende por qué nuestro legislador contempla también a ciudadanos particulares como eventuales sujetos activos de delitos funcionarios (vgr., cohecho, art. 250 CP).

Ahora bien, en la autoría mediata el fundamento de la responsabilidad del sujeto de atrás radica en que este tiene el control o dominio total del hecho punible, y por ende el sujeto detrás del autor tiene pleno conocimiento no sólo de las circunstancias del tipo objetivo sino de todas las características de la conducta típica, incluyendo por supuesto la capacidad de la conducta desplegada por el instrumento para lesionar o poner en peligro un concreto bien jurídico tutelado. Tengamos presente que desde hace ya bastante tiempo la decisión de un sujeto de actuar “contra un bien jurídico” ha sido considerada por la doctrina como un criterio para construir la definición general de dolo, para resolver el problema del dolo eventual, e incluso para justificar el castigo de los delitos dolosos⁶⁸. Pues bien, convengamos entonces en que la capacidad de un extraneus para lesionar el bien jurídico protegido por un delito especial constituye fundamento para justificar su castigo, y nada obsta a considerar que dicha capacidad de lesión al bien jurídico puede operar incluso si el intraneus no es plenamente responsable.

Esta noción puede entreverse en el planteamiento de Garrido Montt, cuando sostiene que los partícipes responderán considerando el dolo de su particular acción; de tal manera, si el cómplice de aquel que mata a su padre conocía el vínculo de parentesco, entonces responderá por delito de parricidio, ya que en

66 NOVOA MONREAL, E. *Curso de Derecho Penal chileno...* Cit., págs. 254, 255. En contra, CURY, E. *Derecho Penal*. Cit., pág. 645.

67 Vid., nuestro artículo “Anotaciones sobre la legislación penal sustantiva y procesal chilena referida al fenómeno de la corrupción”. VV.AA. RODRIGUEZ GARCÍA/FABIÁN CAPARRÓS/ CONTRERAS ALFARO (Coords.). *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho*. Santiago de Chile, 2005, págs. 416 y ss.

68 RAGUÉS I VALLÈS, R. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona, 1999, págs. 112, 113.

esta conducta hay un mayor desvalor, criterio que en su concepto vale para la generalidad de las figuras calificadas y especiales⁶⁹.

Con lo expuesto queda demostrado que un extraneus puede lesionar el bien jurídico tutelado en las figuras especiales. Indiscutiblemente puede lesionarlo como cómplice o como inductor, mas ¿puede lesionarlo como autor directo, como coautor o como autor mediato? La respuesta no es sencilla, y requiere profundizar en el análisis de una manifestación de la teoría de los actos propios en el ámbito penal, que los autores alemanes denominan *Prinzip der Eigenverantwortlichkeit* o principio de la propia responsabilidad, que sencillamente consiste en que sólo podemos incurrir en responsabilidad penal por el hecho punible propio, mas no por el acto ajeno. Esta afirmación que parece tan simple, sin embargo, encuentra complejas excepciones en el ámbito de la autoría y participación. Sin ir más lejos la complicidad supone necesariamente una contribución accesoria en el hecho punible cometido por otro. De igual forma, la autoría mediata supone una excepción al principio de que nadie puede responder penalmente por el hecho ajeno⁷⁰, puesto que el sujeto de atrás incurre en responsabilidad penal a pesar de que no ejecuta por propia mano el hecho punible, sino que dicha ejecución recae en lo inmediato en el comportamiento de otro (el instrumento).

Pues bien, ocurre que precisamente se puede llegar a responder penalmente como autor del hecho de otro por tener el dominio de ese hecho ajeno, y en tal caso el sujeto de atrás responde como autor mediato del delito cometido por el instrumento aunque carezca de ciertos atributos exigidos por la ley para incurrir personalmente en la conducta ilícita. La explicación de ello radica en que el sujeto de atrás se sirve del ejecutor directo como una verdadera herramienta, prevaleciéndose de sus atributos para lesionar al bien jurídico. Así, por ejemplo, el sujeto que padece de una disfunción eréctil permanente y que fuerza a otro a violar a una mujer, incurre en el delito de violación, aunque le sea imposible cometerlo personalmente. De igual forma una mujer que fuerza a un hombre a violar a otra mujer, también comete el delito de violación aunque le sea imposible ejecutarlo por propia mano. En otras palabras, la utilización de otro como instrumento incluye también el poder valerse de los atributos de ese ejecutor directo, y por lo tanto, lo que corresponde en Derecho es penalizar al hecho cometido por el instrumento con todas sus características típicas y los atributos o calidades de quien lo comete, pero con la salvedad que el sujeto que responderá de ese delito será el tercero que domina la voluntad del ejecutor directo como si actuara en su lugar.

Conforme a lo que venimos exponiendo, opinamos que la instrumentalización del intraneus por parte del sujeto de atrás no cualificado que domina el hecho,

69 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II, 4ª edición, Santiago de Chile, 2005, págs. 432, 433.

70 Vid., HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. *La autoría mediata en Derecho Penal*. Granada, 1996, pág. 228-229. En contra, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E. *La autoría mediata...*cit., pág. 27, siguiendo al profesor BOLEA BARDÓN, según quien, al autor mediato se le imputa la realización típica propia y en ningún caso una conducta ajena.

es fundamento de la comunicabilidad de los atributos de aquel al extraneus, incluyendo el título de imputación. No es óbice para que opere dicha comunicabilidad la circunstancia de que en definitiva el ejecutor directo no responda penalmente por obrar con error de tipo o sin culpabilidad, ya que en la autoría mediata es el sujeto de atrás quien responde en definitiva por el hecho del ejecutor material cualificado, tal como si lo hubiere ejecutado por propia mano, con todas sus características típicas.

No siendo posible “dividir” el título de imputación, teniendo el extraneus la capacidad de lesionar el bien jurídico tutelado y encontrándose cubiertas por el dolo del hombre de atrás todas las características de la conducta típica, sólo cabe concluir que el extraneus debe responder bajo el mismo título de imputación del cual respondería el ejecutor directo si actuara dolosamente. A su vez, teniendo el hombre de atrás el dominio pleno del hecho, este debe ser considerado autor mediato, y no inductor ni cómplice, ya que ambas formas de participación suponen carecer del dominio total del hecho.

Siguiendo la lógica de nuestros planteamientos, el extraneus jamás podrá, sin embargo, lesionar el bien jurídico tutelado interviniendo como autor directo, pues en tal caso regirá plenamente el principio de la propia responsabilidad, según el cual sólo podemos incurrir en responsabilidad penal por el hecho propio. En otras palabras, aunque suene de perogrullo, la comunicabilidad exige concurrir en el acto con otro sujeto “susceptible de comunicar sus atributos”, aunque este sea utilizado como simple instrumento. Una persona que carezca de los títulos o calidades exigidos por la ley, si actúa en solitario, carece por completo de la capacidad para lesionar el bien jurídico tutelado en los delitos especiales propios. Por las mismas razones también resulta problemático concluir la comunicabilidad si el extraneus incurre en la conducta interviniendo en calidad de coautor, ya que dicha forma de autoría implica compartir el dominio del hecho con un sujeto plenamente responsable, en sus respectivas parcelas exclusivas, y dicha forma de actuación es incompatible con el hecho de que el extraneus no tenga el atributo exigido por la ley, o no se prevalga del mismo mediante la utilización del intraneus como instrumento.

IV. A modo de conclusión

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, estimamos que la estructura de la imputación en la autoría mediata permite fundamentar la comunicabilidad de los atributos del intraneus al sujeto no calificado que se vale de aquel como instrumento, lo cual se traduce en que el tercero no calificado responderá bajo el mismo título de imputación del cual respondería el instrumento si su actuar fuera doloso. En los casos que propusimos como ejemplo, por lo tanto, los sujetos no calificados responderán como autores mediatos de prevaricación y en su caso del delito de falsedad ideológica de instrumento público. Sin embargo este criterio de solución podría implicar problemas de proporcionalidad en la sanción que en definitiva se aplique, puesto que el rigor con el que será castigado el extraneus en principio será el mismo con el que sería castigado el intraneus. Al

respecto, sin embargo, la amplitud de las reglas para la determinación de la pena contempladas en el Código Penal permiten al sentenciador regular la sanción del tercero no calificado en términos de velar por su adecuación proporcional a la gravedad del injusto, puesto que, en cualquier caso, el extraneus no tiene la obligación de respetar el conjunto de deberes y prohibiciones que le es exigible al sujeto calificado⁷¹.

No obstante queda un problema por resolver, cual es que en el primer ejemplo que propusimos, señalamos que el intraneus podría haber incurrido en negligencia inexcusable, y por lo tanto el sujeto calificado podría tener responsabilidad en un cuasidelito o delito culposo de prevaricación (art. 225 CP).

Pues bien, determinados delitos especiales se penalizan también en versión culposa o imprudente, como el referido delito de prevaricación, la malversación (art. 234 CP) o el quebrantamiento de sellos (art. 243 inciso 2º CP). En tales casos, no es posible hablar de instrumentos que obran con imprudencia, puesto que la imprudencia está expresamente sancionada y la autoría mediata cesa en el mismo momento en que se concluye que el instrumento es plenamente responsable. Por otro lado la infracción al deber de cuidado es estrictamente personal, resultando en definitiva que la imprudencia, por su propia estructura lógica, parece no conciliar con la idea de un control de voluntad, en el que se fundamenta la autoría mediata.

71 Sobre este particular, autores como RODRÍGUEZ COLLAO/ OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública...* Cit., pág. 129, han propuesto adoptar en nuestra legislación criterios de atenuación obligatoria de la responsabilidad del extraneus, como los contemplan otros ordenamientos jurídicos como el pgf. 28.I StGB, o el artículo 63.5 del Código Penal español de 1995.

PROYECTOS DE LEY VINCULADOS A LA LUCHA EN CONTRA DE LA CORRUPCIÓN

Hernán Fernández Aracena⁷²

Durante el primer semestre de 2008 han ingresado al parlamento cuatro proyectos de ley que resultan de interés para la especialidad. El primero es una moción parlamentaria⁷³ que aumenta el plazo de prescripción de algunos delitos de corrupción. El segundo⁷⁴ y tercero⁷⁵ introducen modificaciones al Código Penal en la regulación de algunos delitos contra la administración pública. El cuarto es un mensaje⁷⁶ de la Presidente de la República mediante el cual se adecúa la legislación interna a las observaciones y sugerencias efectuadas a Chile por la OCDE, para implementar la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

A continuación haremos una breve referencia a los tres primeros proyectos de ley, dejando para una próxima edición y dada la extensión del proyecto, al vinculado a las observaciones efectuadas a Chile por la OCDE.

a) Moción que aumenta plazos de prescripción a delitos de corrupción.

Se fundamenta el proyecto en los casos de corrupción que en el último tiempo ha conocido el país y teniendo presente que recursos del Estado han sido usados para satisfacer “intereses particulares o partidistas”, y considerando que uno de los “escollos” más recurrentes que impide castigar a los “culpables” es la prescripción de la acción penal.

Se citan algunos ejemplos de derecho comparado, en los cuales se contemplan plazos de prescripción más amplios para los delitos cometidos por funcionarios públicos, como ocurre en el Ecuador (artículo 121 de su Carta Fundamental), Puerto Rico, Venezuela, Guatemala y Perú.

Termina citando la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho a Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, que en

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

73 Moción ingresada el 8 de mayo de 2008 de los Diputados Germán Becker, Mario Bertolino, Roberto Delmastro, Pablo Galilea, Rene García, Amelia Herrera y Alfonso Vargas. Boletín N° 5865-07.

74 Moción ingresada el 16 de enero de 2008 de los Diputados Jorge Burgos, Juan Bustos, Guillermo Ceroni y Nicolás Monckeberg. Boletín N° 5725-07.

75 Moción ingresada el 22 de enero de 2008 de los Senadores Alberto Espina, Hernán Larraín, Evelyn Matthei y Víctor Pérez. Boletín N° 5746-07.

76 Mensaje de S.E. el Presidente de la República ingresado el 1 de abril de 2008. Boletín N° 5782-07.

su artículo 29 dispone que cada Estado Parte establecerá “*un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención*”.

Concretamente se propone incorporar un nuevo artículo, el 260 bis, que dispondría:

“260 bis: La acción penal respecto de los delitos de malversación de caudales públicos, cohecho, enriquecimiento ilícito, fraudes, exacciones ilegales, negociación incompatible, y todo otro delito que signifique perjuicio al patrimonio del Estado, cometido por las personas señaladas en el artículo anterior, incluidos los que trabajen en o para empresas del Estado, prescribirá en diez años. Esta prescripción se suspende mientras el imputado permanezca o haya permanecido en las funciones o cargos públicos señalados en el artículo anterior. En el mismo plazo de diez años prescribirán las penas impuestas por sentencia ejecutoriada en los delitos referidos en este artículo”.

De la manera en que se ha redactado esta moción, el aumento del plazo de prescripción a 10 años sería sólo aplicable a los delitos contemplados en los artículos 233 a 237, 239 a 241 bis y 248 a 250 bis A. Por lo tanto, quedan fuera otras categorías de delitos también contempladas en el título V, como son las prevaricaciones, la violación de secretos o los abusos en contra de particulares.

Se trataría en consecuencia de una modificación orientada a los delitos de corrupción que tienen preferentemente un impacto económico para el Estado. Sin embargo, el proyecto trae aparejada otra limitación: que el sujeto activo del delito sea un funcionario público, descartando todos aquellos ilícitos que son cometidos por particulares y que pueden acarrear consecuencias económicas para el Fisco, como sucede en la estafa del artículo 470 N° 8, o en los delitos funcionarios si seguimos la teoría de la comunicabilidad recientemente acogida por la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema⁷⁷ tanto para los delitos especiales, propios e impropios.

Además, y lo que sí preocupa, es que al referirse al sujeto activo en su calidad de funcionario público se remite correctamente a la definición del artículo 260 del Código Penal, pero se agrega una frase que puede inducir a error o confusión cuando el proyecto señala que dentro de los funcionarios públicos deben entenderse “incluidos los que trabajen en o para empresas del Estado”. Esa frase daría a entender que los funcionarios de las empresas del Estado no estarían incluidos en el concepto de funcionario público del citado artículo 260.

Sin embargo, el concepto de funcionario público del artículo 260 se ha entendido que tiene un carácter amplio y funcional, en el sentido que cualquier persona que desempeñe una función pública en un organismo del Estado será funcionario público a los efectos penales sin importar la naturaleza de su vínculo con

77 Sentencia de la Excma. Corte Suprema de 19 de mayo de 2008, en causa seguida contra Carlos Cruz y otros, Rol de ingreso N°2321-2007, considerando 14°, y Sentencia de la Excma. Corte Suprema de 16 de octubre de 2006, en causa seguida contra Juan Pablo Dávila y otros, Rol de ingreso N°5419-2003, considerando 18°.

el Estado. La jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores avala lo antes indicado, ya que se ha pronunciado expresamente en ese sentido respecto a funcionarios de empresas estatales como ENAMI, CODELCO, Banco del Estado, CORFO o EFE⁷⁸.

De manera que una indicación en el sentido propuesto, más que ser un aporte, podría resultar ser una norma que permita restringir la interpretación que se está dando del artículo 260 del Código Penal.

Otra crítica que puede recibir este proyecto es aquella que dice relación con el quiebre de un sistema, que es el contemplado en el artículo 94 del Código Penal, que sólo distingue para fijar los plazos de prescripción por categorías generales de delitos. Siempre resulta conflictivo y complejo establecer reglas especiales para determinados ilícitos, dificulta su aplicación y genera resistencias a su imposición.

La idea aparece atractiva, tener un plazo mayor de prescripción en delitos de corrupción de contenido económico, pero parece que la solución no resulta adecuada técnicamente. ¿Cuál sería la alternativa para alcanzar el mismo objetivo? Parece que lo fundamental es elevar las penas privativas de libertad de estos ilícitos, lo que a nuestro juicio es la raíz del problema al que intenta atacar la moción parlamentaria⁷⁹.

Actualmente este proyecto se encuentra en el primer trámite constitucional, sin urgencias, pendiente de informe en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados.

b) Moción que Introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la administración pública.

En los prolegómenos del proyecto, los autores discurren acerca de que la Corrupción sería consubstancial a la condición misma de ser humano, un flagelo inherente a la civilización de nuestro tiempo, y que su erradicación total sería prácticamente imposible. Para ellos la solución a la corrupción consistiría en acotarla a “márgenes mínimos tolerables”.

También se exploya acerca de los efectos nocivos de este fenómeno desde el punto de vista económico; recuerda la íntima relación entre corrupción y estancamiento económico. Desde el ámbito político, destacan que la corrupción “resquebraja la legitimidad de las instituciones estatales, debilita el sistema democrático y genera desconfianza en los ciudadanos”.

78 A modo ilustrativo se pueden ver fallos en este sentido en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LVII N° 1, 1960, sec. IV Pág.1; *Revista Fallos del Mes* N° 43, Junio 1962, Pág. 114.; *Revista Fallos del Mes* N° 42, mayo 1962, Pág. 88; y las sentencias citadas en anterior nota al pie, referidas al Caso Codelco-Dávila y al caso MOP-Gesys.

79 Ver *El nivel de las penas de la corrupción económica*, en Boletín Unidad Especializada en Delitos Funcionarios N°6, página 51, segundo semestre del año 2007.

Aluden, además, a que la experiencia a nivel internacional demostraría que *“los caminos para enfrentar este problema deben ser múltiples y basados en planes de largo plazo”*, de forma que no debe sólo confiarse en la represión penal, ello sería *“un error de perspectiva, porque con la creación de nuevos tipos penales o con el endurecimiento de los existentes, sin la implementación de programas preventivos, sólo generaría una respuesta simbólica”*. Sin embargo, luego, sin mayores explicaciones se propone aumentar las penas en una serie de delitos.

En concreto, lo que se plantea por esta moción es “reformular la penalidad de ciertos delitos contra la función pública”, realizando modificaciones en cuatro aspectos:

i.- En relación al fraude al Fisco.

Se busca aplicar al delito de fraude al Fisco el mismo criterio de penalización utilizado en las malversaciones (en la moción se señala erróneamente “defraudaciones”), aplicando penas diferenciadas según el monto comprometido.

Por ello, se modifica el artículo 239 del Código Penal y al igual que en el artículo 233, aplica penas privativas de libertad que van desde el presidio menor en su grado medio hasta el presidio mayor en su grado mínimo.

Las multas van desde 5 UTM hasta 15 UTM, eliminando la referencia a porcentajes del perjuicio causado (que en el actual 239 van del 10% al 50% del monto del perjuicio causado). Si bien tener una multa con mayor certeza es un avance, en el caso de grandes defraudaciones el monto que se establece en el proyecto puede resultar mínimo y simbólico.

Respecto a la pena privativa de derechos, la moción no innova, ya que en cualquiera de las situaciones aplica la pena de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio. Llama la atención que los autores de esta moción también son redactores de otro proyecto que se encuentra en segundo trámite constitucional⁸⁰, y que busca reemplazar en los artículos 239 y 240 del Código Penal las expresiones *“inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio”* por *“inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo”*. Ambos proyectos no son coherentes ni compatibles.

ii.- Aumentar la pena asignada al delito de negociaciones incompatibles.

Se modifica el artículo 240 del Código Penal estableciendo un nuevo rango superior de la sanción, quedando la pena aplicable entre el presidio menor en su grado medio y el máximo.

En la práctica, y tratándose por ejemplo de una persona que no tiene antecedentes penales (lo cual es muy común, pues los funcionarios públicos para mantener sus cargos no pueden estar condenados por crímenes o simples delitos), la diferencia es casi nula; con el actual 240 se le podría aplicar una pena entre 541 y 818 días, y con la modificación, entre 541 días y 3 años. Como se ve un pequeño

80 Moción ingresada el 6 de junio de 2007 de los Diputados Jorge Burgos, Juan Bustos, y Renán Fuentealba. Boletín N° 5097-07.

aumento de penalidad, teniendo presente la tendencia de nuestros Tribunales de aplicar las penas en su mínimo.

iii.- Aumentar las penas asignadas a las figuras del delito de cohecho.

Se modifican los artículos 248, 248 bis, 249, 250 y 250 bis A, todos del Código Penal.

En el caso del cohecho pasivo del artículo 248 se agrega una pena privativa de libertad que antes no tenía esta modalidad, sancionándolo con reclusión menor en su grado mínimo.

En el caso del cohecho pasivo del artículo 248 bis inciso primero, se amplía el rango superior de la pena privativa de libertad, estableciendo la sanción de reclusión menor entre sus grados mínimo a máximo. Como señalamos anteriormente, parece un pequeño aumento de penalidad. En este caso, para que se trate de una elevación efectiva de la penalidad, se debería modificar el rango inferior de la misma.

En el caso del artículo 249, la moción modifica sólo su inciso segundo, agregando las palabras “a máximo”. Con ello se comete un grave error. Dado que en el artículo 249 lo que se sanciona básicamente es un cohecho para cometer otro delito, y por ello, existiendo normas de concurso que aplicar, resuelve el tema mediante su inciso segundo que tiene una regla de penalidad que busca establecer una sanción mínima privativa de libertad para el funcionario que incurre en la conducta tipificada. Ese mínimo no puede ser un rango de penalidad que oscile entre presidio menor en su grado medio a máximo, como se propone con la moción.

En el caso del cohecho activo o soborno del artículo 250, se intenta ser coherente con las penas establecidas para el cohecho pasivo, pero no se logra totalmente, pues si el soborno fue para obtener del funcionario que incurra en las conductas tipificadas en el artículo 248, mientras el funcionario ahora tendría una pena de presidio menor en su grado mínimo, el sobornante sólo sería castigado con penas de multa e inhabilitación.

Respecto al cohecho a funcionario público extranjero, sólo modifica el inciso segundo del artículo 250 bis A, que sanciona al que consintiere en dar los beneficios indebidos a que se alude en el inciso primero con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio. Se aumentó nuevamente el rango superior de la sanción.

iv.- Aumentar las penas asignadas en el delito de tráfico de influencias.

Dada la referencia del artículo 240 bis a las penas de la negociación incompatible, la modificación del artículo 240 lleva consigo un aumento de pena de este delito. También sucede lo mismo con la modificación que se realiza al inciso primero del artículo 248 bis, que acarrea por ende la elevación de la pena del inciso segundo.

En el caso del tráfico de influencias del 240 bis, se trataría de una pena compuesta, de reclusión menor en su grado medio a máximo; y en la figura del 248 bis inciso segundo, de reclusión menor en sus grados mínimo a máximo.

Actualmente este proyecto se encuentra en el primer trámite constitucional, sin urgencias, pendiente de informe en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados.

c) Moción que modifica artículos del Código Penal relativos a delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración del Estado.

Entre los fundamentos de esta moción está el garantizar una debida protección de la imparcialidad y honestidad que debe imperar en el desempeño funcionario y ello significa según los Senadores sancionar con rigurosidad toda conducta corrupta, y creen necesaria una “política criminal disuasiva de tales acciones” y por tanto, junto con la sanción administrativa, “debe también ser rigurosa en la sanción penal aplicable al efecto”.

Sostienen que la tipificación actual de las conductas de exacción ilegal, aplicación pública diferente y fraude al Fisco parecen “insuficientes desde el punto de vista de la pena asignada al delito, por lo que se hace necesario modificar tales penas aumentándolas”.

i.- Respecto a la exacción ilegal del artículo 157 del Código Penal.

Se propone que se “termine con la distinción entre la actuación con ánimo de lucro o sin este, de tal suerte que sólo baste que el empleado público exigiere sin derecho una contribución o servicio personal para que satisfaga los requerimientos del tipo”, modificando asimismo la pena imponiéndose una que afecte la libertad personal.

El articulado propuesto castiga la exacción ilegal con presidio menor en su grado mínimo a medio e inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualesquiera de sus grados y aumenta la multa a un tope de 20 UTM.

ii.- Respecto a la aplicación pública diferente.

Sustituye la actual sanción del artículo 236 del Código Penal que sólo es privativa de derechos, por otra privativa de libertad de “presidio menor en su grado mínimo”. Sin embargo, no afronta la principal dificultad que coloca esta figura penal que dice relación con el requisito de la “arbitrariedad”, el que ha sido entendido por la Doctrina y la Jurisprudencia como “*aquella conducta del funcionario que actúe antijurídicamente y por mero capricho*”⁸¹, sin razones que avalen su decisión, siendo lo determinante para la configuración del tipo que la diversidad del fin no tenga un fundamento que emane de la razón, de modo

81 Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena, en *Delitos contra la Función Pública*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, junio de 2005, página 395.

que si existe una razón deja de concurrir el elemento arbitrariedad, y ello es lo que generalmente sucede en la práctica.

iii.- Respecto al fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal.

Atendida la reiteración de investigaciones relevantes por este delito, los parlamentarios entienden que es una necesidad fortalecer y perfeccionar ese tipo penal en tres materias: *“aumento de la pena, creación de una circunstancia agravante cuando el sujeto activo del delito sea un funcionario de nombramiento exclusivo del Presidente de la República y... solucionar el problema de comunicabilidad... cuando son copartícipes de este delito empleados públicos y particulares”*.

Se propone una pena única privativa de libertad, la de presidio menor en su grado máximo, y se eleva la multa a una única cifra equivalente al 50% del perjuicio causado, manteniendo la inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio.

Se crea una agravante como inciso final del artículo 239 en los siguientes términos: *“Será circunstancia agravante que el empleado público sea funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República”*. Con ello se están refiriendo entre otros a Ministros de Estado, Intendentes y Gobernadores. Desde el punto de vista técnico, siempre parece complejo romper el esquema general y sistemático de atenuantes y agravantes que contempla el Código Penal, creando este tipo de agravantes, casi generadas para un caso concreto.

Respecto a la comunicabilidad, se propone agregar un nuevo artículo 239 bis, que dispondría:

“El que participare con empleado público en las operaciones descritas en el artículo anterior, incurrirá en las penas establecidas en el artículo 467”.

Asumen los Senadores que a los particulares que participen en hechos que respecto del funcionario público puedan calificarse de fraude al Fisco, a estos se les sancione conforme a las normas de la estafa.

Sin embargo, la actual jurisprudencia de nuestra Excma. Corte Suprema ha sostenido la tesis de que la calidad de funcionario público se comunica a los autores en que concurran, tanto si integran el tipo penal como si no lo integran, quedando todos los partícipes regidos por la única figura penal aplicable, y por tanto, se comunica a todos quienes estaban en conocimiento de esa calidad, se trate de delitos especiales propios o impropios⁸².

Actualmente este proyecto se encuentra en el primer trámite constitucional, sin urgencias, pendiente de informe en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado.

82 Sentencia antes citada de la Excma. Corte Suprema de 19 de mayo de 2008, en causa seguida contra Carlos Cruz y otros, y Sentencia de 16 de octubre de 2006, en causa seguida contra Juan Pablo Dávila y otros.

Analizados los tres proyectos de ley, podríamos sostener que las ideas detrás de cada uno de ellos son valorables desde el momento en que buscan fortalecer la institucionalidad en contra de la corrupción, especialmente aquellos que buscan elevar las exiguas penas que actualmente traen aparejadas los delitos funcionarios de contenido económico, pero advirtiéndolo desde ya una serie de deficiencias de técnica legislativa que sería necesario corregir y modificar antes de que estos se constituyan en ley.

Evidentemente creemos necesaria una urgente elevación de las penas privativas de libertad de los delitos analizados, dada la importancia del bien jurídico protegido, la relevancia que a nivel mundial ha alcanzado el tema de la corrupción, y el notorio compromiso del Estado de Derecho y de la Democracia que implica la comisión de estos ilícitos, sin olvidar la débil señal que se envía a la comunidad cuando autoridades que han detentado grados importantes de poder participan en este tipo de hechos punibles y sólo son castigados con penas menores, generando una sensación de impunidad y de no igualdad ante la ley.

JUEZ DE GARANTÍA CONDENA POR DELITOS DE FRAUDE Y MALVERSACIÓN REITERADOS A FUNCIONARIO SEREMI DE AGRICULTURA

Roberto Morales Peña⁸³

Comentario

La sentencia fue dictada en un procedimiento abreviado por don Juan Enrique Olivares Urzúa, Juez Titular del Juzgado de Garantía de Punta Arenas, y tiene algunos aspectos que vale la pena destacar. En primer lugar, la sentencia considera que los hechos son constitutivos de dos delitos de fraude y de tres de malversación, y que ellos han sido reiterados, y para arribar a tal conclusión hace un desarrollo de lo que debe entenderse por delito continuado, a efectos de descartar esta hipótesis. Es por ello que en el considerando octavo sostiene que “el requisito o condición del instituto “delito continuado” que no ha venido a variar con este moderno postulado⁸⁴ es la exigencia de unidad de conducta, es decir, que el sujeto realice, con la frecuencia del caso, una conducta semejante en cada caso, lo que en el caso que se juzga no ocurrió”.

A su vez, en lo que dice relación con el delito continuado se puede afirmar que *“esta discutida figura es una creación de los prácticos italianos (Baldo, Bartolo, Farinaccio) y sus orígenes se encuentran en un propósito de benignidad. La ley vigente en la época amenazaba con pena de muerte al que incurría en tres o más hurtos. Hasta para un magistrado como Farinaccio, que no se caracterizaba por su benevolencia, esa disposición tenía que conducir a resultados aberrantes. Con el objeto de evitarlos, los prácticos formularon la regla de que no existen tres hurtos, sino uno, cuando las sustracciones, aunque ejecutadas en tiempos diversos, han sido realizadas con un propósito unitario. La legislación italiana recogerá más tarde esa idea que la doctrina había desarrollado y perfeccionado. De allí se trasladará a la dogmática extranjera, en donde por largo tiempo se la elabora sobre una base consuetudinaria. Así, por ejemplo, el Código Penal alemán, como el nuestro, no contempla hasta el presente una norma relativa al tema, pese a lo cual la jurisprudencia de ese país, como la chilena, da a la institución una aplicación relativamente extendida”*.⁸⁵

Por su parte, nuestra jurisprudencia ha exigido para considerar reiterado un delito los siguientes requisitos copulativos, a saber: a) unidad de autor; b) identidad del tipo penal realizado en diversas ocasiones; c) que estas realizaciones tengan lugar en un lapso prolongado de tiempo, y d) unidad de propósito en el agente⁸⁶. En

83 Abogado Asesor Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

84 Teoría de la alternación.

85 Enrique Cury, *Derecho Penal Parte General*, página 654, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.

86 Politoff, Matus & Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte General, pág. 449 Editorial Jurídica de Chile, 2004.

el fallo en comento entendemos que el tribunal consideró además la *unidad de conducta* para la ejecución del ilícito, pues al razonar sobre este tópico agrega el sentenciador que “en cada ocasión que malversó o defraudó, el acusado renovó su decisión de delinquir, lo cierto es que él no siempre hizo lo mismo, sino que buscó alternativas de ejecución, acaso con ello demostrando que, cada vez que pudo malversar o defraudar, lo hizo, empleando para aquello las mas variadas formas de ejecución”.

Concluye señalando que “al tribunal le resulta más ajustado a Derecho entender que, en el obrar del acusado, hubo una reiteración de conductas delictivas, en desmedro de la tesis de la defensa que postulaba una continuidad de las mismas”.

Por otra parte, los cinco hechos por los cuales se dicta condena, dos fraudes al Fisco y tres malversaciones, son coincidentes con la calificación jurídica que les dio el fiscal Felipe Aguirre del Ministerio Público en la acusación, y difieren de la que les atribuyó el Consejo de Defensa del Estado.

Sentencia:

Punta Arenas, dieciocho de mayo de dos mil ocho.

Visto y oídos:

Que, ante este Tribunal de Garantía, el Ministerio Público ha deducido acusación en contra de RODRIGO GERARDO ALVAREZ TOLEDO, chileno, técnico agropecuario, domiciliado en calle Alonso de Ercilla Nº XXX, Punta Arenas, cédula nacional de identidad Nº XX.XXX.XXX-X., la que sustenta en los siguientes hechos:

Que durante el período comprendido entre los meses de enero a diciembre del año 2003, y teniendo el imputado Rodrigo Gerardo Álvarez Toledo la calidad de empleado a honorarios de la Secretaría Regional Ministerial de Agricultura, XII Región, y a su cargo, las labores contables y de finanzas del servicio; caudales y efectos públicos, así como el manejo de la caja chica o fondo fijo; elaboración de presupuestos, custodia de los talonarios de cheques; pago a los proveedores; elaboración de

las rendiciones de cuentas, entre otras funciones, procedió a sustraer del patrimonio de la mencionada repartición pública, la suma total aproximada de \$3.098.429, en distintas oportunidades durante dicho lapso. Para lograr su objetivo, el imputado utilizó los siguientes mecanismos:

1.- Durante el período señalado, en al menos nueve (9) ocasiones, en los meses de febrero, agosto, septiembre, octubre y noviembre, el imputado, en las operaciones en que intervino en razón de su cargo, defraudó originando pérdida en el patrimonio de la Seremi, por cuanto, abusando de su cargo y posición, y con incumplimiento de sus deberes funcionarios, procedió a cargar combustible -gasolina- en la estación de servicio de propiedad de la sociedad comercial “Patricio Harambour y Cía. Ltda.”, en vehículos que no formaban parte de la dotación del servicio, utilizando órdenes de compra a nombre de la SEREMI, deviniendo con ello una deuda para ésta última, ascendente a la suma de \$335.900, sumas que no fueron pagadas al proveedor.

2.- Durante los meses de marzo y julio del año 2003, el imputado Rodrigo Álvarez Toledo, a quien le correspondía efectuar los pagos a los proveedores, le solicitó a Carlos Rodríguez Pardo, RUT 9.894.671-3, empresario individual del giro “Impresos” y prestador de servicios como “Asesor Publicitario”, con domicilio en calle Capitán Guillelmos 313-A de esta ciudad, le hiciera entrega de cuatro (4) facturas -números 0096 y 0097, de fecha 19 de marzo de 2003 y 0106 y 0107, de fecha 28 de julio de 2003- y 1 (una) boleta de honorarios -0447 de 05 de marzo de 2003-, por un monto total de \$349.797, las que fueron llenadas dando cuenta, entre otros, de invitaciones, afiches, impresos, pendón institucional y servicios de encuadernación e impresión, todas ellas prestadas a favor de la Seremi de Agricultura; sin embargo, tales bienes y servicios nunca se entregaron o prestaron efectivamente a favor de la SEREMI, siendo por lo tanto, dichos documentos usados maliciosamente por el imputado, con el fin de obtener bajo engaño, en definitiva, el giro de los respectivos cheques por parte del Seremi don Juan José Romero Morano, sustrayendo posteriormente dichos instrumentos para proceder a su cobro por caja o mediante el canje respectivo.

3.- Durante los meses de enero a diciembre del año 2003, y teniendo el imputado a su cargo los caudales públicos de la SEREMI, en específico, el manejo, administración y resguardo de los dineros correspondientes al denominado “Fondo Fijo” o “Caja Chica”, procedió a sustraer parte de dichos fondos, rindiendo durante dicho lapso sólo la cantidad de \$391.061, no justificando ni rindiendo la suma equivalente a \$388.939.-, dineros faltantes

de los cuales se apropió en perjuicio de la Seremi de Agricultura;

4.- Durante los meses de febrero a diciembre del año 2003, se generaron para la SEREMI de Agricultura diversas obligaciones, por concepto de compras de insumos computacionales, servicios de asistencia técnica en materia informática, vestuario y otros, en favor de distintos prestadores y sociedades, tales como, Ricardo Avidano Servicios Computacionales; Johnson's S.A.; Patricia del Carmen Ojeda, Comercial Arellano y Silva Ltda.; Sociedad Sistema Informático Ltda. y Carmen Gascogne, procediendo el imputado Rodrigo Álvarez Toledo, en su calidad de encargado de administración y finanzas de la repartición, a obtener de parte del SEREMI, don Juan José Romero Morano, la suscripción de los respectivos cheques para el pago de dichas obligaciones; sin embargo, el imputado no cumplió con su deber de solucionar dichas cargas, sino que por el contrario, sustrajo dichos instrumentos que tenía a su cargo, para luego cobrarlos personalmente por caja o mediante su depósito, originando un pasivo para la SEREMI equivalente a la suma de \$428.777.-.

Cabe agregar a lo anterior, que durante el mismo período, el imputado Rodrigo Álvarez Toledo, teniendo a su cargo los caudales y efectos públicos, procedió a sustraer la cantidad de treinta y un (31) cheques, pertenecientes a la cuenta única fiscal de la SEREMI de Agricultura, número XXXXXXXXXXXX, del Banco Estado, los que, luego de obtener que fueran firmados por el señor Secretario Regional Ministerial Juan José Romero Morano, cobró personalmente por caja, o los depositó en su cuenta corriente

del Banco BCI XXXXXXXXX , por la suma total de \$2.762.529-.

Los hechos antes descritos ocurrieron en las siguientes fechas y corresponden a los documentos girados por las cantidades que a continuación se indican, todos ellos, teniendo como beneficiario la persona de Rodrigo Álvarez Toledo:

1.- Cheque Nº Serie 1126795, cobrado el 15 de enero del año 2003, por la suma de \$60.000.

2.- Cheque Nº Serie 550609, cobrado el 05 de febrero del año 2003, por la suma de \$60.000.

3.- Cheque Nº Serie 550629, cobrado el 20 de febrero del año 2003, por la suma de \$30.000.

4.- Cheque Nº Serie 550633, cobrado el 03 de marzo del año 2003, por la suma de \$60.000.

5.- Cheque Nº Serie 550635, cobrado el 11 de marzo del año 2003, por la suma de \$80.753.

6.- Cheque Nº Serie 550646, cobrado el 11 de marzo del año 2003, por la suma de \$290.000.

7.- Cheque Nº Serie 550645, cobrado el 11 de marzo del año 2003, por la suma de \$26.964.

8.- Cheque Nº Serie 550638, cobrado el día 18 de marzo de 2003, por la suma de \$250.000.

9.- Cheque Nº Serie 550647, cobrado el día 19 de marzo de 2003, por la suma de \$7.450.

10.- Cheque Nº Serie 550640, cobrado el día 01 de abril de 2003, por la suma de \$44.930.

11.- Cheque Serie Nº 550639, cobrado el día 01 de abril de 2003, por la suma de \$35.000.

12.- Cheque Serie Nº 158005, cobrado el día 04 de junio de 2003, por la suma de \$60.000.

13.- Cheque Serie Nº 158026, cobrado el día 02 de julio de 2003, por la suma de \$60.000.-

14.- Cheque Serie Nº 158029, cobrado el día 04 de julio de 2003, por la suma de \$60.000.

15.- Cheque Serie Nº 158046, cobrado el día 24 de julio de 2003, por la suma de \$60.000.

16.- Cheque Serie Nº 158054, cobrado el día 01 de agosto de 2003, por la suma de \$156.367.

17.- Cheque Serie Nº 158052, cobrado el día 01 de agosto de 2003, por la suma de \$80.000.

18.- Cheque Serie Nº 158053, cobrado el día 01 de agosto de 2003, por la suma de \$90.000.

19.- Cheque Serie Nº 158050, cobrado el día 07 de agosto de 2003, por la suma de \$90.000.

20.- Cheque Serie Nº 158049, cobrado el día 07 de agosto de 2003, por la suma de \$224.527.

21.- Cheque Serie Nº 158069, cobrado el día 29 de agosto de 2003, por la suma de \$60.000.

22.- Cheque Serie Nº 158087, cobrado el día 24 de septiembre de 2003, por la suma de \$60.000.

23.- Cheque Serie Nº 158089, cobrado el día 26 de septiembre de 2003, por la suma de \$80.000.

24.- Cheque Serie Nº 158090, cobrado el día 30 de septiembre de 2003, por la suma de \$90.000.

25.- Cheque Serie N° 158091, cobrado el día 03 de octubre de 2003, por la suma de \$60.000.

26.- Cheque Serie N° 158100, cobrado el día 22 de octubre de 2003, por la suma de \$ 60.000.

27.- Cheque Serie N° 158088, cobrado el día 01 de octubre de 2003, por la suma de \$256.538.

28.- Cheque Serie N° 1341911, cobrado el día 05 de noviembre de 2003, por la suma de \$60.000.

29.- Cheque Serie N° 1341914, cobrado el día 11 de noviembre de 2003, por la suma de \$ 150.000.

30.- Cheque Serie N° 1341937, cobrado el día 09 de diciembre de 2003, por la suma de \$ 120.000.-

31.- Cheque Serie N° 1341939, cobrado el día 15 de diciembre de 2004, por la suma de \$60.000.-

Tales hechos, a juicio del Ministerio Público, tipifican los delitos reiterados de Malversación de Caudales Públicos, previstos y sancionados en los artículos 233 n° 2 y n 3 del Código Penal, y delitos de Fraude a Fisco en carácter de reiterados, -Acápites 1 y 2- conforme al artículo 239 del mismo cuerpo legal y en los que al acusado se le atribuye la calidad de autor, toda vez que ejecutó la acción típica y antijurídica por sí mismo y de una manera inmediata y directa, en grado de consumado al verificarse efectivamente una sustracción de caudales públicos y un detrimento al patrimonio fiscal como consecuencia de fraude.

Se precisa en la referida acusación que, en la especie, no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

Acorde con la imputación que se efectúa, el Ministerio Público solicitó, en principio, que se impongan al acusado las siguientes penas:

A) La pena de CINCO (5) AÑOS Y UN (1) DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MINIMO, Y MULTA DE QUINCE (15) Unidades Tributarias Mensuales, además de la penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares y costas de la causa, por su responsabilidad en los delitos de Malversación de Caudales Públicos reiterados;

B) La pena de CINCO AÑOS (5) DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÁXIMO y MULTA DEL 50% DEL PERJUICIO CAUSADO, más accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y costas de la causa, por su responsabilidad en los delitos de fraude al Fisco en carácter de reiterados.

A su turno, el Consejo de Defensa del Estado, parte querellante al tenor de su ley orgánica, dedujo acusación particular en contra de Rodrigo Gerardo Álvarez Toledo, en los siguientes términos:

El imputado Rodrigo Álvarez Toledo (en adelante “el imputado”), desempeñándose como funcionario a honorarios de la Secretaría Regional Ministerial de Agricultura de la XIIª Región de Magallanes y Antártica Chilena (en adelante “la Seremía”) y teniendo a su cargo labores contables y de finanzas, de administración de caudales y efectos públicos, como asimismo bajo su custodia la “caja chica” o fondo fijo, cheques y órdenes de compra, elaboración de presupuestos, rendiciones de

cuenta; pago a los proveedores, entre otras funciones dentro de “la Seremía”, durante el período comprendido entre los meses de enero del año 2003 a diciembre del mismo año, procedió a sustraer del patrimonio de la referida entidad la suma de \$2.762.529.- y a defraudarla por la suma de \$335-900.-, utilizando para ello los siguientes mecanismos:

1.- Durante los meses de mayo y julio de 2003, el imputado, a quien le correspondía efectuar los pagos a los proveedores de “la Seremía” se concertó con Carlos Rodríguez Pardo, empresario individual del giro “Impresos” y prestador de servicios como “Asesor Publicitario”, con domicilio en calle Capitán Guillermo 313-A de esta ciudad, para efectos que éste le hiciera entrega de cuatro facturas, números 0096 y 0097, de fecha 19 de marzo de 2003 y 0106 y 0107, de fecha 28 de julio de 2003 y una boleta de honorarios -número 0447 de 05 de marzo de 2003. Los documentos singularizados ascendieron a la cifra total de \$349.797.- Los mismos daban cuenta, entre otros, de invitaciones, afiches, impresos, pendón institucional y servicios de encuadernación e impresión, todos prestados a “la Seremía”. Sin embargo, dichos servicios y bienes nunca se prestaron o entregaron, obteniendo el imputado a su favor el valor de los documentos con los cuales se pagaron las facturas y boleta singularizadas.

2.- Durante los meses de enero a diciembre del año 2003, y teniendo el imputado a su cargo el manejo de los dineros correspondientes al “Fondo Fijo” o “Caja chica” de “la Seremía”, se apropió de la suma de \$388.939.- Al efecto, el imputado cobró diversos cheques pertenecientes

a la cuenta única fiscal de “la Seremía” número XXXXXXXXXXXX, del Banco Estado, los que, luego de obtener que fueran firmados por el señor Secretario Regional Ministerial Juan José Romero Morano, cobró personalmente por caja, o los depositó en su cuenta corriente de Banco BCI XXXXXXXXX.

3.- Durante los meses de febrero a diciembre del año 2003, se generaron para “la Seremía” diversas deudas, por concepto de compras de insumos computacionales, servicios de asistencia técnica en materia informática, vestuario y otros, en favor de distintos prestadores y sociedades, entre ellos, “Ricardo Avidano Servicios Computacionales”; “Johnson S.A.”; Patricia del Carmen Ojeda, “Comercial Arellano y Silva Ltda.”, “Sociedad Sistema Informático Ltda.” y Carmen Gascogne, procediendo el imputado Rodrigo Álvarez Toledo, en su calidad de encargado de administración y finanzas de “la Seremía”, a obtener de parte del Secretario Regional Ministerial de Agricultura de la XII región de Magallanes y Antártica Chilena de la época, don Juan José Romero Morano, la suscripción de los respectivos cheques para el pago de dichas obligaciones; sin embargo, el imputado no cumplió con su deber de solucionar dichas cargas, sino que por el contrario, sustrajo dichos instrumentos, los que tenía a su cargo, para luego cobrarlos personalmente por caja o mediante su depósito en su cuenta corriente, apropiándose de los dineros destinados a dicho fin, sumas que ascendieron a un total de \$428.777.-.

4.- Durante el mismo período, más arriba señalado, el imputado, teniendo a su cargo caudales y efectos públicos, sustrajo diversos cheques, pertenecientes a la cuenta única fiscal de “la Seremía”,

número XXXXXXXXXXXX, del Banco Estado, los que, luego de obtener que fueran firmados por el señor Secretario Regional Ministerial Juan José Romero Morano, cobró personalmente por caja o los depositó en su cuenta corriente del Banco BCI XXXXXXXXXX, por la suma total de \$1.595.016.-

5.- Durante el período señalado, en al menos nueve (9) ocasiones, en los meses de febrero, agosto, septiembre, octubre y noviembre, el Imputado, en las operaciones en que intervino en razón de su cargo, defraudó originando pérdida en el patrimonio de “la Seremía” por cuanto, abusando de su cargo y posición y con incumplimiento de sus deberes funcionarios, procedió a cargar combustible -gasolina- en la estación de servicio de propiedad de la sociedad comercial “Patricio Harambour y Cía. Ltda.” en su vehículo particular, utilizando órdenes de compra a nombre de “la Seremía”, deviniendo con ello una deuda para esta última, ascendente a la suma de \$335.900.-, monto que aprovechó en su beneficio particular al utilizar el aludido combustible.

Para el Consejo de Defensa del Estado, los hechos descritos precedentemente configuran los delitos de malversación reiterada de caudales públicos, previsto y sancionado en el artículo 233 del Código Penal y el de delito reiterado de fraude al Fisco, contemplado en el artículo 239 del mismo cuerpo legal.

En efecto, para el referido querellante, los hechos singularizados precedentemente con los números 1, 2 y 3, configuran el delito reiterado de malversación de caudales públicos, descrito y sancionado en el artículo 233 N° 2 del Código Penal, cometidos por el imputado en carácter de autor y en grado consumado.

Asimismo, el hecho contemplado en el numeral 4 configura el delito reiterado de malversación de caudales públicos, descrito y sancionado en el artículo 233 N° 3 del Código Penal, cometido por el imputado en carácter de autor y en grado consumado.

Por su parte, se configura el delito de Fraude al Fisco, en carácter de reiterado, respecto de los hechos descritos en el N° 5 precedente, esto es, las adquisiciones de combustible efectuadas por el imputado Alvarez Toledo, para su vehículo particular, situación que se produjo en al menos nueve ocasiones.

De acuerdo con este postulado, el acusado Alvarez Toledo cometió cuatro delitos distintos de malversación de caudales públicos y a lo menos nueve delitos diferentes de fraude al Fisco.

Acorde a lo expuesto, la querellante pide una pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo por los delitos reiterados de malversación de caudales públicos y de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo por los delitos reiterados de fraude al Fisco, multa de once unidades tributarias mensuales y, en cada caso, las accesorias legales y el pago de las costas de la causa;

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que tuvo lugar la audiencia de preparación de juicio oral, a la que asistieron el imputado Rodrigo Gerardo Alvarez Toledo en persona, siendo asistido en ella por la abogada de la defensoría penal Gustava Aguilar Moraga, el Ministerio Público, representado por el Fiscal Adjunto de esta ciudad, Felipe Aguirre Pallavicini y la parte querellante del Consejo de Defensa

del Estado, representada por el abogado Juan Alejandro Rodríguez Muñoz;

SEGUNDO: Que en la referida audiencia, con el propósito de someter el proceso a las normas del procedimiento abreviado y conforme lo autoriza el artículo 407 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público procedió a modificar el libelo acusatorio, en cuanto reconoció la concurrencia de las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal previstas en los números 6 y 7 del artículo 11 del Código Penal, a saber, la de la irreprochable conducta anterior del acusado y la de procurar, con celo, reparar el mal causado.

Acorde con dicho reconocimiento, la Fiscalía rebajó la cuantía de su pretensión punitiva y fijó en tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, el monto de la pena privativa de libertad que solicita imponer al acusado por la reiteración del delito de malversación de caudales públicos, rebajando también la pena de multa que se pide a 10 unidades tributarias mensuales; y, con respecto a la reiteración de delitos de fraude al fisco, rebaja la pena privativa de libertad a setecientos días de presidio menor en su grado medio, manteniendo la petición de multa.

La parte querellante hubo de adherirse oportunamente al planteamiento del Ministerio Público en orden a arribar al procedimiento abreviado, manteniendo las peticiones de penas que, en su libelo de acusación particular, pidió imponer al acusado.

Por su parte el imputado, durante el desarrollo de la antedicha audiencia, manifestó su plena conformidad con el procedimiento abreviado que se propuso, cerciorándose el tribunal que su consentimiento fue prestado en

forma libre y espontánea y con pleno conocimiento y aceptación, tanto de los hechos materia de la acusación, como de los antecedentes en que se fundó la investigación, conociendo, además, su derecho a exigir un juicio oral y entendiendo los términos del acuerdo y las consecuencias que éste pudiese significarle.

En mérito de lo anterior y reuniéndose los demás requisitos legales contenidos en el artículo 410 del Código Procesal Penal, el tribunal hizo lugar a lo solicitado en orden a regir el proceso de marras conforme a las normas del procedimiento abreviado;

TERCERO: Que el Ministerio Público hizo presente la existencia de los siguientes antecedentes de la investigación:

a) Copia de la denuncia efectuada por el Abogado Jefe del Servicio de Asesoría Jurídica del Ministerio de Agricultura, Mauricio Caussade Goycoolea, ante la Fiscalía local, respecto de los hechos investigados en Sumario Administrativo ordenado por la Subsecretaría de dicho Ministerio, denuncia que se dirige en contra de Rodrigo Gerardo Álvarez Toledo, quien se desempeñó en labores de carácter administrativo en el período comprendido entre los días 04 de abril de 1994 y 31 de diciembre de 2003 y respecto de quien, producto de una auditoría, se detectaron situaciones anómalas, habiendo sí, posteriormente a los mismos, reintegrado los dineros desviados para su uso personal;

b) Copia del Sumario Administrativo instruido en el Ministerio de Agricultura en contra del imputado Rodrigo Álvarez Toledo;

En dicho documento se contienen diversa documentación y distintos

testimonios de los cuales el señor Fiscal menciona los siguientes:

- Dichos de Valentina Corvalán Pérez, Auditoria de la Subsecretaría de Agricultura, quien manifiesta haber tomado conocimiento de alguna irregularidades detectadas en la XII Región, como por ejemplo que en las rendiciones de cuentas de “Bienes y Servicios de Consumo, ítem 17 –servicios generales, asignación 017, mes de junio del año 2003, se observó que en ellas no se acompañaba la documentación de respaldo de los gastos rendidos, y sólo se mandaba el Libro Mayor, habiéndose detectado que, no obstante la formulación del reparo, persistieron las anomalías en el año 2004.

- Dichos de Jaime Tobar Cerda; Jefe de la División Administrativa de la Subsecretaría de Agricultura, quien expresa que, ante la escasez de personal de la Seremi XII Región, se autorizó al Seremi una cuenta corriente con un solo girador, lo que, en su concepto, fue lo que permitió que Rodrigo Álvarez pudiera engañar al Seremi.

Acto seguido, refiere haberse enterado del episodio por consumo de combustible en un vehículo particular del imputado. A raíz de aquellos hechos, vino a la zona a hacer una auditoría. Añade que en una entrevista sostenida con el imputado, éste le admitió haber cometido irregularidades;

- Dichos de Sofía Almonacid Alamos, funcionaria del Departamento de Finanzas y Contabilidad de la Subsecretaría de Agricultura, quien dice haber detectado un primer problema en la región con motivo de un viaje del Seremi no respaldado por la factura respectiva, documento que

pidió le fuera enviado y aún así no se le remitió.

- Dichos de Jorge Vega Saavedra, Jefe de Recursos Humanos de la Subsecretaría de Agricultura, ex Jefe del Departamento de Finanzas, quien califica lo ocurrido como un abuso de confianza de parte del señor Álvarez para con el Seremi y que este último tiene parte de responsabilidad;

- Documentos demostrativos de la contratación del imputado Álvarez Toledo por parte del Ministerio de Agricultura, consistentes en los decretos exentos 140/96, 188/97, 91/98, 160/98, 259/98, 137/2000, 285/2000, 531/2001, contrato de 17 de diciembre de 2001, decreto 683/2002, contrato de 27 de diciembre de 2002, decreto 274/2003, contrato de 26 de junio de 2003 que en su cláusula primera describe las funciones del señor Álvarez Toledo las que consistían en la prestación de servicios de asesoría al Seremi, labores similares a las descritas en todos los anteriores contratos;

- Dichos de Ricardo Bennewitz Martínez, profesional de apoyo de la Seremi de Agricultura de la XII Región, quien dice haber trabajado en ocasiones con el imputado y concluye que éste aprovechaba los momentos propicios para obtener la firma del seremi, fueran cheques u otra documentación. Asimismo, exculpa al Seremi, afirmando que todo fue por abuso de confianza de parte del imputado;

- Dichos de Juan José Romero Morano, entonces Seremi de Agricultura de la XII Región, quien revela la forma en que fue detectando situaciones irregulares en la entidad a su cargo, como gastos no respaldados documentalmente, otros no autorizados por él, cheques girados que no aparecían cobrados.

Fue entonces que le pidió la renuncia al funcionario Álvarez Toledo, quien no tuvo explicación alguna, motivo por el que se encargó una auditoría.

Culmina sus dichos haciendo presente que el imputado, con fecha 26 de abril de 2004, hizo un depósito por la suma de \$2.064.100.- en la cuenta corriente de la Seremi y pagó directamente una factura por compra de bencina por un monto de \$335.900.-, de lo que se sigue que reembolsó la suma de \$2.400.000.-, manifestando que esperaba devolver la totalidad del dinero adeudado;

- Dichos de María Teresa Tascon Vargas, Oficial Administrativa de la Seremi de Agricultura XII Región, quien manifiesta haberle llamado siempre la atención el proceder del señor Álvarez Toledo, quien requería documentación que ni siquiera le alcanzaba a ser exhibida al Seremi. De sus aprehensiones le comentó al Seremi quien, entiende, ordenó una investigación;

- Dichos del imputado, quien reconoce haber desempeñado funciones en la Seremi de Agricultura de esta región, contratado a honorarios;

Admite la comisión de los hechos que se le inculpan, exculpando al Seremi, pues dice haber actuado solo y haber actuado para satisfacer necesidades personales y problemas económicos, no habiendo adquirido bienes materiales, sino haber pagado deudas bancarias, arrendamiento de casa habitación y el pago de pensión alimenticia para su mujer y su hijo de 7 años.

Finalmente, se compromete a devolver todo el dinero adeudado que, con el reintegro ya hecho, asciende a \$664.700.-

c) Documento intitulado “constancia”, emitido por el seremi señor Juan José

Romero Morano, levantada a propósito de la recepción de un comprobante de depósito por la suma de \$2.064.100.- más el pago de \$335.900.- a la empresa Patricio Harambour y Cía. Ltda.

d) Informe de Auditoría y anexos, dando cuenta de las irregularidades detectadas y que son aquellas incluidas en el libelo acusatorio tanto por la Fiscalía como por la querellante.

El informe adjunta anexos por los casos de compra de combustible, por los casos de facturas pedidas a un tercero en las que se pagó por servicios no recibidos; facturas rendidas y no pagadas; entrega de fondos de “caja chica” no rendidos totalmente; cheques girados contra el Banco Estado, cuenta fiscal, sólo parcialmente justificados en su giro;

e) Oficio del Banco Crédito Inversiones (BCI), de fecha 03 de julio de 2007, dando cuenta que el imputado Rodrigo Álvarez Toledo fue titular de la cuenta corriente N° XXXXXXXXX, la que fue cerrada el 13 de marzo de 1998 y también de la cuenta corriente N° XXXXXXXXX, la que fue cerrada el 24 de febrero de 2004;

f) Informe policial N° 4.500 de la Brigada de Delitos Económicos de la Policía de Investigaciones de Chile, que luego de entrevistar a distintas personas y de llevar a cabo las diligencias investigativas del caso, concluye que el imputado sí fue funcionario a honorarios de la Seremi de Agricultura de la XII Región y que incurrió en la desviación de fondos que se le acusa;

Se incluyen los testimonios del seremi señor Romero, de Ricardo Bennewitz, de María Teresa Tascon Vargas, Jaime Tobar Cerda, quienes corroboraron sus dichos manifestados en el Sumario Administrativo;

Se recogió el testimonio de José Menéndez Muñoz, funcionario de la Seremi de Agricultura de Magallanes, quien expresa que algunas veces cambió algunos cheques que le entregó el señor Álvarez, para reponer fondos de caja chica;

Por último, se recogieron también los dichos del abogado Mauricio Causade, quien refiere haber estado a cargo de la instrucción del Sumario Administrativo. Pone énfasis en lo que era la excesiva confianza del imputado en el ejercicio de todas sus funciones;

g) Informe pericial contable N° 12-2006 del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Chile, el que concluye que el dinero faltante por rendir asciende a la suma de \$3.098.429.-, fruto de las distintas operaciones irregulares detectadas por la investigación.

El informe incluye varios anexos documentales.

h) Oficio de Contraloría Regional de Magallanes, dando cuenta de la identificación funcionaria del imputado, evidenciando que sí se trata de un funcionario de la Seremi de Agricultura, contratado a honorarios, a virtud de sucesivos contratos;

i) Informe policial N° 7.820, dando cuenta de la pesquisa respecto de ciertas facturas emitidas y que se encontrarían impagas, así como dos facturas que se habrían entregado en blanco y habrían sido llenadas por el propio imputado.

Por este último punto, se recogió el testimonio de Carlos Rodríguez Pardo, admitiendo que los trabajos señalados en dos facturas no los realizó;

j) Informe pericial documental N° 036-2007 que concluye que los cheques

periciados fueron firmados por el seremi Sr. Romero Morano, aunque llenados por el imputado; no son de autoría del Seremi las firmas trazadas sobre los timbrajes de facturas debitadas y son de Rodrigo Álvarez Toledo las firmas a su nombre trazadas sobre los timbrajes del Ministerio de Agricultura;

k) Informe policial N° 1371 dando cuenta la diligencia de incautación de documentación practicada en el banco BCI, respecto de las cartolas de cuenta corriente mantenidas en dicho banco por el imputado;

l) Informe pericial contable N° 05/2008 del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Chile que concluye que existe coincidencia, en fechas y montos, entre movimientos de las cuentas del imputado en el BCI y algunos cheques que fueron cobrados indebidamente por el imputado, parte de ellos por caja y el resto mediante depósitos.

CUARTO: Que, a su turno, la parte querellante del Consejo de Defensa del Estado, expuso sucintamente lo siguiente:

Que ha quedado de manifiesto que el imputado cometió cinco hechos distintos, algunos de malversación y otros de fraude al Fisco.

Que todos ellos tienen el carácter de reiterados, desde que el propio imputado admitió haberlos cometido con distintos fines en fechas distintas. Añade que, si bien es cierto que hay reintegros, estos sólo pueden estimarse como una atenuante de responsabilidad penal, citando Jurisprudencia sobre el caso.

QUINTO: Que, a su vez, la defensa del acusado manifestó, en esencia, lo siguiente:

Que a diferencia de lo que se sostiene por las partes acusadoras, se estima que, en la especie, hay dos delitos continuados y no reiterados.

Expresa que, según el Consejo de Defensa del Estado, el que se haya tenido fines distintos en la ejecución de los distintos hechos ya resulta determinante para entender que sean reiterados. Sin embargo, para que exista delito continuado se exige unidad de autor, unidad de conducta y unidad de propósito, además de considerar el lapso transcurrido entre la ejecución de tales conductas, condiciones todas que no son óbice a que exista delito continuado en un caso en el que se puedan haber tenido específicas motivaciones distintas.

Al efecto, la defensa cita jurisprudencia nacional y extranjera referida a la materia.

A nivel nacional alude a un fallo de la Excma. Corte Suprema, de 30 de enero de 2006, redactado por el entonces Ministro Sr. Cury, que bajo lo que denomina la **teoría de la alternación, reconoce como delito continuado a un conjunto de hechos que no necesariamente tienen el llamado dolo común, sino que se enlazan por la circunstancia que el autor renueva la misma resolución delictiva o una similar, bajo el efecto motivador de circunstancias equivalentes o esencialmente equivalentes;**

A nivel extranjero cita al Tribunal Supremo Español que, por sentencia de uno de marzo de 1995, conceptuó al delito continuado, **señalando que se trataba de un conjunto de hechos diferenciables, con dolo unitario, donde caben tanto las situaciones de dolo planificado así como aquellas en que existe aprovechamiento de una idéntica ocasión lo que, en definitiva, motiva que aparezcan como**

episodios distintos hechos de única planificación.

Sostiene así la defensa que, en el caso que nos ocupa, precisamente por las razones que se expresan en el fallo de la Excma. Corte Suprema citado en audiencia, habría delito continuado toda vez que, si bien el propio imputado ha admitido haber tenido distintas motivaciones para incurrir en las conductas que se le reprochan, él siempre tuvo una conducta genéricamente similar, cual fue la de recurrir a su cargo público y el manejo de fondos que éste le permitía, para conseguir o desviar estos últimos y así satisfacer sus necesidades y urgencias económicas.

Se alega la concurrencia de las dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, a saber, la de irreprochable conducta anterior y la de haber procurado reparar, con celo, el mal causado, habida consideración de la no existencia de anotaciones penales pretéritas y del hecho de haber reintegrado casi la totalidad de los fondos adeudados al Fisco con motivo de los hechos pesquisados.

Por ende, bajo el anunciado postulado de concurrir dos delitos continuados y en la consideración de presentarse dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, la defensa solicita una pena única de 541 días de presidio por el delito continuado de malversación de caudales públicos y una pena de prisión por el delito continuado de fraude al Fisco, rebajando conforme al artículo 70 del Código Penal las penas de multa que proceden en ambos casos.

Se pide remisión condicional de la pena u otro beneficio alternativo, haciendo presente que desde que fue separado de su cargo público, él se ha venido desempeñando de muy buena forma

en la empresa privada, demostración de lo cual son dos certificados que adjunta de Constructora Comercial Moukarzel Ltda. y Constructora Violic Ltda.

SEXTO: Que tanto la Fiscalía como la querellante insistieron en sus planteamientos, no compartiendo la tesis de la defensa en cuanto a la existencia de dos delitos continuados.

En efecto, la Fiscalía se encargó de precisar que la figura cometida es la del artículo 233 y no la del 235 del Código Penal y que estamos en presencia de delitos reiterados y no de un solo delito continuado, para cuyo sustento argumentativo cita la doctrina nacional del profesor Luis Rodríguez Collao, en coautoría con la profesora María Ossandón W., para quienes sólo podría hablarse de **delito continuado si es que se tratase de hechos de absoluta indeterminación procesal, lo que en este caso no se da pues aquí todos los hechos reprochados son posibles de singularizar.**

El Consejo de Defensa del Estado sostuvo, por su parte, que aquí no hay unidad de propósito pues aquí se sustrajo para fines distintos y, más que eso, aquí hay distintas conductas en pro de esos distintos fines, lo que lo lleva a insistir en la existencia de reiteración de delitos y negar entonces, la presencia de un delito continuado.

La defensa cerró el debate, reiterando su planteamiento antes expuesto y haciendo explícita mención que su parte no controvierte el carácter de funcionario público del imputado.

Finalmente, el imputado, en uso de la palabra, reconoció la autoría en los hechos por los que se le acusa y pidió perdón por los problemas causados.

SÉPTIMO: Que sin perjuicio de la aceptación y validación por parte del

acusado, tanto de los antecedentes adjuntados a la carpeta de investigación como de los hechos materia de la acusación, la debida ponderación de los elementos de convicción referidos en la motivación tercera de este fallo, permiten tener por acreditado, más allá de toda duda razonable, que durante el transcurso del año 2003, en circunstancias que se desempeñaba como empleado a honorarios de la Secretaría Regional Ministerial de Agricultura, XII Región, y, en tal calidad, tenía a su cargo las labores contables y de finanzas del servicio, así como caudales y efectos públicos, el manejo de la caja chica o fondo fijo, la elaboración de presupuestos, la custodia de los talonarios de cheques, el pago a los proveedores, la elaboración de rendiciones de cuentas, entre otras, el acusado Rodrigo Gerardo Álvarez Toledo sustrajo parte de los fondos a su cargo y, por otra parte, defraudó al patrimonio fiscal, apropiándose, en definitiva, de dineros y bienes por un monto de tres millones noventa y ocho mil cuatrocientos veintinueve pesos (\$3.098.429.-), mediante las siguientes formas de actuación:

UNO) Durante el año 2003, en al menos nueve (9) ocasiones en los meses de febrero, agosto, septiembre, octubre y noviembre, el acusado defraudó al patrimonio fiscal originándole una pérdida, por cuanto procedió a cargar combustible -gasolina- en la estación de servicio de propiedad de la sociedad comercial "Patricio Harambour y Cía. Ltda.", en vehículos que no formaban parte de la dotación del servicio, sino que eran de su propiedad, utilizando órdenes de compra a nombre de la SEREMI, deviniendo con ello una deuda para ésta última, ascendente a la suma de \$335.900.-, sumas que no fueron pagadas al proveedor.

DOS) Durante los meses de marzo y julio del año 2003, el acusado Álvarez Toledo solicitó a un tercero, de nombre Carlos Rodríguez Pardo, quien se desempeña como empresario individual del giro “Impresos” y prestador de servicios como “Asesor Publicitario”, que le hiciera entrega de cuatro (4) facturas y una boleta de honorarios, por un monto total de \$349.797, las que fueron llenadas dando cuenta, entre otros, de invitaciones, afiches, impresos, pendón institucional y servicios de encuadernación e impresión, servicios todos supuestamente prestados a favor de la Seremi de Agricultura, en circunstancias que tales bienes y servicios nunca se entregaron o prestaron efectivamente a favor de la SEREMI, habiendo el acusado obtenido, bajo engaño, el giro de los respectivos cheques por parte del Seremi señor Romero Morano, cobrándolos para sí.

TRES) Durante los meses de enero a diciembre del año 2003, el acusado sustrajo la suma de \$388.939.- correspondiente al fondo denominado “Fondo Fijo” o “Caja Chica”, apropiándose de dicho monto en perjuicio de la Seremi de Agricultura.

CUATRO) Durante los meses de febrero a diciembre del año 2003, el acusado generó para la SEREMI de Agricultura diversas obligaciones pecuniarias, por concepto de compras de insumos computacionales, servicios de asistencia técnica en materia informática, vestuario y otros, por un valor de \$428.777.- y obtuvo de parte del SEREMI la suscripción de los respectivos cheques para el pago de tales obligaciones, sin que en definitiva ese pago se produjera, pues cobró para sí tales documentos.

CINCO) Durante el transcurso del año 2003, el acusado sustrajo los fondos provenientes de treinta y un (31) cheques, pertenecientes a la cuenta única fiscal de la SEREMI de Agricultura, los que previamente fueron firmados por el señor Secretario Regional Ministerial, apropiándose de una suma total de \$2.762.529. El detalle de dichos cheques es el siguiente:

- 1.- Cheque N° Serie 1126795, cobrado el 15 de enero del año 2003, por la suma de \$60.000.
- 2.- Cheque N° Serie 550609, cobrado el 05 de febrero del año 2003, por la suma de \$60.000.
- 3.- Cheque N° Serie 550629, cobrado el 20 de febrero del año 2003, por la suma de \$30.000.
- 4.- Cheque N° Serie 550633, cobrado el 03 de marzo del año 2003, por la suma de \$60.000.
- 5.- Cheque N° Serie 550635, cobrado el 11 de marzo del año 2003, por la suma de \$80.753.
- 6.- Cheque N° Serie 550646, cobrado el 11 de marzo del año 2003, por la suma de \$290.000.
- 7.- Cheque N° Serie 550645, cobrado el 11 de marzo del año 2003, por la suma de \$26.964.
- 8.- Cheque N° Serie 550638, cobrado el día 18 de marzo de 2003, por la suma de \$250.000.
- 9.- Cheque N° Serie 550647, cobrado el día 19 de marzo de 2003, por la suma de \$7.450.
- 10.- Cheque N° Serie 550640, cobrado el día 01 de abril de 2003, por la suma de \$44.930.

- 11.- Cheque Serie N° 550639, cobrado el día 01 de abril de 2003, por la suma de \$35.000.
- 12.- Cheque Serie N° 158005, cobrado el día 04 de junio de 2003, por la suma de \$60.000.
- 13.- Cheque Serie N° 158026, cobrado el día 02 de julio de 2003, por la suma de \$60.000.-
- 14.- Cheque Serie N° 158029, cobrado el día 04 de julio de 2003, por la suma de \$60.000.
- 15.- Cheque Serie N° 158046, cobrado el día 24 de julio de 2003, por la suma de \$60.000.
- 16.- Cheque Serie N° 158054, cobrado el día 01 de agosto de 2003, por la suma de \$156.367.
- 17.- Cheque Serie N° 158052, cobrado el día 01 de agosto de 2003, por la suma de \$80.000.
- 18.- Cheque Serie N° 158053, cobrado el día 01 de agosto de 2003, por la suma de \$90.000.
- 19.- Cheque Serie N° 158050, cobrado el día 07 de agosto de 2003, por la suma de \$90.000.
- 20.- Cheque Serie N° 158049, cobrado el día 07 de agosto de 2003, por la suma de \$224.527.
- 21.- Cheque Serie N° 158069, cobrado el día 29 de agosto de 2003, por la suma de \$60.000.
- 22.- Cheque Serie N° 158087, cobrado el día 24 de septiembre de 2003, por la suma de \$60.000.
- 23.- Cheque Serie N° 158089, cobrado el día 26 de septiembre de 2003, por la suma de \$80.000.
- 24.- Cheque Serie N° 158090, cobrado el día 30 de septiembre de 2003, por la suma de \$90.000.
- 25.- Cheque Serie N° 158091, cobrado el día 03 de octubre de 2003, por la suma de \$60.000.
- 26.- Cheque Serie N° 158100, cobrado el día 22 de octubre de 2003, por la suma de \$ 60.000.
- 27.- Cheque Serie N° 158088, cobrado el día 01 de octubre de 2003, por la suma de \$256.538.
- 28.- Cheque Serie N° 1341911, cobrado el día 05 de noviembre de 2003, por la suma de \$60.000.
- 29.- Cheque Serie N° 1341914, cobrado el día 11 de noviembre de 2003, por la suma de \$ 150.000.
- 30.- Cheque Serie N° 1341937, cobrado el día 09 de diciembre de 2003, por la suma de \$ 120.000.-
- 31.- Cheque Serie N° 1341939, cobrado el día 15 de diciembre de 2004, por la suma de \$60.000.-

OCTAVO: Que a fin de resolver las controversias planteadas con respecto a la calificación jurídica de los hechos antes referidos, el Tribunal discurre y dispone lo siguiente:

Abordando la controversia suscitada entre ambos sostenedores de la acción penal a propósito de los hechos que dicen relación con la solicitud y obtención de cuatro facturas y una boleta de honorarios, documentos todos supuestamente representativos de bienes y servicios adquiridos y prestados a favor de la Seremi de Agricultura de la XII Región y en los que el Ministerio Público ha postulado que se trata de una figura de fraude al

Fisco y, en cambio, la parte querellante del Fisco de Chile ha sostenido que se trata de una malversación, el tribunal tendrá presente que, en su concepto, **la conducta ejecutada por el agente se encuadra más propiamente en una figura de engaño, en la medida que el acusado se vale de un tercero, quien le aporta la documentación necesaria para hacer creer al órgano donde presta sus servicios, que existen bienes y servicios pendientes de pago, lo que lleva al proveedor de los documentos de pago, esto es, al propio Seremi, a incurrir en el error de creer que tal deuda existe cuando en la realidad tal deuda es inexistente. Tanto por el engaño antes referido, como porque el dinero del que en definitiva se apropia no estaba bajo su custodia, es que este sentenciador estima que, en la ejecución de dicha conducta, el acusado incurrió en una defraudación al Fisco de Chile y no propiamente en una malversación.**

Con respecto a la controversia suscitada entre acusadores y defensa, relativa a si estamos en presencia de delitos continuados o de delitos reiterados, tanto de malversación como de fraude, el Tribunal tiene especialmente presente que, aún adscribiendo a la moderna doctrina de la teoría de la alternación, manifestada por la defensa a propósito de la cita que hizo de un fallo del máximo tribunal del país, no resulta posible -en el caso presente-, concluir que estamos en presencia de un delito continuado.

En efecto, tal como dicho fallo lo sugiere y demostrando mayor flexibilidad en la materia, la teoría aludida no viene a exigir propósitos idénticos o semejantes a la hora de consultar por la intencionalidad en el obrar

frecuente, sino que tolera la opción de existir fines distintos, en la medida que en cada nueva actuación se renueve la misma resolución delictiva o una similar, bajo el efecto motivador de circunstancias equivalentes o esencialmente equivalentes. Sin embargo, el requisito o condición del instituto “delito continuado” que no ha venido a variar con este moderno postulado es la exigencia de unidad de conducta, es decir, que el sujeto realice, con la frecuencia del caso, una conducta semejante en cada caso, lo que en el caso que se juzga no ocurrió.

Por el contrario, para malversar, el acusado recurrió al fondo directo que disponía (caja chica); recurrió a cobrar para sí cheques que le fueron girados para pagar determinadas y precisas obligaciones; y, por último, recurrió derechamente a la sustracción de cheques cuya firma obtenía en momentos de descuido o de control ineficiente; Asimismo, para defraudar, recurrió a terceros para hacer creer que existían deudas que, en rigor no existían y recurrió a generar un pasivo para el Fisco, por la vía de adquirir bienes para sí y no a favor del Servicio como estaba previsto.

De esta manera, entiende este juzgador que, aún teniendo motivaciones distintas que el mismo se encargó de nombrar (pago de pensión alimenticia, pago de arrendamiento de vivienda y pago de deudas bancarias), y que bien podrían ser éstas estimadas como equivalentes y que, además, puede concederse incluso, que, en cada ocasión que malversó o defraudó, el acusado renovó su decisión de delinquir, lo cierto es que él no siempre hizo lo mismo, **sino que buscó alternativas de ejecución**, acaso con ello demostrando que, cada

vez que pudo malversar o defraudar, lo hizo, empleando para aquello las **más variadas formas de ejecución** y sin tener en vista un acotamiento de dicha conducta sustractiva o de engaño, sino más bien, mientras no fuera descubierto.

En pugna entonces con el requisito de la unidad de conducta, así como también con el aspecto de frecuencia tempoespacial en la ejecución de los hechos incriminados, al tribunal le resulta más ajustado a Derecho entender que, en el obrar del acusado, hubo una reiteración de conductas delictivas, en desmedro de la tesis de la defensa que postulaba una continuidad de las mismas.

NOVENO: Que por consiguiente, los hechos consignados bajo los números UNO y DOS del motivo séptimo, son constitutivos de dos delitos de fraude al Fisco de Chile, previstos y sancionados en el artículo 239 del Código Penal.

A su turno, los hechos consignados bajo los números TRES, CUATRO Y CINCO son constitutivos de tres delitos de malversación de caudales públicos, previstos y sancionados en el artículo 233 numerando 2° (los hechos TRES y CUATRO) y numerando 3° (el hecho CINCO).

DÉCIMO: Que acerca de la participación que le ha cabido al acusado RODRIGO GERARDO ALVAREZ TOLEDO en el delito de que se trata, se ha adquirido la convicción de ella -más allá de toda duda razonable-, con el mérito de los antecedentes de la investigación, los que fueron validados y aceptados por aquél al prestar su conformidad a tramitar el presente proceso conforme a las reglas del procedimiento abreviado y el mérito de su propio testimonio prestado durante la fase investigativa.

UNDÉCIMO: Que resultando del caso dictar sentencia condenatoria, se tendrá presente que benefician el encausado las dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal alegadas por la defensa, a saber, la de la irreprochable conducta anterior del acusado, -prevista en el N° 6 del artículo 11 del Código Penal-, la que se tiene por demostrada con el sólo mérito del extracto de filiación y antecedentes carente de toda anotación penal anterior a estos hechos y, la de haberse procurado, con celo, reparar el mal causado, prevista en el artículo 11 N° 7 del Código Penal, la que se comprueba con el mérito del depósito efectuado por el acusado en arcas fiscales y del pago efectuado por consumo de combustible, todo lo cual alcanza un monto de \$2.400.000.-.

DUODÉCIMO: Que al encontrarnos frente a una figura concursal de delitos, cabe hacerse cargo de si resulta aplicable la normativa del artículo 351 del Código Procesal o bien la norma del artículo 74 del Código Penal.

Para tal efecto, el Tribunal analizará por separado cada caso.

Así, en el caso de la reiteración de delitos de malversación de caudales públicos y en la medida que su penalidad depende del monto de lo malversado, podrán estimarse todos ellos como uno solo, de lo que se sigue que, en abstracto, resulta ideado un solo delito de malversación por la suma de \$3.580.245.-, ilícito que se encuadra en la figura del artículo 233 N° 3 del Código Penal.

Ahora bien, elevando la pena del caso en un grado por efecto de la reiteración, pero rebajándola a su vez en dos grados por la presencia de dos atenuantes y ninguna agravante (que es, por lo demás, lo que estima el Tribunal prudente y proporcionado a los hechos), se arriba

a una pena final de **presidio menor en su grado máximo**, siendo de parecer este juzgador imponerla en su expresión mínima, lo que redundaría en una sanción más benigna que aquella que habría resultado de haberse aplicado la regla de acumulación material a que se refiere el artículo 74 del Código Penal, hipótesis en la cual, por la presencia de dos atenuantes y ninguna agravante, el tribunal habría estimado rebajar tan sólo en un grado las penalidades individuales de cada delito.

Por otra parte, en el caso de la reiteración de delitos de fraude al Fisco, al no poder ser estimados ellos como uno solo, se considerará a aquél que, aisladamente, con las circunstancias el caso, tuviese asignada una pena mayor y esa pena se elevará en un grado.

Se partirá en consecuencia de uno cualquiera de los delitos y con las circunstancias modificatorias del caso, resultará del caso aplicarle una sanción rebajada en dos grados (que es, para este caso, lo que el Tribunal estima prudente y proporcionado a los hechos), y esa pena abstracta, se aumenta en un grado, con lo que se arriba a la pena de **presidio menor en grado mínimo**, grado dentro del cual se estima de proporción, aplicar una pena de trescientos días de presidio, opción que favorece al acusado por sobre aquella del artículo 74 del Código Penal, evento en el cual el tribunal habría estimado rebajar tan sólo en un grado las penalidades individuales de cada delito e imponer dos sanciones de 300 días de presidio cada una.

En cuanto -finalmente- a las penas de multa que deben aplicarse, se ajustarán las mismas a criterios de proporcionalidad y de mayor o menor mal causado.

DÉCIMO TERCERO: Que acerca de los beneficios de la ley 18.216 que subsidiariamente se piden conceder, se estará a la pena a imponerse y, entendiendo que el sentenciado reúne los requisitos del único beneficio al cual puede aspirar, esto es, el de la **libertad vigilada**, se concederá éste, propendiendo a una adecuada reinserción del encausado y a su permanencia en el mundo laboral, tal como lo hizo presente en la audiencia de procedimiento abreviado su abogada defensora.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y visto además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 números 6 y 7, 15, 25, 29, 30, 39, 49, 50, 67, 68, 69, 70, 233 números 2 y 3, y 239 del Código Penal; 47, 297, 340, 351, 406 y siguientes del Código Procesal Penal y 15 y siguientes de la ley N° 18.216, **SE DECLARA:**

I.- Que se condena a la persona de **RODRIGO GERARDO ALVAREZ TOLEDO**, ya individualizado, como autor de delitos reiterados de malversación de caudales públicos, cometidos en esta ciudad durante el transcurso del año 2003, a las siguientes penas:

- a) A la pena de **TRES AÑOS Y UN DÍA** de presidio menor en su grado máximo;
- b) A una pena de **multa** que se regula en **DIEZ UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES**;
- c) A las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el lapso de la condena;
- d) A la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos por un lapso de diez años;

II.- Que, asimismo, se condena a **RODRIGO GERARDO ALVAREZ TOLEDO**, como autor de delitos reiterados de fraude al Fisco de Chile, cometidos en esta ciudad durante el transcurso de los meses de febrero, marzo, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre del año 2003, a las siguientes penas:

a) A la pena de **TRESCIENTOS DÍAS** de presidio menor en su grado mínimo;

b) A una pena de **multa que se regula en un CINCUENTA POR CIENTO DEL MONTO DEFRAUDADO**, suma esta última que asciende a seiscientos ochenta y cinco mil seiscientos noventa y siete pesos (\$685.697.-), de lo que se sigue que el **monto nominal de la multa impuesta es de trescientos cuarenta y dos mil ochocientos cuarenta y nueve pesos (\$342.849.-)**;

c) A las penas accesorias de suspensión de todo cargo u oficio público durante el lapso de la condena;

d) A la pena de inhabilitación especial perpetua para el cargo o función servido por el sentenciado Alvarez Toledo, esto es, Servicios de Asesoría al Ministerio de Agricultura, a través de la Secretaría Regional Ministerial de Agricultura de la Región de Magallanes y Antártica Chilena;

III.- A propósito de las penas privativas de libertad impuestas en los resuelvo I y II precedentes y estimándose que el sentenciado reúne los requisitos del artículo 15 de la ley N° 18.216, **se le concede el beneficio de la Libertad Vigilada**, debiendo, en consecuencia, quedar sujeto al régimen de tratamiento y observación que le imponga la Sección de Tratamiento en el Medio Libre del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Punta Arenas, **por**

el lapso de CUATRO AÑOS, debiendo, además, dar cumplimiento a las condiciones previstas en el artículo 17 de la citada ley.

Si el beneficio concedido le fuese revocado, el sentenciado deberá cumplir efectivamente la pena corporal impuesta, la que se le computará desde que se presente o sea habido, sin abonos que considerar a su respecto.

IV.- Para el caso que el sentenciado no pagase las multas impuestas, sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión, a razón de un día de reclusión por cada un quinto de unidad tributaria mensual que adeudase, no pudiendo exceder dicha reclusión de seis meses.

Acorde a lo prevenido en el artículo 49 del Código Penal, se dispone que, en caso que el sentenciado deba cumplir de manera efectiva sus penas privativas de libertad o al menos la mayor de ellas, cese de inmediato la medida sustitutiva y/o de apremio antes referida.

De conformidad, asimismo con lo dispuesto en el artículo 70 del Código Penal, se concede un lapso de seis meses para hacer pago de las multas impuestas, a razón de cuotas iguales, mensuales y sucesivas, de manera que el no pago oportuno de cualquiera de las cuotas, hará exigible el saldo insoluto en forma inmediata.

V.- Se exime al sentenciado del pago de las costas de esta causa, atendida la colaboración por él prestada, manifestada en su voluntad de someterse al procedimiento abreviado.

Regístrese y dése a conocer en la audiencia fijada al efecto.

En su oportunidad, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal. Hecho, archívense.

RUC N° 0600162007-8.-

RIT N° 1.214-2007.-

Pronunciada por don Juan Enrique
Olivares Urzúa, Juez Titular del Juzgado
de Garantía de Punta Arenas.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y
ESTUPEFACIENTES

CRITERIOS CONTENIDOS EN LAS SENTENCIAS DICTADAS POR INFRACCIÓN A LA LEY N° 20.000 DURANTE LOS MESES DE MAYO A JULIO DE 2008⁸⁷

*Renzo Figueroa Aste*⁸⁸

I. Introducción

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

El objetivo del presente trabajo es dar a conocer criterios relativos a materias que aún generan discusión en las causas por infracciones a la Ley de Drogas.

Los criterios rescatados en el señalado período son:

- 1.- La concurrencia de la cooperación eficaz resulta incompatible con la de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos del artículo 11 N° 9 del Código Penal y debe ser reconocida por el órgano persecutor.
- 2.- Teoría de la buena fe del agente.
- 3.- La reincidencia específica del artículo 21 de la Ley N° 20.000, en relación a la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, no necesita para su acreditación la debida legalización que exige el artículo 345 del Código de Procedimiento Civil.
- 4.- Discusión respecto del dolo del agente, el dominio del hecho y el principio de congruencia.
- 5.- Cuestionamiento del procedimiento de control de identidad y posterior discusión respecto de la ilicitud de la prueba proveniente del mismo.
- 6.- La concurrencia de elementos de comisión de delito que llevan a configurar el hecho como tráfico del artículo 3° de la Ley N° 20.000 en conjunto con la circunstancia de formar parte de una agrupación o reunión de delincuentes del artículo 19 letra a).
- 7.- Pureza o concentración de la droga para configurar el delito y su trascendencia para considerarla dañina para la salud pública.

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

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

Finalmente, nos referiremos a un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto para ante el Tribunal Constitucional en contra de la figura contemplada en el artículo 4 de la Ley 20.000.

II. Criterios Jurisprudenciales:

1.- La concurrencia de la cooperación eficaz resulta incompatible con la de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos del artículo 11 N° 9 del Código Penal y debe ser reconocida por el órgano persecutor⁸⁹.

La Defensoría Penal Pública interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en virtud de la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

La recurrente sostuvo que la errónea aplicación consistió en no admitir la concurrencia de la atenuante especial del artículo 22 de la Ley N° 20.000, en atención a que sólo el Ministerio Público podía reconocerla, agregando que dicha interpretación equivale a una disminución de la potestad jurisdiccional del Poder Judicial.

La defensa, además, manifestó que la acusada admitió que viajaba a la ciudad de Santiago portando CD para su venta, sin contar con documentos que dieran cuenta de la procedencia de la mercadería, entregando el ticket de su equipaje, lo que permitió que personal policial lo revisara, encontrando en su interior cuatro bolsas de nylon que contenían 66 paquetes contenedores de clorhidrato de cocaína.

El Ministerio Público expresó que el tribunal fue claro al exponer las razones por las cuales la atenuante no era aplicable. Además, expresó que ni en la formalización, en la acusación ni durante el juicio se solicitó el reconocimiento de la misma, no coincidiendo los antecedentes aportados por la acusada con los supuestos legales establecidos para la concurrencia de esta especial circunstancia atenuante de responsabilidad penal.

Al respecto la Corte señaló que:

“...la cooperación eficaz, conforme lo establece el artículo 22 de la Ley N° 20.000 consiste en el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables que contribuyan ineludiblemente: a) al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables, esto es, cuando la información permita disponer de medios de prueba para determinar la existencia del delito, que no podría obtenerse de otra forma, como identificar a otros responsables del mismo ilícito; b) sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en dicho texto legal, en términos de que la información

89 CA Antofagasta, 13/05/08, ROL N° 82-2008, RUC N° 0700685315-8, considerandos 5°, 6°, 7°, 9°.

proporcionada permita interrumpir la realización de otros actos constitutivos de delitos contemplados en la referida ley.”

“...es dable precisar, asimismo, que la concurrencia de la cooperación eficaz, resulta incompatible con la contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, cuando se funde en los mismos antecedentes, constituyendo la primera una forma especial de colaboración, que atento al principio de consunción absorbe a esta última. Sin embargo, en la práctica puede ocurrir que se den los requisitos de la atenuante genérica porque el imputado ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, y no se configuran los requisitos que exige el inciso primero del artículo 22 de la Ley N° 20.000, como ha ocurrido en el caso sublite.

“...Que si bien el Ministerio Público no le reconoció a la imputada la atenuante que nos ocupa, los sentenciadores, y como ellos mismos lo sostienen en el considerando undécimo, en uso de sus facultades jurisdiccionales procedieron a analizar la minorante alegada esgrimiendo los argumentos para no acogerla. En efecto, señalan que ni siquiera hubo una admisión de los hechos imputados por parte de la acusada, como tampoco aportó ni suministró datos o informaciones precisas, verídicas, que hayan conducido al esclarecimiento de los hechos o permitido la identificación de otros involucrados en el ilícito, sin darse en la especie los otros supuestos establecidos en la norma referida.”

“...Que en las circunstancias anotadas precedentemente, no se advierte error de derecho, desde que no aparece que los jueces de fondo estén imponiendo requisitos no contemplados en la ley para analizar la atenuante del artículo 22 de la Ley N° 20.000.-, siendo plenamente aplicables al caso materia de la investigación los argumentos sustentados por éstos para rechazarla y constituyendo una facultad de los mismos lo concerniente a conceder la rebaja de la pena acorde al número y entidad de las atenuantes que concurran, según lo establece el inciso tercero del artículo 68 del Código Penal, no se ha hecho una errónea del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto...”

2.- Teoría de la buena fe del agente.⁹⁰

El tribunal tuvo por establecido que el día 5 de septiembre de 2007, funcionarios de la Policía de Investigaciones, previa denuncia de venta de drogas, se constituyeron en el lugar denunciado utilizando la figura de agente revelador. Que, posteriormente, dicho agente se contactó con un joven a quien le señaló que venía a comprar droga procediendo este a ingresar al domicilio de calle Yunque N° 8, contactando a una mujer, quien salió hacia el exterior y recibió del agente revelador un billete de \$1.000, previamente marcado, dirigiéndose hasta el domicilio ubicado en Yunque N° 7 del mismo sector, lugar donde procedió a ingresar y salir con un envoltorio de papel de cuaderno cuadriculado el que entregó al agente revelador, conteniendo 0,09 gramos netos de pasta base de cocaína. Ante esta situación, la Policía ingresó a ambos domicilios, encontrando más droga y dinero efectivo de baja denominación.

90 TOP Valparaíso, 03/05/08, RUC N° 0700688549-1, RIT N° 89-2008, considerando 12°, letra c).

Para el tribunal los hechos constituyeron el delito de tráfico ilícito de droga del artículo 4° de la Ley N° 20.000.

La defensa de una de las imputadas solicitó la absolución de su defendida en razón que la prueba aportada por la fiscalía había sido obtenida de manera ilícita, por cuanto la evidencia incautada en su domicilio fue producto de un ingreso no ajustado a lo dispuesto por el artículo 206 del Código Procesal Penal.

Al respecto el Tribunal rechazó tal petición toda vez que la defensa no logró acreditar el supuesto esgrimido, esto es, que el segundo piso del domicilio ocupado por su defendida era una casa independiente de la habitada por su coimputada, invocando entre otras razones que ambas al individualizarse dieron el mismo domicilio sin hacer distinción alguna.

Agregando los sentenciadores que: *“... aún cuando se hubiere acreditado el supuesto planteado por la defensa de Quiñones Casanova para fundar su solicitud, esta igual debe rechazarse por haber actuado los funcionarios de policía amparados en lo que en doctrina se denomina “buena fe del agente”, -esto es creer razonablemente que se actúa dentro del marco legal que regula la situación concreta por estar frente a los presupuestos que permiten dicho actuar- así, en la especie, los elementos de juicio con que contaban en ese momento los agentes policiales para ingresar al segundo piso del Pasaje Yunque n° 7, Porvenir Bajo, Playa Ancha, Valparaíso, -inmueble al cual concurrió Verónica Schultz Paz a buscar el papelillo de pasta base que entregó al agente revelador- eran que el sitio en cuestión no tiene una numeración diferenciada para las construcciones que en ella existen -tres y a todas las ampara el n° 7-, que el segundo piso allanado se encuentra unido físicamente con el primer piso, lo que no ocurre con la casa José Quiñones Casanova, según dijo su madre y se pudo apreciar lo primero en las fotografías incorporadas por la defensa, y que tanto Estay Amarales como Ojeda Yañez señalaron que este último ingresó al segundo piso en cuestión luego de decirles Casanova Mella que era parte de la misma casa, todas estas circunstancias permiten colegir que los funcionarios policiales actuaron en la creencia que se trataba del mismo domicilio, precisando, que cuando allanan un inmueble deben revisar todas las dependencias del mismo”.*

3.- La reincidencia específica del artículo 21 de la Ley N° 20.000, en relación con la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, no necesita para su acreditación la debida legalización que exige el artículo 345 del Código de Procedimiento Civil.⁹¹

Los hechos que el tribunal tuvo por acreditados ocurrieron el día 28 de julio de 2007, en virtud de una denuncia anónima que señalaba que un sujeto se encontraba comercializando droga. En virtud de ello, personal policial procedió a concurrir al lugar controlando al sujeto denunciado, a quien se le incautaron siete envoltorios de papel cuadriculado contenedores de 3,70 gramos bruto (1,70 gramos neto) de cannabis sativa, la suma de \$12.070 en billetes y monedas de distinta denominación y un corta pluma con empuñadura de color negro.

91 TOP Antofagasta, 06/06/08, RUC N° 0700568142-6, RIT N° 83-2008, considerando 10°.

Posteriormente, se concurrió a su domicilio, donde se logró incautar veinte papeles contenedores de 10,3 gramos bruto (4,80 gramos neto) de la misma sustancia, y al interior de una mochila junto a otras especies se encontró, en un cofre de metal, una bolsa de plástico con cincuenta y tres envoltorios de papel con 29,50 gramos bruto (13,30 gramos neto) de cannabis sativa y dos bolsas de plástico contenedoras de 86,90 gramos bruto (83,60 gramos neto) de la misma sustancia.

El Ministerio Público solicitó la aplicación de la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, circunstancia rechazada por la defensa por cuanto a su juicio los documentos incorporados por el ente persecutor para acreditarla no cumplían con los requisitos señalados en la ley, específicamente lo dispuesto en el artículo 345 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto el Tribunal señaló que:

“...perjudica al acusado la circunstancia agravante de responsabilidad penal invocada por el Ministerio Público, de ser reincidente en delito de la misma especie, contemplada en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, pues dicha circunstancia se estimó acreditada con la documentación acompañada en la oportunidad prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal, esto es: fotocopia de la Sentencia 525/1999 de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 16°, de fecha 20 de diciembre de 1999 que indica que fue condenado a una pena de nueve años de prisión y multa de seis millones de pesetas, fundando su participación en el hecho que el día 8 de abril de 1998 a las 16:00 horas al haber arribado al aeropuerto de Barajas en el vuelo de la Compañía Iberia procedente de Cartagena (Colombia), portando en el interior de su organismo 121 cuerpos cilíndricos, que contenían un total de 980 gramos de cocaína de una pureza del 77,8%; Oficio Reservado UCIEX 151/2008, de fecha 2 de mayo de 2008, remitido por la Fiscalía Nacional que remite la respuesta de las autoridades de España al requerimiento internacional; carta dirigida por el embajador de Chile en España, don Osvaldo Puccio Huidobro, de fecha 16 de abril de 2008 en la cual remite la documentación solicitada al Ministerio Público; documento firmado por el Subdirector del Centro Penitenciario de Topas, que certifica que el interno Jaime Omar Sánchez Reyes, es puesto en libertad condicional con fecha 15 de febrero de 2006, fijando su residencia en Chile. A ello se suma lo declarado por el acusado en el juicio, en el sentido que efectivamente cumplió una condena impuesta por un Tribunal Español por un delito de la misma naturaleza.”

“Cabe señalar que el artículo 21 de la Ley de Drogas prevé expresamente que: “Para determinar si existe reincidencia en los delitos castigados en esta ley, se considerarán las sentencias firmes dictadas en un estado extranjero aun cuando la pena impuesta no haya sido cumplida””⁹².

“No se estimó aplicable en este caso el artículo 345 del Código de Procedimiento Civil que dispone en su inciso primero que: “Los instrumentos públicos otorgados fuera de Chile deberán presentarse debidamente legalizados, y se entenderá que lo están cuando en ellos conste el carácter público y la verdad de las firmas de las personas que los han autorizado, atestiguadas ambas circunstancias por los funcionarios que, según las

92 Párrafo subrayado por el autor.

leyes o la práctica de cada país deban acreditarlas.” Además se nombran en el inciso segundo los medios por los cuales se puede comprobar en Chile la autenticidad de las firmas y el carácter de esos funcionarios. Para ello se consideró que las exigencias previstas en dicha norma, no son aplicables en materia procesal penal, en el cual rige el principio de libertad de prueba, ya que el artículo 295 del ramo, dispone que: “Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”. Así se estimó que, en esta situación en particular, en que además de la documentación acompañada, fue el propio acusado quien admitió la circunstancia de haber sido condenado por un tribunal extranjero, –lo que como se dirá más adelante, se valorará adecuadamente por el tribunal para calificarle su colaboración– fue suficiente para dar por establecida la existencia de una sentencia condenatoria de un tribunal extranjero que le afectaba, de manera tal que apreciando los documentos acompañados en conjunto con los dichos del imputado, debe darse por establecido que el mismo fue condenado precisamente por un tribunal español en relación a hechos similares a cumplir una pena de seis años de presidio, como autor del delito de tráfico de estupefacientes”.

4.- Discusión respecto del dolo del agente, el dominio del hecho y el principio de congruencia.⁹³

Los hechos que el tribunal tuvo por establecidos ocurrieron el día 15 de octubre de 2007, mientras personal de Carabineros de Alto Hospicio efectuaba un patrullaje, en la ruta A-16, donde se controló un vehículo, detectándose en su interior a una pareja que transportaba dentro de una mochila 9 bolsas de polietileno tipo helado, y en un monedero 50 envoltorios de papel cuadriculado, todos con pasta base de cocaína, que en total pesaron 73,21 gramos netos; así como \$102.920 en efectivo.

La defensa de una de las imputadas solicitó su absolución expresando que el ente acusador no fue capaz de acreditar su intervención culpable en dicho ilícito teniendo como única evidencia el hallazgo de la mochila con droga, detrás del asiento del conductor, mientras que ella iba sentada a su lado, en el lugar del copiloto, por lo que ella no habría tenido posibilidad alguna de conocer su existencia. En subsidio, pidió que se le condenara en calidad de cómplice, pues el dominio del hecho siempre fue de su coimputado.

Por su parte, la defensa del imputado sostuvo que no iba a discutir la participación de su representado, aclarando que la fiscalía no obstante haber formalizado por la figura del artículo 4° de la Ley N° 20.000, nunca citó a las partes para reformular y acusar por la figura del artículo 3°. En el mismo sentido la defensa de la segunda imputada señaló que el delito que concurría en la especie, era el de microtráfico y que el Ministerio Público, habría coartado el derecho a defensa de su representada cuando formalizó por dicho tipo penal, para luego cerrar la

93 TOP Iquique, 17/06/08, RUC N° 0710021132-1, RIT N° 98-2008, considerando 10° y 11°.

investigación y acusar por tráfico, sin opción de poner en conocimiento suyo dicha reformatización, no ajustándose al principio de congruencia.

Para el tribunal la participación de los acusados en el delito resultó justificada, más allá de toda duda razonable, en virtud de los medios de prueba que se presentaron, haciendo especial mención en el hecho que la acusada se encontraba en el vehículo donde se transportaba la droga, y que al momento de la detección de la mochila por parte del personal policial, esta *“...nada dijo, ni manifestó sorpresa, especialmente al encontrar la droga, teniendo en consideración que dicho morral era suyo, el que por demás tenía características notoriamente femeninas”*.

Tomando en consideración que la propia acusada señaló que la mochila era de su propiedad el tribunal pudo colegir que: *“...siempre fue utilizada como medio para transportar y ocultar la droga, en el móvil. En el mismo sentido, escapa a las reglas de la lógica y máximas de la experiencia, la circunstancia que el imputado haya tratado de ocultar a su pareja la existencia del alcaloide, usando para esto precisamente la mochila de propiedad de la coacusada, y que en algún momento iba a ser abierta por ella, porque estaba destinada a su uso personal; y por el contrario, resulta evidente que la droga siempre se guardó en la misma”*.

“Este conjunto de indicios, que revelan el conocimiento y dominio que la acusada tenía del transporte de la droga, permiten tener por acreditada la participación inmediata y directa, que en calidad de autora le cupo..., más allá de toda duda razonable; conjuntamente con la intervención en la misma calidad, por parte del imputado...”.

Respecto de la ausencia de dolo como elemento subjetivo del tipo, invocada por parte de la defensa el tribunal señaló que: *“...será rechazada, merced a los indicios consignados en el motivo que antecede, que resultan demostrativos del conocimiento de ella tenía de la existencia de la droga, guardada dentro de su mochila, para ser destinada a su comercialización, así como de su intención de transportarla con tal cometido”*.

En cuanto a la falta de defensa para controvertir el delito materia de la acusación, diverso de aquél motivo de la formalización, el tribunal expresó que: *“...se debe tener presente que el principio de congruencia respecto a la actuación de este tribunal oral en lo penal (competencia), rige en relación a los hechos plasmados en la acusación, mismos que fueron debatidos en juicio, sindicados en el auto de apertura, y resueltos en este fallo, por lo cual no se afectó la congruencia porque los hechos son los mismos así como su calificación jurídica; en tal sentido, se desprende lo prevenido en los artículos 259 y 277 en concordancia con el 340, del Código Procesal Penal”*.

5.- Cuestionamiento del procedimiento de control de identidad y posterior discusión respecto de la ilicitud de la prueba proveniente del mismo.⁹⁴

Los hechos que se tuvieron por acreditados ocurrieron con fecha 29 de septiembre de 2007, en el kilómetro 1.355 de la Ruta 5 norte, control carretero de La Negra, en circunstancias que personal de Carabineros se encontraba reali-

94 TOP Antofagasta, 24/06/08, RUC N° 0700764586-9, RIT N° 100-2008, considerando 9º.

zando un control vehicular, procedió a fiscalizar un bus interprovincial que se dirigía a la ciudad de Santiago, percatándose de que un pasajero boliviano, al advertir la presencia policial, se mostró nervioso, dando información equívoca sobre su lugar de embarque, por lo que se procedió al registro de su equipaje, encontrando un par de calcetines de color blanco y gris los que mantenían en su interior ochenta y dos ovoides recubiertos con cinta adhesiva transparente, de color café, contenedores todos de clorhidrato de cocaína. Asimismo, se encontraron otros sesenta ovoides los que en su interior mantenían la misma sustancia. Dicho imputado fue detenido y trasladado al Hospital Regional donde el médico de turno determinó la existencia de ovoides al interior de su organismo, evacuando la cantidad de veintiséis ovoides de las mismas características a los ya incautados.

En los hechos también fue fiscalizado su acompañante, quien también entregó versiones contradictorias en cuanto al viaje y al conocimiento previo que tenía del coimputado, logrando determinar, pese a su negativa, el transporte de ovoides en su organismo, evacuando la cantidad de doce contenedores de clorhidrato de cocaína.

A raíz de lo anterior se logró incautar la cantidad de 2.250,30 gramos brutos de clorhidrato de cocaína, con una pureza entre 85% y 94%.

La defensa, pese a no cuestionar la existencia del delito y participación de su representado, estimó que con la prueba rendida en el juicio se pusieron de manifiesto una serie de errores de procedimiento, entre ellos que su defendido fue fiscalizado sólo por ser boliviano y exhibir el consabido nerviosismo, destacando que su detención se produce sólo después de ratificarse la presencia de ovoides. Por ello a su juicio debía restársele valor a la prueba obtenida por el Ministerio Público.

Al respecto el tribunal señaló que: “...en lo que dice relación con los supuestos vicios procedimentales que ha señalado la defensa del acusado..., ellos no se advierten por el Tribunal desde el momento que el control de identidad practicado por el funcionario..., y refrendado por el funcionario..., aparece sustentado en circunstancias determinadas y plausibles –contradicciones en relación al lugar en que ambos abordaron el bus, equívocos sobre su viaje a Santiago así como respecto de su mutuo conocimiento previo, fuerte olor a precursores químicos–, las que justifican que los indicios por ellos referidos les permitieron efectuar el registro del equipaje de ambos sujetos y posteriormente –bajo su anuencia– trasladar al imputado... “al Hospital Regional para que se le tomasen las radiografías que comprobaron que en su cuerpo transportaba droga.”

“Este Tribunal, por lo demás, estima, pese a que la discusión pertinente debió haberse zanjado en la correspondiente audiencia de preparación de juicio oral conforme establece expresamente el artículo 276 del Código Procesal Penal, que la clave para entender el artículo 85 de este mismo Código se encuentra en la primera frase de su inciso 1°, que a la letra señala “Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados”. Por tanto, la policía estará obligada –pues tal es el sentido de la forma verbal “deberán”– a requerir la identificación de cualquier persona si en el hecho

se da un caso fundado. La mencionada disposición expresa a continuación, a vía meramente ejemplar –ya que emplea la expresión “tales como”– los casos que se entienden necesariamente fundados, lo que no excluye a otros distintos de los mencionados y que pueden irse acotando en la jurisprudencia derivada de las audiencias de control de detención y preparación de juicio oral. En cuanto al caso concreto, en atención a lo que se escuchó en el juicio de los funcionarios de Carabineros de Chile, fluye del examen del procedimiento policial que este se ajustó a los cánones que han inspirado el referido texto legal, ya que el personal policial estimó del caso, en su momento, controlar la identidad de dos ciudadanos bolivianos que, sin tener residencia permanente en la república y no siendo turistas, se trasladaban hacia Santiago desde Antofagasta, pese a que informaron provenir de Calama, a lo que se une la circunstancia de emplearse frecuentemente, en dicha ruta, ciudadanos de nacionalidades peruana o boliviana para transportar sustancias psicotrópicas y estupefacientes hacia el sur de nuestro país, elementos que configuran la hipótesis del caso fundado de que habla el ya mencionado artículo 85. Luego, aún cuando en ese momento los acusados presentaron sus documentos en regla, la policía ya se encontraba autorizada para efectuar un registro de sus vestimentas o equipaje, por permitirlo expresamente el inciso 2° de la disposición señalada. No corresponde a este Tribunal efectuar una crítica del artículo en comento y de su conformidad o no con las bases de un ordenamiento jurídico creado sobre la idea de un Estado democrático de Derecho, caracterizado por una mayor libertad y tolerancia frente a lo distinto, correspondiendo constatar simplemente que, en su momento, la policía ejerció sus atribuciones en virtud de un texto legal, al configurarse un caso fundado que no solamente la autorizaba sino que igualmente le exigía proceder”.

6.- La concurrencia de elementos de comisión del delito que llevan a configurar el hecho como tráfico del artículo 3° de la Ley N° 20.000 en conjunto con la circunstancia de formar parte de una agrupación o reunión de delincuentes del artículo 19 letra a).⁹⁵

Los hechos que el Tribunal tuvo por acreditados se basaron en la investigación realizada por personal de la Brigada de Antinarcóticos de Policía de Investigaciones de Rancagua, la que logró determinar que un sujeto junto con su mujer compraban pasta base de cocaína a diversos proveedores encargando su adquisición a su hija, quien se dedicaba a la labor de intermediación, aprovisionamiento y dosificación. La sustancia era posteriormente trasladada a un prostíbulo donde su regenta y la pareja de esta última la vendía a todo aquel que estuviere interesado en adquirirla en el mismo recinto o en las afueras de éste, rindiendo cuenta posterior de todas las transacciones realizadas diariamente a una tercera persona también imputada en la causa.

En virtud de los allanamientos efectuados por la policía se logró incautar droga en dos lugares distintos y en poder de personas diversas, entendiendo el tribunal que en virtud de los elementos de prueba se había tratado de un solo hecho, donde las conductas desarrolladas por los acusados, develaron una organización interna y concertación para delinquir.

95 TJOP Rancagua, 01/07/08, RUC N° 0600290350-2, RIT N° 121-2008, considerando 4°, letra e) y 7°.

En definitiva la droga decomisada era poseída y guardada por tres de los acusados, siendo otros dos partícipes los que proveían del dinero para la adquisición de la misma, controlando su posterior venta y exigiendo las ganancias, configurándose con ello el delito establecido en el artículo 3° la Ley N° 20.000.

En cuanto a la cantidad de droga incautada y entendiéndose que se trata de uno de los elementos orientadores para determinar si estamos ante un tráfico del artículo 3° o 4° de la Ley N° 20.000, en la presente investigación se incautaron en el primer domicilio 31 gramos y 900 miligramos de pasta base de cocaína, sustancia que se encontraba oculta en el interior de los medidores de luz en una bolsa plástica, y otra bolsa, de similares características, con la cantidad de 148 papelillos con la misma sustancia, con un peso de 28 gramos y 500 miligramos. Por su parte, en un segundo domicilio, se encontró una bolsa plástica, con 121 papelillos contenedores de pasta base de cocaína con un peso de 22 gramos y 800 miligramos, lo que en total asciende a 83 gramos y 400 miligramos de pasta base de cocaína.

En relación con la solicitud de la defensa en cuanto a considerar los hechos como microtráfico, el tribunal estuvo por rechazarla, toda vez que a su juicio **la cantidad de droga** decomisada no constituyó, desde ningún punto de vista, una pequeña cantidad, puesto que según la experiencia adquirida en los distintos juicios orales en que se ha discutido esta misma materia, de lo incautado se puede obtener gran cantidad de papelillos, por cuanto era sabido que de un gramo de drogas se pueden obtener más de dos papelillos y multiplicado ese factor por la cantidad de droga a granel decomisada se conseguirían varias dosis más, lo que sería relevante y no menor para la salud pública, dado el potencial número de consumidores que se pudiera surtir con esa cantidad.

Señaló además que **la pureza de la droga** también debía ser considerada para entender que estábamos frente a un tráfico del artículo 3° de la Ley N° 20.000, *“...dado que la pureza que oscila entre un 46 a un 48% no resulta compatible con aquellas personas que comercializan en mínimas cantidades, que las aumentan con otras sustancias para llegar a una que contenga un porcentaje mínimo. Tantos por cientos menores se asocian con dosis que se venden para el consumo, independientemente del envase en que se contienen. Un traficante de menor escala habitualmente cuenta con droga de mejor calidad, como es el caso.”*

*“También encontrar la cantidad de droga ya descrita, unida a sus dos **formas de distribución**, o sea, a granel y dosificada importa **habitualidad** en la comercialización, cuestión que también se avaló con el mérito de la pesquisa policial, y ello además resultó ser otro elemento orientador para calificar los hechos como tráfico del artículo 3° de la Ley N° 20.000.”*

Importante resultó el **monto de dinero incautado** por cuanto para los sentenciadores podía ello constituir un indicio de una actividad propia del tráfico, no tanto por su cantidad sino por su origen, el cual no apareció asociado con actividades lícitas que lo generaran, tomando en consideración el informe del Servicio de Impuestos Internos, el que no registraba inicio de actividades ni declaraciones de impuestos.

En este sentido el tribunal expresó que: *“Si bien, ambas acusadas mantienen operaciones vigentes en algunas instituciones de crédito al 19 de febrero de 2007, según el informe de la **Superintendencia de Bancos**, eso no quiso decir que contaran con ingresos que legitimaran esos actos, porque no se especificó en el documento a qué tipo de operación comercial corresponde. Tampoco contribuyó a esclarecer el origen lícito de los dineros incautados a Carolina Soto, el hecho de que se incorporara por la Defensa un **certificado emanado de doña Mónica Pizarro**, comisionista de la empresa Oriflame, en el cual se menciona que aquella vende cosméticos a comisión desde diciembre de 2007, puesto que, es una información que no corresponde al período investigado, lo mismo pudo decirse del **formulario para el llenado de antecedentes personales** de aquellos que deseen incorporarse en la venta de los referidos cosméticos, el que, además, no contiene fecha”*.

Respecto a la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal del artículo 19 letra a) de la Ley N° 20.000, el tribunal expresó que:

“...tal como lo señaló el señor fiscal, las conductas desarrolladas por los condenados no consiguieron enmarcarse dentro de los supuestos que establece el artículo 16 de la ley referida, el despliegue escénico desarrollado por éstos cupo dentro de lo que se define como una agrupación o reunión de delincuentes, desde el momento que el calificativo de delincuente se obtiene por el solo hecho de cometer un acto delictivo. Por lo tanto, se estuvo ante un conjunto de personas asociadas a un delito, lo que se dedujo de las probanzas de cargo ya referidas, especialmente de las conversaciones telefónicas captadas, en las que se escuchó las condiciones de venta y resguardos que debían adoptar los acusados entre sí para traficar”.

“La actividad del matrimonio... “junto con el concurso de su hija...” y de sus fieles colaboradores..., conformaron el engranaje perfecto, el “círculo virtuoso” generador de riqueza y provecho, en el que todo aquel que participaba y se comprometía con esta “empresa familiar” obtenía beneficios. Todos colaboraron y desarrollaban funciones propias, muy bien asociadas unas con otras, incluso, si uno de sus componentes se ausentaba por cualquier causa..., el otro continuaba con la misma labor, aunque con mayores resguardos”.

“Si bien, no existió un organigrama direccional de esta empresa ilícita, compuesta de pocos integrantes, no por eso, se desconoció que contaba con dos articuladores clave..., quienes ejercían labores gerenciales: de supervigilancia de las ventas de las sustancias prohibidas, de revisar las existencias o stock de las mismas, de coordinar los traslados y provisión de droga, de otorgar autorizaciones para la compra de más estupefacientes y posterior enajenación de éstos, de autorizar las peticiones de compra al fiado hecha por un consumidor, y de advertir a sus vendedores la presencia de extraños que pudieran entorpecer su mercado”.

“Los periódicos contactos telefónicos entre los sentenciados dieron cuenta de una sola finalidad y empeño: traficar drogas. Ello se dedujo de las conductas similares y reiteradas en el tiempo, con lo que se otorgó al narcotráfico una característica permanente y preeminente en la vida de los sentenciados. Se recuerda que la investigación duró casi doce meses y las captaciones telefónicas ocho y en todo este tiempo se apreciaron las mismas gestiones”.

“Por todo lo señalado, se discrepó de la argumentación de la Defensa, cuando sostuvo que no se daban los requisitos de la calificante de pena del artículo 19 letra a) de la Ley N° 20.000, y además, no detalló minuciosamente cuáles eran, lo que restó solvencia a sus argumentos”.

7.- Pureza o concentración de la droga para configurar el delito y su trascendencia para considerarla dañina para la salud pública.⁹⁶

Los hechos que el tribunal tuvo por establecidos ocurrieron el día 12 de octubre de 2007, mientras Carabineros realizaba un patrullaje preventivo, recibiendo una denuncia que indicaba que dos personas se encontraban vendiendo droga. Al llegar al lugar los sujetos intentaron darse a la fuga siendo detenidos en el lugar y tras realizar una revisión de sus vestimentas se encontró en poder de uno de ellos cincuenta y seis bolsas de nylon con un polvo beige opaco húmedo que resultó ser pasta base de cocaína, con un peso bruto aproximado de 77,5 gramos, además de un envoltorio de papel cuadriculado con la misma sustancia cuyo peso bruto aproximado fue de 13,4 gramos, y 91 envoltorios de papel de cuaderno con 23,1 gramos brutos aproximados de pasta base de cocaína, siendo el total de la droga incautada la cantidad de 110,90 gramos brutos (107,50 gramos netos), con una pureza de 57%.

La defensa de uno de los acusados sostuvo que los hechos configuraban el delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 4° de la Ley N° 20.000, cuestión que fue rechazada por el tribunal, expresando que: *“...el decomiso descrito correspondió a la incautación de un **polvo beige que en total ascendió a 107,50 gramos netos (110,90 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 distribuída **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”.

96 TOP Antofagasta, 02/07/08, RUC N° 0700803104-K, RIT N° 99-2008, considerando 8°.

Respecto a lo que dice relación con el porcentaje de la droga, el tribunal señaló que: *“...desestimando la apreciación de la defensora de Pizarro, 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 olvida 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”.*

III. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Con fecha 19 de noviembre de 2007, el señor Paul Morrison Cristi interpuso un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 4° de la Ley N° 20.000, esto es tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga, en la causa seguida ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco por el referido delito.

Para el recurrente el artículo 4° hace presumir que la posesión de droga, aunque sea en cantidades mínimas, es para comercializarla, otorgándole con ello un valor de presunción absoluta a la simple posesión, es decir, que a partir del supuesto de la posesión se presume responsabilidad penal, desligando al Estado de la carga de acreditar tal responsabilidad, debiendo el afectado probar su inocencia invirtiendo con ello la carga de la prueba.

A ello agrega que, en virtud de la presunción de inocencia, debe ser el órgano acusador quien acredite los cargos, impidiendo la inversión de la carga de la prueba, todo garantizado constitucionalmente y que se traduce en que nadie puede ser condenado ni considerado culpable en tanto su responsabilidad no haya sido establecida por sentencia, lo que constituye una garantía implícita.

Al respecto el Ministerio Público sostuvo que la norma impugnada consagra la figura del “microtráfico”, que evita sanciones drásticas a quienes trafican con pequeñas cantidades de estupefacientes, a diferencia de lo señalado en la anterior legislación que contemplaba sólo una figura de tráfico ilícito de estupefacientes y, en un segundo nivel, sancionaba el consumo, no existiendo un segmento intermedio, estableciendo la posibilidad de que el imputado justifique la tenencia de pequeñas cantidades de drogas para un tratamiento médico o para su consumo personal, y en ese sentido es precisamente el Ministerio Público el que asume la carga de la prueba mientras que la defensa tiene el derecho a justificar su conducta. Así el ente acusador debe acreditar alguno de los verbos rectores del artículo 4°, lo que implica probar que el imputado portaba, transportaba, poseía o guardaba una cantidad determinada de droga, cuestión que en la investigación que dio origen al recurso se realizó, no vulnerándose entonces la presunción de inocencia y no exigiéndole al imputado probar un hecho negativo, sino que, por el contrario, se le da la posibilidad de acreditar hechos positivos como lo es que la droga está destinada a un tratamiento médico o que está destinada al consumo personal. Por lo tanto, la norma no exige probar la inocencia, como tampoco probar su no participación en el ilícito, sino que sólo establece la posibilidad de justificar una conducta específica.

Por otra parte, la recurrente señala como capítulos de inaplicabilidad la violación al artículo 1°, inciso primero, de la Constitución, toda vez que era atentatorio contra la dignidad de las personas el invertir el orden normal de las relaciones jurídico-penales e imponer la exigencia de acreditar no ser merecedor de sanción penal, y la vulneración al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, puesto que la soberanía reconoce como limitación los derechos que emanan de la naturaleza humana. Finalmente el requirente argumenta que se vulnera el artículo 19 N° 3, inciso primero, de la Constitución, ya que todos los acusados por delitos tienen los mismos derechos de defensa, salvo aquellos acusados por el artículo 4° de la Ley N° 20.000, ya que si no prueban determinadas circunstancias, serán sancionados penalmente.

Al respecto el Ministerio Público indica que la norma impugnada puede ser aplicada a cualquier persona que incurra en la conducta descrita, por lo que no observa de qué manera se afecta la igualdad ante la ley ni menos el derecho a igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Hace presente el Ministerio Público que en el evento de declarar la inaplicabilidad de la norma, la disposición que subsistiría en la causa sería la contemplada en el artículo 1° de la Ley N° 20.000 en relación a su artículo 3°, sin tomar en consideración la cantidad de droga incautada, conllevando con ello una sanción mayor y sin permitir la justificación de la conducta, como sí lo hace la norma impugnada.

El Tribunal, a propósito del principio de inocencia, señaló que la Constitución Política no lo consagra explícitamente, pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas. No obstante lo anterior, sí aparece reconocido formalmente en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile.

Respecto de la presunción de inocencia, el Tribunal señaló que ella está compuesta de dos reglas complementarias entre sí, la primera es una regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual *“...toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (nulla poena sine indicio)”*. Mientras que la segunda es una regla de juicio, en razón de la cual *“...el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (in dubio pro reo)”*. Continúa el tribunal señalando que: *“La denominada ‘presunción de inocencia’ no pertenece a la categoría de las presunciones legales o judiciales; obsta para ello la inexistencia de un nexo lógico entre el hecho base y el hecho presumido. Como señala un autor, ‘es un estado jurídico de una persona involucrada en un proceso penal y debe recogerse como principio orientador en la actividad de investigación y decisión. La inocencia no necesita cumplir con los elementos de la presunción, ya que se trata de la situación jurídica de una persona, que requiere ser desvirtuada por quien la sindicada como culpable’.* (Juan Colombo C., “CONSTITUCIÓN Y PRESUNCIÓN

DE INOCENCIA”, *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año X N° 10, 2006, página 21 y sigs.)”.⁹⁷

En relación a la norma del artículo 4° de la Ley N° 20.000, el tribunal señaló que la antigua Ley N° 19.336, en su artículo 5°, sancionaba a quien traficaba, a cualquier título, con sustancias estupefacientes o psicotrópicas y a los que, por cualquier medio, inducían, promovían o facilitaban el uso o consumo de las mismas, por lo que con el fin de resolver los problemas surgidos en la aplicación de dicho cuerpo legal, como la falta de adecuado tratamiento penal del microtráfico, se dictó la Ley N° 20.000.

El propio mensaje señalaba que: “...dicho fenómeno no se encontraba apropiadamente tratado en la ley vigente, la que establecía penas que “aparecen desproporcionadas cuando se deben aplicar por igual a quienes trafican con pequeñas cantidades de drogas, como a aquellos que en forma organizada y transnacional producen o comercializan grandes volúmenes o drogas aún más peligrosas, como el LSD o la heroína, utilizando además variados medios y recursos, traspasando las fronteras, corrompiendo funcionarios públicos y en algunos casos ejerciendo violencia para lograr sus propósitos”.⁹⁸

Así el artículo 4° de la Ley N° 20.000 castiga al que, sin la competente autorización, posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas. “Este es el núcleo del tipo penal, en tanto que la destinación de la droga a un tratamiento médico o al uso o consumo personal, como se referirá más adelante, es una causal de justificación de la responsabilidad”.⁹⁹

Al respecto el Tribunal señaló que: “...en principio, se estaría en presencia de un delito formal, que no exige la producción de un resultado determinado, y de peligro abstracto, sancionatorio de la mera desobediencia a la norma y que no afecta un bien jurídico concreto. Ello importaría sobrepasar el principio de lesividad, que consagra la protección de bienes jurídicos determinados como condición de la configuración del tipo penal y garantía de conocimiento del contenido de la prohibición.

Sin embargo, el texto del inciso final del mencionado artículo 4° permite arribar a otra conclusión. Este prescribe que “se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”.

Resulta inequívoco, entonces, que la conducta incriminada es la tenencia de las drogas prohibidas no destinadas al uso o consumo personal o con el propósito de traficar a

97 Tribunal Constitucional, 13/05/08, ROL N° 993-07, Considerando 4°.

98 Tribunal Constitucional, 13/05/08, ROL N° 993-07, Considerando 8°.

99 Tribunal Constitucional, 13/05/08, ROL N° 993-07, Considerando 9°.

cualquier título, quedando patente el bien jurídico protegido. En consecuencia, se trata de una peligrosidad concreta y que, por ende, debe ser acreditada en el proceso".¹⁰⁰

En dicho sentido el Tribunal hizo presente que *"...la parte final del inciso primero del referido artículo 4° consagra una causal de justificación de la responsabilidad penal, al eximir de castigo a quien acredite que las sustancias o drogas están destinadas a la atención de un tratamiento médico o al uso o consumo personal"*.

"La existencia de un interés preponderante hace desaparecer la antijuridicidad de la conducta y ésta deja de estar prohibida por la ley. Por cierto, sin que importe una inversión de la carga de la prueba, ya que, de acuerdo a las reglas generales, recae sobre quien alega la exigencia o causal de justificación probar las circunstancias en que se funda".

"Pero, de todas maneras, bajo el imperio del Código de Procedimiento Penal, el órgano persecutor debe formarse la convicción de su ocurrencia aunque los hechos impositivos no estén comprobados en el juicio. Así lo prescribe el artículo 482 de ese texto legal, al disponer que "si el procesado confiesa su participación en el hecho punible, pero le atribuye circunstancias que puedan eximirlo de responsabilidad o atenuar la que se le impute, y tales circunstancias no estuvieren comprobadas en el proceso, el tribunal les dará valor o no, según corresponda, atendiendo el modo en que verosímelmente acaecerían los hechos y a los datos que arroje el proceso para apreciar los antecedentes, el carácter y la veracidad del procesado y la exactitud de su exposición". A su vez, el artículo 340 del Código Procesal Penal prescribe que "nadie podrá ser condenado por el delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley"".¹⁰¹

Se agrega que la propia historia del establecimiento de la norma confirma la conclusión de que no existe una inversión del peso de la prueba, toda vez que: *"En el tercer trámite constitucional, al discutirse en la Cámara las modificaciones introducidas por el Senado, se planteó si la norma impugnada era o no una inversión de la carga de la prueba. Consta de las actas de la sesión de 5 de octubre de 2005, que da cuenta de la sesión de la Comisión Especial sobre Drogas de la Cámara, de fecha 15 de septiembre de 2004, que: "Algunos señores diputados estimaron que en el inciso primero del artículo 4° se estaba invirtiendo la carga de la prueba, pues se exige al imputado justificar que la droga que se encuentre en su poder está destinada a un tratamiento médico o a consumo personal exclusivo. En contra de esta objeción se dijo que no hay una inversión del peso de la prueba, toda vez que el inciso final del artículo 4° agrega cuándo se entiende que no concurren las circunstancias de consumo personal y señala varios factores que los jueces van a valorar de acuerdo con las pruebas que se logre allegar, que sean indiciarias del propósito de traficar"*".¹⁰²

100 Tribunal Constitucional, 13/05/08, ROL N° 993-07, Considerando 10°.

101 Tribunal Constitucional, 13/05/08, ROL N° 993-07, Considerando 11°.

102 Tribunal Constitucional, 13/05/08, ROL N° 993-07, Considerando 12°.

De esta forma, los sentenciadores descartan lo argumentado por la recurrente en cuanto a que la norma objetada contendría una presunción legal de responsabilidad penal que, en su aplicación al caso, pugnaría con la presunción de inocencia, recordando que tales presunciones admiten prueba en contrario y que la Constitución, en su artículo 19 N° 3, inciso sexto, sólo prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal.

Respecto a que el precepto cuestionado infringe la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, establecida en el artículo 19 N° 3, inciso primero, de la Constitución Política, en cuanto a que a quienes se acusa de la conducta prevista en este tipo legal se les confiere un menguado régimen de protección de sus derechos que no es igual al que se dispensa a quienes son acusados de otros delitos penales, el tribunal lo desestima, por cuanto *“...como se ha razonado anteriormente, el ilícito penal comentado está sometido –en cuanto a la producción, carga y apreciación de la prueba, así como a los fundamentos de la convicción del tribunal– a las mismas reglas que la generalidad de las figuras delictivas”*.¹⁰³

En virtud de las motivaciones expuestas, el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento presentado.

103 Tribunal Constitucional, 13/05/08, ROL N° 993-07, Considerando 17°.

LA INVESTIGACIÓN PATRIMONIAL EN LA LEY N° 20.000

— Ximena Marcazzolo Awad¹⁰⁴

I. Nociones preliminares

En el presente trabajo referiremos la importancia de la investigación patrimonial, sus características, sus dificultades y la actualidad que reviste esta especie de indagación en el contexto de las nuevas estructuras organizadas para la comisión de delitos, específicamente los contemplados en la Ley N° 20.000.

Desde ya queremos hacer presente que nuestro objetivo es reflexionar respecto de la investigación patrimonial en el contexto de la investigación de los delitos contemplados en el estatuto nacional de drogas. Lo anterior, sin perjuicio de que otros ilícitos como por ejemplo el blanqueo de capitales, delitos funcionarios y económicos también utilizan este tipo de indagación con ciertos matices y particularidades que para efectos de este trabajo no se mencionarán.

La elección del tema obedece a la necesidad de ponerlo en relieve desde la perspectiva del Ministerio Público y en particular respecto de la investigación de las infracciones a la Ley N° 20.000.

Adicionalmente, señalaremos algunas nociones básicas respecto de este tipo de indagación, sus fases o etapas y la importancia de la pena del comiso respecto de los delitos de tráfico de drogas y conexos.

En otro orden de ideas, queremos hacer presente que la investigación patrimonial y la prueba de indicios se interrelacionan de manera muy estrecha, por cuanto ésta última será el medio de prueba utilizado para expresar los resultados de este especial tipo de pesquisa.

Finalmente, es necesario destacar que el contenido de este trabajo se basa principalmente en la experiencia que se ha ido generando en la investigación de este tipo de delitos, lo cual siempre está sujeto a modificación y nuevas prácticas que la pueden ir enriqueciendo.

II. Conceptos básicos

A nuestro juicio la investigación patrimonial *es aquella que tiene por objetivo el conocimiento de la situación financiera del o los imputados, a fin de determinar los efectos e instrumentos provenientes o utilizados en la comisión de una infracción a la Ley N° 20.000, con el objeto de obtener el comiso de éstos y garantizar el pago de las multas que se impongan por sentencia ejecutoriada en razón de la comisión de dichos ilícitos.*

104 Subdirectora Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile.

Se trata de un tipo especial de investigación, ya que si bien se enmarca dentro de las persecución criminal del Estado, su objetivo principal no es la determinación del hecho punible, participación y circunstancias modificatorias, sino que se orienta a la determinación de la situación patrimonial del investigado logrando de esta forma ilustrar y fundamentar ante el órgano jurisdiccional la imposición de una pena de comiso y asegurar el pago de las multas que se impongan.

Como se expresó, se trata de una investigación especial que no procede respecto de cualquier ilícito, sino que especialmente respecto de aquellos que generen incrementos patrimoniales de los imputados mediante la utilización del sistema financiero formal e informal.

En este sentido, mediante la investigación patrimonial se persigue conocer los bienes de una persona y establecer si estos corresponden a efectos o instrumentos del delito que puedan ser objeto de una pena de comiso y, como se señaló, asegurar el pago de las multas que se imponen como pena principal en este tipo de delitos.

Adicionalmente, la investigación patrimonial permite la individualización de otros partícipes en los delitos de la Ley de Drogas, por cuanto es usual que dentro de las estructuras organizadas algunos partícipes se ocupen del financiamiento del delito y todo lo que ello conlleva. También, mediante este tipo de indagación es posible que se reúnan antecedentes probatorios que den cuenta de la existencia de una organización criminal, lo cual es más complejo que ocurra cuando se recurre a los mecanismos tradicionales y generales de la investigación de los delitos de tráfico de drogas y conexos.

III. Características de la investigación patrimonial en la Ley N° 20.000

1.- Es una investigación proactiva:

Se trata de una investigación proactiva por cuanto se inicia por propia iniciativa de los órganos investigadores, sea en conjunto con la investigación principal o con posterioridad, una vez que existan antecedentes que justifiquen la necesidad de esta.

2.- Es una investigación accesoria:

Mientras la investigación principal tiene por objeto determinar la existencia de un hecho punible, la participación de los imputados y la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, la investigación patrimonial es accesoria, se realiza de manera paralela y tiene por objeto la delimitación de la situación financiera de los imputados.

Decimos que la investigación patrimonial es accesoria en materia de Ley N° 20.000, ya que existe en la medida que se investigue de manera principal alguna de las infracciones a la Ley de Drogas.

En razón de lo anterior, al inicio de la investigación patrimonial las personas investigadas coincidirán con los imputados por la infracción al estatuto nacional de drogas y posteriormente se ampliará a otros sujetos los cuales podrán ser imputados por el ilícito principalmente indagado.

3.- Es una investigación de largo plazo:

La investigación patrimonial es de larga duración, ya que acompaña o accede a una que también lo es (investigaciones por delitos de la Ley de Drogas); porque usualmente están revestidas de alta complejidad, requieren colaboración de órganos investigadores o instituciones que se encuentran fuera de nuestro territorio, develan la existencia de organizaciones criminales que utilizan estructuras lícitas como ilícitas, entre otras razones.

Lo anterior en la práctica se traduce en la necesidad de contar con plazos investigativos más extensos de los que normalmente se establecen judicialmente respecto de otros ilícitos o a investigaciones por infracción a la Ley de Drogas que no revistan la complejidad preferida.

4.- Permite la identificación de delitos anexos:

La investigación patrimonial permite develar la existencia de otros delitos tales como blanqueo de capitales, falsificaciones de documentos, usurpación de nombre e infracciones tributarias, entre otras.

Lo anterior ocurre en gran medida debido a que, en los delitos de tráfico de drogas y conexos, los imputados buscan ocultar y utilizar de mejor medida los bienes que genera la comisión de este tipo de ilícitos y para ello recurren a otras figuras delictivas que les facilitan dicho objetivo.

5.- Facilita la individualización de otros partícipes:

Dado que la investigación patrimonial permite investigar a personas que realizan conductas que en apariencia son lícitas, tales como adquirir bienes, transferirlos a terceros, etc., es probable que surjan imputaciones a estas, pues la indagación permitió vislumbrar la existencia del dolo con el que se actuó y por ende de la ilicitud del hecho, así como que esa participación es relevante penalmente pues satisface la tipificación del delito.

6.- Permite identificar la existencia de una organización criminal:

Considerando que la investigación patrimonial permite establecer la composición del patrimonio de una persona, sus traspasos, flujos, activos y pasivos, a su vez facilita la identificación de nuevos partícipes y en particular respecto de aquellos que financian los delitos, los que administran los bienes, los que los ocultan, los invierten, etc.

Lo anterior facilita la identificación de una organización criminal puesto que todas ellas poseen bienes que administran y que les permiten la realización de los delitos

o de la concurrencia de la circunstancia agravante especial del artículo 19 letra a) de la Ley N° 20.000; esto es: *“si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes sin incurrir en el delito de organización del artículo 16”*.

En razón de lo señalado, la investigación patrimonial resulta fundamental para desbaratar las asociaciones ilícitas puesto que mediante esta especie de indagación es posible establecer una parte fundamental de su estructura y de las personas que la componen.

7.- Puede requerir la participación de peritos:

La investigación patrimonial en algunos casos puede requerir la intervención de personal experto sea para el análisis de cierta documentación (contadores, analistas); traducción de textos o conversaciones; análisis de información tributaria; estudio de balances, inventarios, libros contables, entre otras materias.

Dependerá de las características puntuales de la investigación patrimonial la circunstancia de requerirse o no personal experto.

Los mencionados expertos pueden formar parte de las policías, instituciones públicas o privadas, etc.

8.- Supone el análisis de la información recopilada:

La investigación patrimonial no es la mera recopilación de antecedentes sino que supone el análisis de toda la información allegada, a fin de estudiarla, sistematizarla y elucubrar la teoría del caso con el cual se enfrentará judicialmente (si se llega a esa etapa) el caso.

En el mismo sentido, durante la indagación financiera será posible determinar la existencia de indicios que en su momento se invocarán en sede judicial, a fin de configurar presunciones que fundamentan la postura hecha valer por el Ministerio Público.

IV.- Etapas o fases de la investigación patrimonial¹⁰⁵

En el Manual sobre criterios en materia de investigación patrimonial respecto de las infracciones a la Ley N° 20.000 se indica que las etapas de dicha indagación son las siguientes:

105 En este acápite nos remitiremos a las etapas y fases contempladas en el *Manual Sobre Criterios en Materia de Investigación Patrimonial, Respecto de las Infracciones a la Ley 20.000*, elaborado por la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado y la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, elaborado el año 2007.

1.- Inicio Investigación:

La investigación patrimonial puede iniciarse en conjunto con la indagación de la infracción a la Ley N° 20.000 o con posterioridad, dependiendo de los antecedentes con los que se cuente.

Ahora bien, a nuestro juicio lo óptimo es el comienzo temprano de este tipo de pesquisa, ya que ordinariamente reviste un alto grado de complejidad y demanda tiempo.

La investigación patrimonial está dirigida a la identificación de activos, pasivos, sus flujos y sus titulares. Durante esta etapa se consultarán fuentes abiertas, mixtas y cerradas si se estima procedente.

Las fuentes abiertas son aquellas que pueden ser consultadas por cualquier persona sin requerir ningún tipo de autorización o requisito especial. Fuentes mixtas son aquellas que pueden ser consultas por el Ministerio Público y las cerradas aquellas que requieren autorización judicial previa.

Esta etapa normalmente es desfomalizada y la investigación principal no está sujeta a plazo, por lo que se cuenta con una mayor disponibilidad de tiempo.

El objetivo de esta fase es establecer en términos generales el patrimonio de los sujetos investigados, los bienes con que cuentan y sus movimientos. Una vez ocurrido aquello, dependiendo de los resultados que arroje, prosigue la etapa siguiente.

2.- Incautación, medidas cautelares, recopilación de antecedentes y medios de prueba:

Normalmente esta fase se producirá en una fecha cercana a la formalización de la investigación o con posterioridad a esta.

En esta fase es fundamental la incautación de documentos y pruebas materiales que den cuenta de la existencia de los activos, pasivos y de su titularidad.

Dependiendo de la complejidad de la investigación y del tipo de evidencia recopilada, puede ser necesario contar con personal experto que analice y elabore informes con sus apreciaciones y conclusiones.

En otro orden de ideas, el interrogatorio que se practique a los testigos e imputados también es muy relevante a la hora de determinar las deudas y bienes que poseen los investigados.

Finalmente, es del caso mencionar que durante este fase será de común ocurrencia que se soliciten medidas que requieran autorización judicial, sea para entrar en lugares cerrados, solicitar incautación de bienes, levantamiento de secreto bancario, medidas cautelares reales, entre otras.

3.- Análisis de la Información y teoría del caso:

Durante esta fase se realiza el análisis de los antecedentes y medios de prueba recabados así como la definición de la teoría del caso que se sustentará durante la investigación y el juicio.

Durante esta etapa se determinará con mayor exactitud el o los tipos penales por los cuales se pretende acusar, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, los bienes respecto de los cuales se solicitará la pena del comiso, entre otras decisiones.

Coetáneamente se ordena y analiza el material probatorio y se configura la teoría del caso que orientará el resto de la investigación y se hará valer durante el juicio oral.

4.- El Comiso:

Esta etapa es transversal a las demás en el sentido de que al ser el comiso uno de los fines perseguidos por este tipo de indagación, está presente durante toda esta.

El comiso se encuentra definido en el artículo 31 del Código Penal, el cual a grandes rasgos señala que es la pérdida de los efectos e instrumentos de los simples delitos o crímenes. Por su parte, el artículo 45 de la Ley N° 20.000 lo regula específicamente para este tipo de delitos.

El comiso es fundamental para la investigación patrimonial, ya que mediante esta pena accesoria es posible evitar o al menos dificultar la reestructuración de los partícipes en este tipo de delitos o de sus organizaciones criminales según el caso.

V. La prueba indiciaria en la investigación patrimonial

Finalmente, nos referiremos a un tema de gran relevancia desde la perspectiva de la investigación patrimonial, esto es, la prueba de presunciones o prueba de indicios.

La primera prevención a efectuar a este respecto es que el Código Procesal Penal establece como sistema probatorio el de la prueba libre o discrecional, ya que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 295, los hechos pueden ser probados por cualquier medio producido e incorporado de conformidad a la ley.

En relación con la valoración o apreciación de la prueba establece el sistema de la sana crítica. En este sentido, el artículo 297 del Código Procesal Penal dispone: *“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”*.

En razón de lo antes expuesto, a diferencia del Código de Procedimiento Penal, el nuevo Código no contempla una norma que se refiera a la prueba de presunciones.

La prueba de presunciones puede provenir de la ley o del órgano que juzga, y consiste en la deducción a partir de hechos conocidos de aquellos desconocidos.

Las presunciones legales o *iurís* pueden ser de dos tipos: *de derecho* o *simplemente legales*. Las primeras se caracterizan por no admitir prueba en contrario. Las segundas sí admiten prueba en contrario y son más comunes que las anteriores.

Por otra parte, están las presunciones judiciales o *praesumptio hominis*, que se caracterizan porque es el tribunal quien a partir de un hecho conocido deduce o infiere uno desconocido. Mientras en las presunciones legales es la ley la que establece la deducción, en estas lo efectúa el juez mediante un juicio de inferencia o de deducción.

En el caso de las presunciones judiciales, considerando que el juez es quien realiza una operación intelectual de inferencia o deducción, en la sentencia se exponen los argumentos o razones en que se funda dicho raciocinio. Al menos en Chile, acorde al Código Procesal Penal dicha valoración debe efectuarse conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

La prueba de indicios o presunciones se ha definido como: *“aquella cuando el objeto de la prueba está constituido por un hecho distinto de aquél que debe ser probado, pero que es jurídicamente relevante a los efectos de la decisión. Hay un hecho probado y un hecho a probar, a éste último se puede llegar a través de una relación de hechos probados- hechos bases- que permiten alcanzar el hecho a probar -hecho consecuencia-, es necesario un paso lógico o juicio de inferencia cuya razonabilidad es la enseña de la bondad de la conclusión”*¹⁰⁶.

De acuerdo a lo expuesto, en la prueba de presunciones siempre existe un hecho conocido o premisa o indicio y uno desconocido que es aquél que se deduce mediante una operación lógica-intelectual.

El Ministerio Público, por regla general, es quien tiene la carga de rendir prueba para acreditar el indicio o premisa, y la ley o el tribunal serán los encargados de establecer o deducir el hecho desconocido.

Este tipo de prueba es indirecta ya que normalmente no tenderá a la acreditación de los elementos o descripción típica de la conducta, sino a la de circunstancias que la rodean o que son más bien secundarias pero que reafirman la conducta principal.

La investigación patrimonial permite justificar la existencia de premisas o indicios que se presentan ante el tribunal para que éste concluya o presuma un hecho que no se conocía, como por ejemplo que el imputado ha experimentado un incremento patrimonial sin tener ingresos que lo justifiquen. Probada que sea dicha premisa, si a ella le agregamos que se dedica a la venta de drogas, es posible que el tribunal entienda que ese crecimiento del patrimonio proviene de las ganancias que le reporta la mencionada actividad ilícita. En este ejemplo queda de manifiesto que es común que no se acredite de manera directa que el patrimonio está constituido por bienes que provinieron del tráfico de drogas, sino que se prueban las bases para que pueda concluirse aquello.

La necesidad de recurrir a la prueba indiciaria o indirecta ha sido reconocida a nivel doctrinario; en este sentido se ha señalado: *“En el proceso penal tiene una*

106 *La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos-perspectiva del juez*. Magistrado Joaquín Jiménez, Sala Penal del Tribunal Supremo, España. Septiembre de 2006.

*importancia extraordinaria este tipo de prueba, pues no siempre es fácil lograr una prueba directa del hecho, y, evidentemente, prescindir de la prueba indiciaria generaría la impunidad de no pocos delitos; incluso, en no pocos supuestos, la prueba indiciaria puede proporcionar una mayor certidumbre que una sola prueba directa*¹⁰⁷.

En el mismo sentido, el Magistrado Joaquín Jiménez¹⁰⁸ citando a Cernelutti: *“el que un hecho distinto del hecho a probar, pueda servir de prueba respecto de este último, está demostrado por las leyes naturales que manifiestan una constancia de relaciones entre ellos”*.

Actualmente, no existe mayor discusión respecto de la necesidad de recurrir a esta prueba indirecta para acreditar delitos tales como infracciones a la Ley de Drogas, lavado de dinero, crimen organizado, etc. Ello, por el reconocimiento de que las actuales formas comisivas utilizan a las estructuras empresariales, realizan actividades que externamente aparecen como conductas lícitas y distribuyen la participación criminal de manera disgregada y especializada entre los actores.

De esta forma, el recurrir a una multiplicidad de indicios que den cuenta de la ilicitud de la conducta realizada permitirá fundamentar una solicitud de comiso o el pago de las multas que emanan de las infracciones a la Ley N° 20.000.

En virtud de todo lo expuesto, el desafío es posicionar la aplicación de la prueba indiciaria a nivel jurisprudencial puesto que es prácticamente la única forma de acreditar ciertas conductas.

107 *Los principios de la prueba en el proceso penal español*. Manuel Jaén Vallejo, Profesor titular de Derecho Penal, Universidad de las Palmas de Gran Canaria (España).

108 Ídem nota número 106.

TRÁFICO DE SUSTANCIAS QUÍMICAS CONTROLADAS EN BOLIVIA

Lorena Rebolledo Latorre¹⁰⁹

En atención a que Chile ocupa una especial posición geográfica limítrofe con dos grandes productores de hojas de coca y cocaína en el mundo, Bolivia y Perú, y teniendo en consideración que en el proceso de producción de la cocaína se utilizan sustancias químicas controladas, creemos que resulta necesario mostrar la normativa aplicable al tráfico de insumos químicos destinados a la elaboración de sustancias ilícitas en estos países, y cuáles son los organismos encargados de la fiscalización en esta materia. En esta oportunidad, nos avocaremos a la realidad de Bolivia siendo, por lo tanto, motivo de un segundo estudio la normativa peruana sobre insumos químicos controlados.

1. Situación de Bolivia

Tal como adelantamos, Bolivia es uno de los grandes productores de hojas de coca y cocaína. En este país, se distinguen las llamadas zonas “rojas” (Yungas, Chapare, Oriente Boliviano) que corresponden a aquellas áreas geográficas de mayor producción ilícita de hojas de coca y de cocaína.

En la Ley de Drogas Boliviana¹¹⁰ se distinguen tres zonas de producción de coca, a saber: **zona de producción tradicional** de coca, en la que se producen exclusivamente los volúmenes necesarios para atender la demanda para el consumo y usos lícitos determinados en la mentada ley; **zona de producción excedentaria en transición**, que es aquella donde el cultivo de coca es resultado de un proceso de colonización espontánea o dirigida, que ha sustentado la expansión de cultivos excedentarios en el crecimiento de la demanda para usos ilícitos. Esta zona queda sujeta a planes anuales de reducción, sustitución y desarrollo mediante la aplicación de un Programa Integral de Desarrollo y Sustitución y, la **zona de producción ilícita** de coca, que está conformada por aquellas áreas donde queda prohibido el cultivo de coca. Comprende todo el territorio de la República de Bolivia, con excepción de las zonas de producción tradicional y excedentaria en transición. Los cultivos existentes en esta zona deben ser erradicados¹¹¹.

109 Abogado Asesor, Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile.

110 Ley Nº 1.008, del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas, de fecha 19 de julio de 1988.

111 Artículos 9 al 11 Ley Nº 1.008.

Estrategia de Lucha contra el Narcotráfico y Revalorización de la Hoja de Coca, 2007 – 2010¹¹².

La estrategia boliviana de lucha contra el narcotráfico y de revalorización de la hoja de coca está enmarcada en una serie de principios generales que concretizan los objetivos del gobierno boliviano. Esta estrategia apunta al desarrollo de una Bolivia digna, soberana, productiva y saludable, en el marco del Vivir Bien, con plena aplicación de los principios milenarios de veracidad, honestidad y trabajo (Ama Sua, Ama Llulla y Ama Q'ella) y pleno respeto a los derechos humanos.

Por una parte, su objetivo fundamental es reducir el potencial de producción de cocaína en Bolivia, a través de medidas de control social de las culturas, combatir al narcotráfico y acciones de prevención. Por otra parte, busca revalorizar la hoja de coca con participación del control social en la producción y el fomento del cultivo orgánico para su transformación productiva.

Esta estrategia se inscribe en el marco del principio de la responsabilidad compartida.

La anterior estrategia boliviana de lucha contra el narcotráfico se basaba en los siguientes aspectos¹¹³:

- *Desarrollo alternativo*, consistente en sustituir la economía de la coca incorporando a treinta y ocho mil familias a actividades lícitas.
- *Erradicación*, a fin de eliminar la coca ilegal y excedentaria.
- *Prevención y rehabilitación*, dirigida a reducir el consumo interno de drogas ilícitas y mejorar la rehabilitación integral de los consumidores.
- *Interdicción*, que tiene por objetivo destruir el negocio del narcotraficante en todo el proceso de producción y comercialización.

2. Tipos penales en relación a las sustancias químicas controladas

Antes de referirnos a las figuras penales, debemos tener presente que la Ley de Drogas Boliviana contempla una definición de sustancias controladas, conceptualizándose como aquellas sustancias peligrosas o sustancias fiscalizadas, los fármacos o drogas naturales o sintéticas consignadas en el anexo de la Ley N° 1.008, y las que en el futuro figuren en las listas oficiales del Ministerio de Salud Pública. Es decir, drogas ilícitas y sustancias químicas controladas.

La Ley N° 1.008, en su artículo 47, tipifica la **fabricación ilícita de sustancias controladas**, sancionando esta conducta con presidio de cinco a quince años y dos

112 Estrategia de Lucha contra el Narcotráfico y Revalorización de la Hoja de Coca, 2007 – 2010, p. 22.

113 Operación Seis Fronteras. Compendio de Legislación sobre el Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Precursores. Editor: Comité de Seguimiento Operación Seis Fronteras. 2004, p. 53.

mil quinientos a siete mil quinientos días de multa. En esta misma disposición se contempla a los llamados “*pisacoca*”, que son los que se dedican al proceso de maceración de coca, y se establece como sanción la pena de presidio de uno a dos años y doscientos a quinientos días de multa, siempre que colaboren con la investigación y detención de los cabecillas.

A su turno, el artículo 48 establece la sanción al **tráfico**¹¹⁴ *de sustancias controladas*, consistente en presidio de diez a veinticinco años y diez a veinte mil días de multa; constituyendo circunstancia agravante si este tráfico se efectúa en volúmenes mayores.

Asimismo la mencionada ley describe y sanciona el **transporte de sustancias controladas**, de acuerdo al siguiente tenor: “*El que ilícitamente y a sabiendas trasladare o transportare cualquier sustancia controlada, será sancionado con ocho a doce años de presidio y mil a mil quinientos días de multa e incautación definitiva del motorizado o medios de transporte*”¹¹⁵.

Y si se trata del **importador de sustancias controladas** que incumple los requisitos exigidos por la referida ley para efectuar dicha operación, se contempla la sanción de suspensión de su registro de importador por el término de doce meses y diez mil días de multa. En caso de reincidencia, corresponde la cancelación definitiva del registro y su representante legal responsable será susceptible de las penas establecidas para el tráfico ilícito de sustancias controladas¹¹⁶.

Por último, la Ley Nº 1.008 contempla la **obligación de denuncia por parte del propietario** de predios o inmuebles que tuviere conocimiento de que en estos se fabrican o elaboran sustancias controladas. En caso de incumplimiento, es decir, si no comunica estos hechos a las autoridades competentes, arriesga una pena de tres a cinco años de presidio e incautación o reversión de su propiedad¹¹⁷.

3. Técnicas Especiales de Investigación Criminal

La legislación boliviana normó en el Código de Procedimiento Penal las herramientas investigativas -entrega vigilada, agente encubierto e informante- en la pesquisa del delito de tráfico ilícito de sustancias controladas.

En términos generales podemos destacar que, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, la entrega vigilada y el agente encubierto son técnicas dispuestas por el juez, previa solicitud fundada del fiscal. Además, son subsidiarias, sólo pueden

114 El artículo 33 letra m) de la Ley Nº 1.008 define al tráfico ilícito de sustancias controladas como todo acto dirigido o emergente de las acciones de producir, fabricar, poseer dolosamente, tener en depósito o almacenamiento, transportar, entregar, suministrar, comprar, vender, donar, introducir al país, sacar del país y/o realizar transacciones a cualquier título; financiar actividades contrarias a las disposiciones de la presente ley o de otras normas jurídicas.

115 Artículo 55, Transporte, Ley Nº 1.008.

116 Artículo 59, Importación, Ley Nº 1.008.

117 Artículo 60, Obligación de Denuncia por el Propietario, Ley Nº 1.008.

ser requeridas y autorizadas en caso que se presente ausencia o insuficiencia en los medios de pruebas obtenidos en la respectiva investigación.

3.1 Agente encubierto.

Se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Penal Boliviano, en su artículo 282 que reza lo siguiente: *“En la investigación de delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, en caso de ausencia o insuficiencia de medios de prueba, el fiscal podrá solicitar fundadamente, bajo su responsabilidad, al juez de la instrucción, autorización para la intervención, en calidad de agentes encubiertos, de miembros de la Policía Nacional altamente calificados sin antecedentes penales o disciplinarios, que presten su consentimiento al efecto.*

La resolución del juez de la instrucción que autorice la intervención del agente encubierto consignará la identidad supuesta del mismo que será mantenida en reserva y se conservará fuera de las actuaciones con la debida seguridad en sobre cerrado y lacrado que contendrá además la identidad verdadera del agente.

El agente encubierto mantendrá informado al fiscal encargado de la investigación sobre las actividades realizadas y por realizarse en el curso de la misma y sobre la información que vaya obteniendo. Las declaraciones testimoniales del agente encubierto no serán suficientes para fundar una condena si no se cuenta con prueba adicional incorporada válidamente al proceso.

El agente encubierto no estará exento de la responsabilidad que corresponda, si en el curso de la investigación realiza actos distintos a los específicamente encomendados o con evidente exceso o desproporcionalidad, con relación a las necesidades o finalidades de la misma”.

Informantes de la Policía.

El Código de Procedimiento Penal Boliviano, en su artículo 202, dispone lo siguiente: *“Las informaciones proporcionadas por los informantes de la policía no pueden ser incorporadas al proceso salvo cuando sean interrogados como testigos”.*

Por lo que se infiere que la ley adjetiva boliviana admite la utilización de la figura del informante policial en investigaciones relativas al delito de tráfico ilícito de drogas, sin embargo, la incorporación de sus dichos en el proceso penal queda supeditada a la producción de la prueba testimonial.

Este informante debe ser un civil, pues sólo miembros de la policía boliviana pueden ser nombrados en calidad de agentes encubiertos.

3.2 Entrega vigilada.

Esta técnica de investigación, al igual que el agente encubierto, se encuentra regulada en el Código de Procedimiento Penal Boliviano, en su artículo 283, que señala: *“Se entenderá por entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas de sustancias controladas circulen por territorio nacional o entren o salgan fuera de él sin interferencia de la autoridad competente y bajo su vigilancia, con el*

fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión del delito, aportar pruebas al proceso y, en su caso, prestar auxilio a autoridades extranjeras para estos mismos fines.

En la investigación de delitos vinculados con el tráfico ilícito de sustancias controladas, en caso de ausencia o insuficiencia de medios de prueba, el fiscal podrá solicitar fundadamente, bajo su responsabilidad, al juez de la instrucción, autorización para que miembros de la Policía Nacional altamente calificados, sin antecedentes penales o disciplinarios, que presten su consentimiento al efecto, participen en entregas vigiladas, sobre las que se pueda realizar una vigilancia y seguimiento efectivos.

La resolución del juez de la instrucción que autorice la entrega vigilada será mantenida en reserva y se conservará fuera de las actuaciones con la debida seguridad, en sobre cerrado y lacrado.

Los agentes policiales que intervengan mantendrán informado al fiscal encargado de la investigación sobre las actividades realizadas y por realizarse en el curso de la misma y sobre la información que vaya obteniendo.”

Por lo tanto, **no procede la entrega controlada de drogas**, es decir, aquella consistente en la circulación autorizada, en el territorio nacional (salgan de él o entren en él), bajo el control¹¹⁸ de la autoridad, de una remesa de sustancias controladas.

4. Sustancias químicas sujetas a control

Se encuentran enumeradas en el Anexo de la Ley Nº 1.008, Lista V, clasificadas como ácidos, bases, oxidantes, solventes y diluyentes, y productos terminados, siendo las siguientes:

- **Ácidos**

Ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, ácido acético (ácido etanoico), anhídrido acético (óxido acético), ácido benzoico (ácido bencenocarboxílico), cloruro de acetilo, cloruro de benzoilo y soluciones acuosas que contengan uno o más de estos productos en una proporción mayor al 15%.

- **Bases**

Hidróxido de sodio (soda cáustica), hidróxido de potasio (potasa cáustica), hidróxido de calcio (cal, cal apagada), hidróxido de amonio (amoníaco acuoso), carbonato de sodio (sosa, ceniza de sosa), carbonato de potasio (potasa), carbonato de calcio (caliza), bicarbonato de sodio (carbonato ácido sódico), amoníaco anhídrico (amoníaco gas licuado), óxido de calcio (cal, cal viva) y soluciones acuosas que contengan uno o más de los productos mencionados en una proporción mayor al 10%.

118 Este control implica la intercepción de la sustancia controlada.

- **Oxidantes**

Permanganato de potasio, hipoclorito de sodio (lavandina) y soluciones acuosas que contengan uno o más de estos productos en una proporción mayor al 10%.

- **Solventes y diluyentes**

Kerosene, gasolina, diesel (diesel oil), éter de petróleo (bencina de petróleo), aguarrás (esencia de trementina), acetona (2-propanona), metil etil cetona (MEK), metilisobutilcetona (MIBK), cloroformo (triclorometano), cloruro de metileno (diclorometano), tetracloruro de carbono (tetraclorometano), tricloroetileno, percloroetileno (tetracloroetileno), éter etílico (éter dietílico), disulfuro de carbono, N-Hexano, benceno (benzol), tolueno (toluol metilbenceno), xileno (xilol dimetilbenceno), alcohol metílico (metanol), alcohol etílico absoluto (etanol absoluto) y mezcla de solventes y/o diluyentes de uno o más de estos productos en proporción mayor al 15%.

- **Solventes y diluyentes**

Industriales compuestos.

- **Productos terminados**

Clefa y únicamente aquellos productos donde la recuperación de los diluyentes, solventes y soluciones comprendidas en las sustancias químicas mencionadas, sea factible técnicamente. No así los productos terminados que contengan un soluto, el cual impida la extracción de los solventes, diluyentes y soluciones nombradas, por ejemplo: resina plástica en general, tintas en general, pinturas, ésteres de celulosa, grasas, siliconas, esencias hidrooleofugantes, colorantes y pigmentos, baños gráficos, etcétera.

Fiscalización de productos de uso común utilizados como precursores químicos, no incluidos en la lista de sustancias químicas controladas.

Se han detectado productos de uso común -*papel higiénico, papel sábana, papel filtro y polietileno*- que se están empleando como precursores en la elaboración de sustancias ilícitas, a través de operativos de combate al tráfico de drogas realizados por la FELCN. Por ello, el Ministerio de Gobierno de Bolivia, a través de la Resolución Ministerial N° 3491, de fecha 30 de octubre de 2001, dispuso un control estricto por parte de la Dirección General de la FELCN en el transporte en las zonas denominadas rojas (Yungas, Chapare y Oriente Boliviano).

5. Cuerpos normativos aplicables en la fiscalización de precursores químicos

5.1 Ley Nº 1008, del 19 de julio de 1988, sobre el Régimen de la Coca y Sustancias Controladas.

Previo a señalar las disposiciones que consideramos relevantes destacar de este cuerpo legal en relación al control de precursores y sustancias químicas esenciales, es necesario tener presente que la Ley de Drogas Boliviana define, en su artículo 33, lo que debe entenderse por ***precursor inmediato***: “*la materia prima o cualquiera otra sustancia no elaborada, semielaborada, por elaborar o elaborada que sirva para la preparación de sustancias controladas*”.

En cuanto a las operaciones de ***importación y comercialización*** se establece que las sustancias químicas sujetas a control y los productos y medicamentos que sean o tengan sustancias controladas, sólo podrán ser importados y/o comercializados con autorización del Ministerio de Previsión Social y Salud Pública, previo informe favorable del Consejo Nacional Contra el Uso Indebido y Tráfico Ilícito de Drogas.¹¹⁹

La misma autorización rige para las operaciones de ***exportación*** de sustancias controladas con fines lícitos.

En la citada ley se contiene además la ***obligación por parte de personas naturales o jurídicas de registrarse para poder operar con sustancias químicas controladas*** así, los laboratorios industriales, empresas químicas, químico-farmacéuticas, importadores e industriales están obligados a su registro en el CONALTID, al que informarán mensualmente sobre las sustancias químicas controladas que manejen.¹²⁰ Veremos más adelante que la Dirección General de Sustancias Controladas es el organismo técnico especializado que está a cargo de este registro y del referido informe mensual, en representación del CONALTID.

Tratándose de ***la producción nacional de insumos químicos controlados***, así como la ***supervisión***, incluyendo su control y comercialización, serán reguladas por los Ministerios de Previsión Social y Salud Pública, Energía e Hidrocarburos e Industria y Comercio, con informe del CONALTID.¹²¹

5.2 Reglamento de la Ley Nº 1008, Decreto Supremo Nº 22.099, del 28 de diciembre de 1988.

Acorde con la norma indicada en el segundo párrafo del número anterior, podemos mencionar que corresponde al Ministerio de Previsión Social y Salud

119 Artículo 36, Importación y Comercialización, Ley Nº 1.008.

120 Artículo 42, Registro de Insumos, Ley Nº 1.008.

121 Artículo 44, Regulación de Producción Nacional de Precursores, Ley Nº 1.008.

Pública otorgar las autorizaciones de *importación, exportación, comercialización* de materias primas y medicamentos que contengan sustancias controladas¹²².

Y tratándose de la importación, exportación, elaboración y comercialización de *sustancias químicas de uso industrial* (lista V, anexo Ley N° 1.008) y las que se agreguen, serán autorizadas y fiscalizadas por los organismos técnicos del CONALTID¹²³.

Se establece además que la Dirección General de Sustancias Controladas debe llevar un *registro nacional* de las personas naturales y jurídicas dedicadas a la importación, producción o elaboración, exportación, comercialización, uso y transporte de sustancias controladas¹²⁴.

Cabe señalar que la legislación boliviana posee un procedimiento riguroso de inscripción en el aludido registro, para las personas naturales o jurídicas que realizan las actividades antes descritas.

En caso de *incumplimiento al deber de inscripción*, la Resolución Administrativa N° 006, de fecha 1 de junio de 1990, establece que se aplicará la sanción dispuesta para el delito de tráfico ilícito de sustancias controladas, procediéndose además en su caso a la confiscación de la fábrica o industria o de los bienes del responsable en su caso.

Asimismo, la referida Dirección es el organismo facultado para autorizar el *transporte de productos que contengan o sean sustancias controladas*. En efecto, los transportistas tienen la obligación de exigir dicha autorización bajo cargo de complicidad¹²⁵.

Por su parte el Ministerio de Previsión Social y Salud Pública, en coordinación con los Ministerios de Industria, Comercio y Turismo, Energía e Hidrocarburos tiene a su cargo un *inventario de entradas, salidas y existencias de precursores*¹²⁶.

Por último, el artículo 23 del Reglamento establece que los laboratorios, establecimientos farmacéuticos y las firmas comerciales que elaboren, distribuyan e importen precursores, *no podrán tener en existencia cantidades superiores a las autorizadas*.

5.3 Reglamento de Operaciones con Sustancias Controladas y Precursores de Uso Industrial, Decreto Supremo N° 25.846, del 14 de julio de 2000.

122 Artículo 17, Reglamento de la Ley N° 1.008. La referida autorización debe ser informada a la FELCN.

123 Artículo 18, Reglamento de la Ley N° 1.008. El inciso 2° además establece que “*Las materias primas o medicamentos terminados y las sustancias químicas de uso industrial que no cuenten con la respectiva licencia serán objeto de incautación*”.

124 Artículo 21, Reglamento de la Ley N° 1.008 (modificado mediante Decreto Supremo N° 25.846, de fecha 14 de julio del año 2000).

125 Artículo 20 inciso 2°, Reglamento de la Ley N° 1.008 (modificado mediante Decreto Supremo N° 25.846, de fecha 14 de julio del año 2000).

126 Artículo 22, Reglamento de la Ley N° 1.008.

Este texto normativo será tratado en el numeral 6.7 relativo a la Dirección General de Sustancias Controladas.

5.4 Decreto Supremo Nº 24.950, del 4 de febrero de 1998, que dispone beneficio del 50% del valor del remate para denunciantes del tráfico para precursores químicos.

Hemos visto una amplia gama de medidas que ha prevenido Bolivia para controlar el desvío de sustancias químicas “precursores o insumos esenciales”. Sin embargo, resulta relevante destacar la dictación, en el año 1998, de este Decreto Supremo que constituye un real incentivo a la entrega de información para la detección del tráfico de sustancias químicas sujetas a control. Su artículo 1º dispone: *“A fin de incentivar la participación activa de la ciudadanía y el pueblo en general contra el tráfico y tenencia de sustancias controladas, a partir de la fecha, las personas individuales o colectivas que denuncien la tenencia y tráfico de precursores químicos y materias primas que sirvan para la elaboración de sustancias controladas, serán beneficiadas con el cincuenta por ciento (50) del producto del remate en pública subasta de dichos productos y materias primas decomisadas”*.

6. Organismos competentes en la investigación y juzgamiento del tráfico de precursores; y en la fiscalización de sustancias químicas sujetas a control

6.1 Juzgados de Partido de Sustancias Controladas.

Constituyen una judicatura especial para el conocimiento y juzgamiento de infracciones a la Ley de Drogas Boliviana. Son tribunales de primera instancia, colegiados compuestos por tres jueces y subordinados jerárquicamente a las Cortes Superiores de Distrito¹²⁷.

6.2 Ministerio Público.

De acuerdo al artículo 70 del Código de Procedimiento Penal Boliviano corresponde al Ministerio Público dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal pública ante los órganos jurisdiccionales.

Tratándose de procesos de sustancias controladas, tramitados en los Juzgados de Partido, el Ministerio Público designará tantos fiscales como sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones, entre las cuales podemos destacar la de conducir las actividades de la FELCN en el procesamiento de las diligencias de Policía Judicial, y asimismo terminirlas remitiendo los elementos de prueba, el requerimiento y el detenido al tribunal competente¹²⁸.

127 Ver artículos 83 a 90, Título IV, Capítulo II “De la Jurisdicción y Competencia”, Ley Nº 1.008.

128 Ver artículos 91 y 92, Título IV, Capítulo III “Del Ministerio Público”, Ley Nº 1.008.

6.3 Policía Nacional.

Antes de referirnos a este órgano de investigación, resulta necesario señalar que la Policía Nacional, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, participa en la investigación de los delitos bajo la dirección del Ministerio Público¹²⁹.

Ahora bien, en materia de sustancias controladas las diligencias de la Policía Judicial son procesadas por la FELCN, organismo dependiente del CONALTID, bajo la supervisión del Fiscal de Sustancias Controladas.

Respecto a los ilícitos sancionados en Ley de Drogas Boliviana, tomando conocimiento la Policía Judicial en forma directa o por medio de una denuncia de la preparación o ejecución de estos, deberá constituirse en el sitio del suceso debiendo realizar entre las primeras diligencias la consistente en asegurar la presencia de los sospechosos, pudiendo incluso aprehender e incomunicar a los presuntos culpables. Del mismo modo procederá a la incautación de la sustancia controlada y de todos aquellos elementos, efectos o bienes que tuvieran alguna relación con los hechos de que se trata, interrogando a cualquier persona que pudiese proporcionar información para el éxito de la investigación.

Es importante destacar que en toda operación de incautación de drogas y bienes o detención de personas, la presencia del fiscal de sustancias controladas es indispensable, salvo que se trate de un delito flagrante¹³⁰.

6.4 Aduana.

La Aduana tiene un rol activo en el control de precursores químicos. De hecho, las aduanas distritales tienen la obligación, en el plazo de cuarenta y ocho horas de su expedición, de remitir copias de las pólizas de importación y exportación del producto o materias primas que contengan sustancias controladas al Ministerio de Previsión Social y Salud Pública y al CONALTID¹³¹.

6.5 Fuerza Especial de Lucha Contra el Narcotráfico (FELCN)¹³².

La FELCN es un organismo especializado de la Policía Nacional, dependiente del Ministerio de Gobierno, a través del Viceministerio de Defensa Social, cuyo propósito es la lucha contra el narcotráfico, de acuerdo a las políticas nacionales y mediante labores de interdicción y represión en defensa de la sociedad.

Su creación se verificó mediante la dictación del Decreto Supremo N° 21.666 de fecha 24 de julio de 1987.

Resulta relevante destacar que la FELCN en materia de sustancias químicas

129 Artículo 69 (Función de la Policía Judicial), inciso 3° del Código de Procedimiento Penal de Bolivia.

130 Ver artículos 93, 95 y 96, Título V, Capítulo I “De las Diligencias de Policía Judicial”, Ley N° 1.008.

131 Artículo 20, Reglamento de la Ley N° 1.008.

132 www.felcn-bolivia.org/

controladas actúa a través del Grupo de Investigación de Sustancias Químicas (GISUQ).

6.6 Consejo Nacional de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas (CONALTID).

De acuerdo a lo prescrito en los artículos 132 y 133 de la Ley Nº 1.008 es el máximo organismo nacional para el control del uso indebido y el tráfico ilícito de drogas. Su función principal es definir y normar las políticas nacionales que enmarquen la planificación, organización, ejecución, dirección, supervisión, fiscalización, control y coordinación de los planes, programas y proyectos de desarrollo alternativo y sustitución de cultivos de coca; la lucha contra el tráfico ilícito de drogas; la prevención integral, el tratamiento, la rehabilitación y reinserción social. Está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y Culto; Interior, Migración y Justicia; Planeamiento y Coordinación; Asuntos Campesinos y Agropecuarios; Previsión Social y Salud Pública; Educación y Cultura; Defensa Nacional; Finanzas y Aeronáutica¹³³.

6.7 Dirección General de Sustancias Controladas (DGSC).

La Dirección General de Sustancias Controladas¹³⁴ es el organismo técnico especializado, encargado del control sobre el manejo de las sustancias químicas controladas de uso industrial, insertas en la Lista V del Anexo de la Ley Nº 1.008, en representación del CONALTID.

Este organismo está a cargo, tal como lo mencionamos en el 5.2 de este artículo, del **Registro Nacional**¹³⁵ de personas naturales y jurídicas dedicadas a la importación, elaboración, utilización, representación, intermediación y comercialización de sustancias químicas controladas.

Sus funciones se encuentran determinadas en un cuerpo normativo denominado **Reglamento de Operaciones con Sustancias Controladas y Precursores de Uso Industrial**, aprobado a través del Decreto Supremo Nº 25.846, de fecha 14 de julio de 2000, que establece normas de procedimiento administrativo para controlar la producción, fabricación, preparación, transformación, almacenamiento, importación, exportación, comercialización, transporte y cualquier otro tipo de transacción con sustancias químicas controladas que se utilizan con frecuencia en la producción, fabricación, preparación o extracción ilícitas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas u otras de efecto semejante.

Las personas naturales y jurídicas dedicadas a las actividades antes descritas, sólo podrán manejar sustancias químicas controladas con la autorización de la

133 Ver artículos 134 y 135 de la Ley Nº 1.008.

134 Denominación original: Dirección Nacional de Registro, Control y Fiscalización de Importación, Elaboración, Utilización y Comercialización de Sustancias Químicas Controladas y de Precursores.

135 Creado, en virtud de la Resolución Administrativa Nº 005, de fecha 2 de abril de 1990.

DGSC. De forma previa a cualquier operación que requieran realizar, deberán estar inscritas en este organismo. Dicha inscripción incluye las sustancias químicas que se autorizan a manejar y el destino de las mismas.

Es importante resaltar que la DGSC cuenta con un *Laboratorio de Análisis Químico*, que constituye la única unidad técnica autorizada para efectuar los análisis químicos cualitativos, cuantitativos y las correspondientes certificaciones oficiales sobre los insumos químicos controlados que se manejan en Bolivia.

A continuación mostraremos algunas de las obligaciones que deben cumplir quienes manipulen químicos fiscalizados:

- Los importadores y exportadores que operen con sustancias químicas controladas están obligados a presentar informes de entrada y salida del país de dichas sustancias.
- Los productores nacionales deben presentar informes mensuales de producción.
- Todas las personas naturales y jurídicas autorizadas a manejar sustancias químicas controladas están obligadas a presentar informes mensuales de descargo correspondiente al movimiento de las sustancias químicas controladas que hayan sido autorizadas a obtener mediante licencia previa para importación, producción, exportación, comercialización o mediante autorizaciones internas de compra local.

Finalmente cabe referir que el Viceministerio de Defensa Social es el órgano facultado para aplicar las sanciones administrativas derivadas del incumplimiento a este Reglamento.

7. Conclusiones

Las herramientas que entrega la legislación boliviana en materia de fiscalización de sustancias químicas controladas son diversas. Podemos observar que existe un vasto control respecto de las personas naturales o jurídicas que requieran operar con precursores, un catálogo pormenorizado de insumos químicos sujetos a control, regulación en cuanto a la producción a nivel país de precursores, etcétera. Para ello, interactúan los organismos competentes que hemos señalado, tanto a nivel administrativo como operativo.

En lo que dice relación con la investigación y el juzgamiento de las infracciones a la Ley de Drogas Boliviana, tienen un rol activo los tribunales especiales denominados Juzgados de Partido de Sustancias Controladas, el Ministerio Público y la Policía Nacional, cuyas diligencias en esta materia son procesadas por la Fuerza Especial de Lucha Contra el Narcotráfico, bajo la dirección del Fiscal de Sustancias Controladas.

La Ley de Drogas de Bolivia contempla una penalidad drástica al delito de tráfico ilícito de sustancias controladas, consistente en presidio de diez a veinticinco años, constituyendo circunstancia agravante de responsabilidad criminal si este tráfico se verifica en cantidades mayores. Es destacable que esta misma

sanción puede ser aplicada a las personas naturales o jurídicas cuyo rubro sea la elaboración, importación y comercialización de sustancias químicas controladas que no cumplan con su obligación de registro en la Dirección General de Sustancias Controladas.

Por último, en atención a lo expuesto en esta publicación, creemos que resulta fundamental reforzar los lazos de coordinación bilateral, a fin de detectar los insumos químicos que se desvían desde Chile “zona norte” hacia Bolivia, para la producción de cocaína y el delito de tráfico ilícito de drogas entre ambos países.

LA GUARDA DE DROGA COMO HIPÓTESIS DE TRÁFICO

*Renzo Figueroa Aste*¹³⁶

Comentario:

El 30 de junio de 2008, la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema resolvió rechazar un recurso de nulidad fundado en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal. El recurrente argumentó que se había presumido la responsabilidad penal, al calificar como de autor la intervención de su representado en el delito de tráfico ilícito de drogas.

La tesis de la defensa se sustentó en que la verdadera participación del acusado era la de cómplice y no de autor, dado que el verbo rector del ilícito traficar, corresponde al inciso primero del artículo 3° de la Ley N° 20.000, y no a los contemplados en su inciso segundo, que no constituyen delitos independientes, sino que meras presunciones legales de tráfico, pero no de autoría del mismo, por lo que la sentencia impugnada, al desechar tal planteamiento en su basamento 8°, contravino expresamente la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia atribuyendo la calidad de presunción de derecho de autoría al inciso segundo del artículo 3° del mencionado cuerpo legal.

De esta forma, para la defensa, el pronunciamiento del tribunal vulnera sustancialmente la garantía constitucional invocada, por cuanto aplicando la ley vigente de manera errónea, estima que los verbos rectores alternativos del inciso segundo del artículo 3° de la Ley N° 20.000, son delitos independientes de tráfico de drogas y, por ende, quien los ejecuta es autor del mismo, sin admitir que se pruebe que se puede guardar la droga sin ser autor del delito, cuando no se tiene dominio sobre el curso del hecho punible ni disposición alguna sobre el objeto material del delito.

Para la Corte, lo que prohíbe el principio constitucional es que el legislador se adelante a presumir de derecho la responsabilidad y con ello impida al imputado demostrar su inocencia por los medios de prueba que le franquea la ley y que, consecuentemente, se altere el peso de la prueba liberándose de ésta al autor, de modo que se convierta en incontrarrestable el juicio de reproche que supone la declaración de culpabilidad.

En el caso, el tráfico ilícito de drogas es un delito de peligro para la salud pública, cuyo riesgo se materializa por la difusión de la droga por parte del traficante, sustancia que es dañina para la salud de quienes la consumen. Es por ello que el artículo 3°, inciso primero, de la Ley N° 20.000, que contiene el tipo respectivo, lo describe con la expresión “trafiquen”, importando precisamente la idea de hacer

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

pasar de uno a otro la droga, y en consecuencia, la de difundir transfiriéndola en cualquier forma, aunque no sea en modo alguno necesario que quien recibe sea un consumidor, pues también puede serlo otro traficante que, a su turno, contribuirá a la difusión de la droga.

Argumenta, además, la Corte que la normativa en materia de tráfico se caracteriza por su tipificación totalizadora, es decir, abarca todo el ciclo de la droga, esto es, su producción, elaboración, comercialización y promoción, por lo que la simple difusión o incluso la simple tenencia para la difusión bastan para que el delito se configure. No obstante ello, el Ministerio Público tiene la obligación de acreditar suficientemente tales cargos, lo que implica probar que el imputado portaba, transportaba, poseía o guardaba una cantidad determinada de droga, de manera que permita al tribunal establecer la ocurrencia del hecho punible, la participación del imputado y su culpabilidad.

En este caso, el imputado fue condenado por poseer y guardar, sin la debida autorización, ciento veinticinco kilos novecientos ochenta y seis gramos netos de pasta base de cocaína, distribuida en sesenta y tres paquetes. En razón de lo anterior el hecho de guardar droga constituye una presunción simplemente legal de que se está traficando, se ha traficando o se pretende traficar, o de todo ello a la vez, puesto que supone una actividad de favorecimiento y facilitación al consumo. En ese entendido, el Ministerio Público acreditó en el proceso el hecho de la guarda o porte de las sustancias prohibidas, sin que existiera prueba que lo desvirtuara.

Dicho lo anterior, en la sentencia se concluye: **“DÉCIMO:** *Que de lo razonado en los fundamentos precedentes fluye de manera inequívoca que el veredicto impugnado no vulneró el dogma invocado, por cuanto resulta evidente que la calificación jurídica de la conducta lesiva desarrollada por el inculcado en el injusto indagado, se encuentra plenamente justificada. Por estas consideraciones, disposiciones legales y constitucionales citadas, y lo prevenido en los artículos 372, 373, letra a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se declara que **SE RECHAZA** el recurso de nulidad entablado por el abogado Matías Mundaca Campos, en representación de Jorge Alfredo Arancibia Zárate, en lo principal del libelo de fojas 1 a 6, en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral de Valparaíso, de once de abril recién pasado, que rola de fojas 7 a 15 de este cuaderno, la que, por consiguiente, no es nula”.*

Sentencia:

Santiago, a treinta de junio de dos mil ocho.

Vistos:

En estos antecedentes rol Unico 0700479552-5 e Interno del tribunal 62 -2008, se registra la sentencia pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso el once de abril

recién pasado, que impuso al acusado Jorge Alfredo Arancibia Zárate la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, multa de cuarenta unidades tributarias mensuales y accesoria respectiva, por su responsabilidad de autor en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, cometido en dicha comuna el dos de octubre de dos mil siete; y, la de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales, en su calidad de

autor de tenencia ilegal de armas de fuego previsto en el artículo 13 de la Ley de Control de Armas.

Por la misma resolución Karina Victoria Sánchez Barrera fue sancionada a cinco años de presidio menor en su grado máximo, multa de cuarenta unidades tributarias mensuales y accesorio pertinente, como autora del referido de tráfico ilícito de drogas.

A ambos encausados se les impuso el pago proporcional de las costas del litigio, otorgándosele el beneficio de la libertad vigilada por el mismo lapso de la duración de la condena únicamente a la acusada Sánchez Barrera, en tanto que Arancibia Zárate deberá purgar las sanciones impuestas, una a continuación de la otra, principiando por la más grave, la que se comenzará a contar desde el tres de octubre de dos mil siete, época desde la que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad por esta causa, según consta del auto de apertura del juicio oral.

En contra de este dictamen el letrado Matías Mundaca Campos, en representación del sentenciado y en su calidad de abogado defensor penal privado, dedujo recurso de nulidad sustentado en la letra a) del artículo 373, en relación con el artículo 19, N° 3°, inciso sexto, de la Constitución Política de la República, por haberse transgredido el principio de no presunción de la responsabilidad penal.

Concedido el expresado recurso, luego que la Sala Penal lo estimara admisible, decretó pasar los autos al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad requerida, como se desprende de fojas 24 de estos antecedentes.

La audiencia pública se verificó el martes diez de los corrientes con la concurrencia y alegatos de la asistencia jurídica del convicto y del representante del Ministerio Público y transcurrida la vista del recurso, se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según aparece del acta que obra a fojas 30.

Con lo relacionado y considerando:

PRIMERO: Que el arbitrio intentado descansa exclusivamente en la causal de contravención sustancial de derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile en actual vigencia, consagrada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, concretando el defecto en la inobservancia del artículo 19 N° 3°, inciso sexto de nuestra Carta Magna, por haberse violentado el principio de no presunción de la responsabilidad en materia penal, al calificar como la de autor la intervención que le cupo a su poderdante en el tráfico ilícito de estupefacientes indagado.

SEGUNDO: Que fundamentando el presente medio de invalidación, el recurrente expresa que el artículo 19 N° 3°, inciso sexto de la Constitución Política de la República asegura como derecho básico el que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal, por lo que sólo puede ser sancionado como autor de un injusto aquél respecto del cual se han verificado todos los elementos de su culpabilidad.

Añade que la tesis de la defensa de Arancibia Zárate se sustentó en que su participación en el ilícito indagado es la de cómplice y no de autor, dado que el verbo rector del ilícito traficar,

que corresponde al inciso primero del artículo 3° de la Ley N° 20.000, y no a los contemplados en su inciso segundo, que no constituyen delitos independientes, sino que meras presunciones legales de tráfico, pero no de autoría del mismo.

Afirma que la sentencia impugnada, al desechar tal planteamiento en su basamento 8°), contraviene expresamente la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia e importa atribuir la calidad de presunción de derecho de autoría al inciso segundo del artículo 3° del mencionado cuerpo legal.

Expresa que esta Corte ha reiterado en diversas ocasiones que la acción típica del delito que nos ocupa es sólo la de traficar, de cuyo sentido natural y obvio debe concluirse que este comportamiento consiste en difundir o distribuir. En cambio, las conductas descritas en el artículo 5° de la Ley N° 19.366 (ahora referido al artículo 3°, inciso segundo, de la Ley N° 20.000), constituyen únicamente presunciones legales de tráfico, citando al efecto la sentencia emitida por este tribunal el quince de mayo (sic) de dos mil uno.

Expone que acerca del hecho en estudio, el veredicto reclamado dejó claramente establecido que la droga incautada a su representado era de propiedad de Angélica Sánchez Pereira a quien se investigaba desde hace varios meses, que fue quien dirigió y controló la entrega y guarda de la droga en el domicilio de su representado, por lo que atribuirle la calidad de autor en tal injusto importa presumir de derecho su responsabilidad penal, por el solo hecho de haberse verificado una de las hipótesis de tráfico del inciso segundo del artículo 3° de la Ley N° 20.000, como es haber almacenado sustancias

alucinógenas de propiedad de Sánchez Pereira en su casa habitación.

Arguye que el pronunciamiento impugnado al condenar a Arancibia Zárate como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, vulnera sustancialmente su garantía constitucional invocada por cuanto aplicando la ley vigente de manera errónea estima que los verbos rectores alternativos del inciso segundo del artículo 3° de la Ley N° 20.000, son delitos independientes de tráfico de drogas y, por ende, quien los ejecuta es autor del mismo, sin admitir que se pruebe que se puede guardar la droga sin ser autor del delito, cuando no se tiene dominio sobre el curso del hecho punible ni disposición alguna sobre el objeto material del delito.

Finaliza instando a esta Corte que, acogiendo la causal invocada, anule el juicio oral y su sentencia consiguiente, determinando el estado en que quedará el procedimiento y ordenando la inmediata remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para la celebración de un nuevo pleito, sin costas.

TERCERO: Que como cuestión previa principal es necesario precisar que la prohibición de presumir la responsabilidad criminal constituye un principio que es concreción de la dignidad de la persona humana, consagrada como valor supremo en el artículo 1° de la Constitución Política, y del derecho a la defensa en el marco de un debido proceso, en los términos que reconoce y ampara el artículo 19 N° 3 de la Ley Fundamental, como expresa textualmente el Tribunal Constitucional en sentencia de cinco de junio de dos mil siete, en la causa Rol N° 519-2006, considerando cuadragésimo segundo, y que tiene como razón de ser reconocer

al afectado todas las posibilidades de demostrar su inocencia.

De esta manera, como lo ha sostenido la doctrina, lo que prohíbe el principio constitucional es que el legislador se adelante a presumir de derecho la responsabilidad y con ello impida al imputado o procesado demostrar su inocencia por los medios de prueba que le franquea la ley y que, consecuentemente, se altere el peso de la prueba liberándose de ésta al autor, de modo que se convierta en incontrarrestable el juicio de reproche que supone la declaración de culpabilidad (Alejandro Silva Bascuñán: Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, año dos mil seis, página 160).

No resulta admisible que por la vía de las presunciones de derecho se pueda tener por acreditada la existencia del suceso que se calificará jurídicamente como constitutivo de delito, y aún que mediante ellas se determine la participación culpable y penada por la ley del inculpado.

CUARTO: Que, fluye de lo expuesto, que lo que la Constitución Política prohíbe, es el prejuzgamiento respecto del delito y de la pena que libere al órgano persecutor de su obligación fundamental de acreditar la ejecución efectiva de la conducta típica y de determinar quienes han tenido intervención como autores, cómplices o encubridores, e impida al imputado probar la falta de voluntariedad o participación en el hecho de que se trate.

Así, de la lectura del referido precepto constitucional se desprende que para que alguien se vea expuesto a sufrir una sanción penal, es indispensable que a su respecto se hayan acreditado o establecido los presupuestos que conforman la estructura de un hecho

delictivo: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; entonces y sólo entonces puede surgir la responsabilidad penal, y por ello sufrir la imposición de una sanción penal (Jaime Náquira Riveros: Teoría del Delito, Tomo I, Editorial Mc Graw Hill, año mil novecientos noventa y ocho, página 322).

QUINTO: Que, por otro lado, el delito de tráfico ilícito de drogas es un delito de peligro para la salud pública, en el cual el riesgo se materializa en la difusión, por el traficante, de una sustancia dañina para la salud de quienes la consuman.

Por ello el artículo 3º, inciso primero de la Ley N° 20.000, que contiene el tipo respectivo, lo describe con la expresión “trafiquen”, lo que importa precisamente la idea de hacer pasar de uno a otro la sustancia de que se trate, y en consecuencia, la de difundir transfiriéndola en cualquier forma, aunque no sea en modo alguno necesario que quien recibe sea un consumidor, pues también puede serlo otro traficante que, a su turno, contribuirá a la dispersión de la droga por el entramado social.

Las regulaciones legales de estas materias en la legislación nacional como en el orden internacional, se caracterizan por su “tipificación totalizadora, abarcando por igual, sin distinción, todo el ciclo de la droga, esto es, su producción, elaboración, comercialización y promoción”, al decir de Manuel Jaén Vallejo: Estudios Penales, Editorial Lexis Nexis, primera edición, Santiago de Chile, año dos mil seis, página 321, configurándose el delito, entonces, como una conducta que, a juicio del legislador, constituye una actividad peligrosa para el bien jurídico protegido. En la especie,

la simple difusión o incluso la simple tenencia para la difusión bastan.

SEXTO: Que, en este contexto, se inscribe el artículo 3º, inciso segundo de la Ley Nº 20.000, que sanciona a quien incurra en alguno de los verbos rectores que señala -poseer, transportar, guardar o portar sustancia o drogas estupefacientes o psicotrópicas-, posibilitando “el castigo por dicha actividad aún cuando sólo se haya acreditado una cualquiera de las conductas que la constituyen, no siendo necesario acreditar que esa conducta es parte de una actividad de tráfico, hecho que se presume o, en palabras de la ley, se entiende que existe” como lo enseña el Profesor Sergio Politoff y otros en la obra Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, año 2004, página 622. Se concreta así, la penalización dentro de un mismo marco penal, en que todos los comportamientos configuran las distintas fases o etapas del tráfico, desde la producción hasta la entrega al consumidor. El delito de tráfico puede provenir u originarse entonces, del ejercicio o realización de distintas acciones o conductas que conllevan a su perfeccionamiento.

Todo ello, como se dijo, no releva al Ministerio Público de su obligación de acreditar suficientemente tales cargos, lo que implica probar que el imputado portaba, transportaba, poseía o guardaba una cantidad determinada de droga, de manera que permita a los juzgadores de la instancia establecer, a la luz de la legislación vigente, la ocurrencia del hecho punible, la participación del imputado y su culpabilidad.

SÉPTIMO: Que, en este caso, el imputado fue condenado por poseer y guardar, sin la debida autorización en el interior de su casa habitación, ciento

veinticinco coma novecientos ochenta y seis kilos netos de pasta base de cocaína, distribuida en sesenta y tres paquetes (basamento 6º de la sentencia).

OCTAVO: Que, en este predicamento y atendido lo expuesto, guardar droga solo constituye una presunción simplemente legal que se trafica, se ha traficado o se pretende traficar, o de todo ello a la vez, puesto que supone una actividad de favorecimiento y facilitación al consumo, por lo que para ser condenado en virtud de esta figura deberá, entonces y conforme a ella, acreditarse en el proceso respectivo, que guardaba o portaba consigo las respectivas sustancias prohibidas. Por consiguiente, tal presunción decae cuando existe prueba que la desvirtúa.

NOVENO: Que de la lectura de la resolución impugnada, especialmente de sus basamentos 6º, 7º y 8º, no es posible concluir que los sentenciadores del grado han presumido de derecho la responsabilidad penal de Arancibia Zárate, pues se estableció más allá de toda duda razonable y con respeto a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, la comisión del hecho y la participación culpable del acusado en la modalidad de autoría.

Por lo demás, expresar como lo hace el compareciente, que la droga pertenecía a otra persona, no convierte a su defendido en cómplice puesto que la acción realizada por éste supone un acto de tráfico en cuanto facilita el consumo de drogas ilícitas, asumiendo el rol de detentador de la sustancia tóxica, entre tanto otros deciden su destino, dado que, por ejemplo, mientras esta última operación se produce, la sustancia tóxica está a resguardo de hipotéticas investigaciones policiales, constituyendo

su accionar una forma o modalidad de cooperación necesaria para el fin del delito afectando definitivamente la salud pública, incluyéndose en tal caso, su conducta, con todo merecimiento en el artículo 15 del Código Penal.

DÉCIMO: Que de lo razonado en los fundamentos precedentes fluye de manera inequívoca que el veredicto impugnado no vulneró el dogma invocado, por cuanto resulta evidente que la calificación jurídica de la conducta lesiva desarrollada por el inculcado en el injusto indagado, se encuentra plenamente justificada.

Por estas consideraciones, disposiciones legales y constitucionales citadas, y lo prevenido en los artículos 372, 373, letra a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se declara que **SE RECHAZA** el recurso de nulidad entablado por el abogado Matías Mundaca Campos, en representación de Jorge Alfredo Arancibia Zárate, en lo principal del libelo de fojas 1 a 6, en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral de Valparaíso, de once de abril recién pasado, que rola de fojas 7 a 15 de este cuaderno, la que, por consiguiente, no es nula.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del Ministro señor Rubén Ballesteros Cárcamo.

Rol N° 2270-08.

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

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN COOPERACIÓN
INTERNACIONAL Y
EXTRADICIONES

LA “EURO ORDEN” DE DETENCIÓN Y ENTREGA

Eduardo Picand Albónico¹³⁷

El presente artículo tiene por objeto dar a conocer los aspectos generales de la Orden Europea de Detención y Entrega, y en tal sentido sólo serán analizados los elementos materiales de esta institución, dejando de lado los aspectos netamente procedimentales. No nos referiremos a la regulación que contiene la Decisión Marco sobre el “procedimiento” que deben seguir las autoridades judiciales de los Estados Miembros para emitir y ejecutar la Orden, por cuanto son temas que afectan fundamentalmente a las relaciones interestatales entre las autoridades judiciales de los Estados Miembros de la Unión Europea.

I. Introducción y fundamentos.

La orden europea de detención y entrega -en adelante “orden europea”- constituye el instrumento procesal más elaborado y eficiente de cooperación penal internacional vigente actualmente entre los Estados Miembros de la Unión Europea¹³⁸.

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

138 Se encuentra regulado en la legislación interna de los 27 Estados que integran actualmente la Unión Europea: Austria (*Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union* (EU-JZG), 2004); Bélgica (*Belgian Legislation Implementing the European Arrest Warrant*, de 19.12.2003); Bulgaria (*Law of Extradition and the European Arrest Warrant*, de 01.07.2005); Chipre (*The European Arrest Warrant and the Surrender Procedures Between Member States on the European Union*, de 30.04.2004); República Checa (Adiciones al Código Penal en 2004); Dinamarca (*the Law on the extradition of offenders and the Law on the extradition of offenders to Finland, Iceland, Norway and Sweden transposition of the Council Framework Decision on the European arrest warrant* (N° 433), de 10.06.2003); Estonia (*División N° 8 del Código de Procedimiento Penal §490-507*); Finlandia (*Law N° 1286/2003*); Francia (*Loi N° 2004-204*); Alemania (*EuHbG*, de 21.07.2004); Grecia (*Law N° 3251/2004*); Hungría (*Act CXXX/2003*); Irlanda (*European Arrest Warrant Act 2003*); Italia (*Italian Law to Implement FD on EAW*, de 22.04.2005); Letonia (*Ley de junio de 2002*); Lituania (*Modificación al Código Penal*, 2002); Luxemburgo (*Loi de 17.03.2004, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats Membres de l'Union Européenne*); Malta (*Ley N° 320/2004. Extradition Act, Capítulo 276*); Países Bajos (*Act de 29.04.2004*); Polonia (*Law de 18.03.2004*); Portugal (*Law N° 65/23.08.2003*); Rumania (*Law N° 302, 28.06.2004*); Eslovaquia (*Act N° 403/2004*); Eslovenia (*Law de 26.03.2004*); España (*LOEDE 2/2003 y 3/2003*); Suecia (*Ley de 18.12.2003*); y Reino Unido (*Extradition Act 2003*). El texto completo en inglés de cada una de ellas puede verse en la página web del Consejo de Europa.

La extradición ha sido el mecanismo histórico de asistencia mutua internacional en la lucha contra la delincuencia; sin embargo, el desarrollo de la criminalidad organizada y el aumento creciente de actos terroristas en el ámbito internacional durante los últimos diez años¹³⁹, unido a la necesidad de simplificar e imprimir celeridad al engorroso procedimiento de extradición realizado entre Estados con el objeto de lograr la entrega de individuos que, intentando lograr la impunidad, se refugiaban en el territorio de otros Estados de la Unión, ejercieron profunda repercusión entre los Estados comunitarios, quienes, en un espacio de libertad, seguridad y justicia¹⁴⁰, entendieron necesaria la desburocratización y simplificación de este mecanismo a través de la incorporación de una figura procesal más expedita en que, por una parte, sólo interviniera la autoridad judicial, los plazos fueran lo más breves posibles y no existiera un sistema de recursos contra las resoluciones que se dictaren¹⁴¹; y, por otra parte, se cautelara el derecho de todo imputado a un proceso sin dilaciones indebidas y con pleno respeto de sus garantías¹⁴². La existencia de profusas discusiones en Europa sobre algunos temas controvertidos que giraban en torno a la extradición, como por ejemplo, la reclamación por parte del Estado italiano de individuos que habían sido condenados en rebeldía en dicho país; la entrega de nacionales a los Estados requirentes; la detención previa en la extradición pasiva, y la inexistencia de la cosa juzgada material en estos procedimientos¹⁴³, detonaron la decisiva voluntad política de crear en el año 2002, a través de una Decisión Marco del Consejo

139 ARANGÜENA FANEGO, Coral, y otros: *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La orden europea de detención y entrega*, Instituto de Estudios Europeos, Junta, Universidad de Valladolid, Editorial Lex Nova, 2005, pp. 25-50.

140 La profesora española Esther Gómez Campelo lleva la razón cuando señala que "...contemplar una Europa sin fronteras interiores, un vasto territorio en que las libertades de circulación y residencia no se constriñan por normas internas, ha dejado de ser una hipótesis de laboratorio, un mero desiderátum, para convertirse en una constatable realidad. Las mutuas relaciones entre los Estados Miembros cobran, de esta forma, una especial relevancia...". "...cuando los sujetos forman parte de un procedimiento penal en el marco territorial de la Unión, parece necesario arbitrar normas básicas, criterios mínimos de actuación que verdaderamente garanticen el espacio de libertad, seguridad y justicia, sobre la base de los principios generales del Derecho Comunitario. El ejercicio de la libertad requiere un auténtico espacio de justicia en que las personas puedan recurrir a los tribunales y a las autoridades de cualquier Estado Miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio. Debe evitarse que los delincuentes encuentren la forma de aprovecharse de las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los Estados Miembros". GÓMEZ CAMPELO, Esther: *La orden europea de detención y entrega ante la delincuencia organizada ¿Un nuevo enfoque del Estado de Derecho?*, publicada en <www.juridicas.unam.mx>

141 CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: *Procedimiento español de emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega*, Thomson-Aranzadi, España, 2005.

142 DÍEZ RIAZA, Sara; GISBERT POMATA, Marta y CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina: *La orden europea de detención y entrega: Estudio de la Ley 3/2003, de 14 de marzo*, Thomson/Civitas, 2005, p. 52-70.

143 CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos y LÓPEZ ORTEGA, Juan José: *Derecho Extradicional. Apéndice. El futuro de la Extradición en Europa*, Editorial Dykinson, 2003, España, p. 140.

de Europa, la llamada “orden europea de detención y entrega”. El Tratado de Maastricht –constitutivo de la Unión Europea¹⁴⁴–, antecedente más remoto en donde se consideraría la “cooperación penal internacional” como el “Tercer Pilar” de la Unión¹⁴⁵, es un buen punto de partida para fijar la génesis de la euroorden a través de la creación de otros mecanismos complementarios de asistencia transfronteriza¹⁴⁶. Con justa razón se ha afirmado que la euroorden es el primer

144 Tratado constitutivo de la Unión Europea, de 07.02.1992.

145 Respecto a la importancia que tiene la “Cooperación Judicial y Policial” en la Unión Europea, el Consejo de Europa, considerándola como el “Tercer Pilar de Cooperación” de la Comunidad, ha dicho que: *“Judicial cooperation in criminal matters has become, with the entry into force of the Maastricht Treaty in November 1993, a matter of high priority for all Member States of the European Union and for the Council itself. Cooperation between Member States in the field of Justice and Home Affairs is carried out in the so-called Third Pillar of the European Union. The idea of creating an Area of freedom, security and justice in Europe becomes more and more an every day reality in the European Union, and the Council has adopted in recent years a number of important legal instruments which are either already implemented in the Member States or where their implementation in national legislation is well under way. Many new projects are also under preparation in the different working groups of the Council. The entry into force of the Treaty of Amsterdam, on 1 May 1999, has strengthened this development further. The European Council adopted in 1997 an Action Plan to combat organised crime, which was prepared by a High Level Group of experts from the Member States. Several of the recommendations of this Action Plan aim at improving the standards of co-operation between judicial authorities in criminal matters. On the basis of this Action Plan, and amongst other measures, the Council adopted on 29 June 1998 a Joint Action on the creation of a European Judicial Network. This Network was officially inaugurated on 25 September 1998 by the Austrian Minister of Justice as holding the Presidency of the Council of the European Union. The Network meets regularly and is active as intermediaries with the task of facilitating judicial cooperation between Member States, and provide legal and practical information on mutual legal assistance to practitioners in their own countries and abroad, and, generally, improve coordination of judicial cooperation between Member States. Its work is carried out by contact points, identified by each Member State. To facilitate the work of the contact points of the European Judicial Network, but also of all practitioners involved in mutual legal assistance, the General Secretariat of the Council, which is responsible for the administration of the Network, has prepared this first website as a practical tool. It contains a number of relevant legal instruments applicable in this field in the European Union. These instruments have been adopted by the Council itself but also by other fora such as the United Nations, the Council of Europe and the OECD. The information will be regularly updated. The General Secretariat of the Council is aware that practitioners working in the field of judicial cooperation in criminal matters have more and more difficulties in keeping an overview of all relevant applicable international instruments in a specific case. I therefore sincerely hope that this new tool will help them in their every day work, and that it will be one step more towards realising for our citizens throughout the Union an Area of freedom, security and justice”*. <www.consilium.europa.eu>

146 Dentro de las medidas comprometidas para la lucha contra la delincuencia transnacional y organizada entre los Estados Miembros, se acordó crear: a) la Red Judicial Europea; b) la “Ayuda judicial en materia penal”; c) un sistema de magistraturas con sede en diversos Estados. Luego, con el transcurso del tiempo, y en el seno de la *Cumbre de Tampere*, el

mecanismo de cooperación judicial regulado como consecuencia del principio de reconocimiento mutuo, piedra angular en el espacio judicial europeo¹⁴⁷.

Veamos someramente los aspectos materiales más relevantes de esta nueva institución de cooperación penal internacional de la Unión Europea.

II. Concepto, naturaleza jurídica y clasificación

La orden europea de detención y entrega es un procedimiento judicial en virtud del cual se resuelve la admisión o denegación de la solicitud de entrega de individuos que, habiendo delinquido en el territorio de un Estado Miembro de la Unión Europea, se hubieren refugiado en el territorio de otro Estado Miembro, con el objeto de enjuiciarlo criminalmente o imponerle una condena¹⁴⁸.

El artículo 1º de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, define la orden de detención europea como “...una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad”.

Nos parece poco apropiada la expresión utilizada por el legislador europeo, por cuanto pareciere ser que, tratándose de una “orden”, su ejecución no puede merecer reparos por parte del Estado requerido, quien debe obedecer, observar y ejecutar el mandato de manera inmediata, aún cuando no cumplieren los presupuestos materiales o procesales mínimos. Indudablemente que aquello no es así, pues el único caso de “entrega automática” -como veremos más adelante- en que no es indispensable acreditar, por ejemplo, la doble incriminación, es absolutamente excepcional en el texto de la Decisión Europea, y se enmarca sólo dentro de un reducido número de delitos muy graves que, siendo castigados en la legislación del Estado emisor con una pena o medida de seguridad mínima de tres años de privación de libertad, se encuentran, además, previstos en un listado elaborado para tales efectos. En todos los demás casos esta “orden” no es tal, por cuanto entrega a las autoridades del Estado ejecutor la entera libertad para evaluar su admisibilidad o denegación. Si entendiéramos que la expresión “orden” dimana del efecto propio de la resolución judicial dictada por el Tribunal del Estado ejecutor que concede la solicitud de detención y entrega, no podemos sino

Consejo de Europa decidió crear la EUROJUST (Conclusión Nº 46, cuya creación fue concebida a través de la Decisión 2002/187/JAI, de 28.02.2002), integrada por fiscales, magistrados y policías de todos los Estados Miembros, la cual tendría por objeto coordinar las investigaciones nacionales en la persecución de la criminalidad organizada, basándose principalmente en la información de la EUROPOL.

147 PÉREZ CEBADERA, María Ángeles: “La nueva extradición europea: la orden de detención y entrega”, Editorial Dykinson, España, 2008, p. 22-32.

148 Véase en extenso: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTIN, Adán; y MUÑOZ DE MORALES, Marta: *La orden de detención y entrega europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

confirmar esta crítica a su denominación, pues las resoluciones judiciales sí son ordenes desde el momento en que se dictan sólo para ser cumplidas.

Se trata, pues, de un “proceso judicial” que culmina con la dictación de una resolución judicial a la cual se le ha denominado “orden” pero que, como hemos visto, no impone su cumplimiento al tribunal al cual va dirigido, sino que sólo le “solicita” hacerlo en virtud del “reconocimiento mutuo”¹⁴⁹. Al ser un proceso, podemos advertir en él sus tres elementos constitutivos: objeto, sujetos y actos de procedimiento. El objeto de la orden europea es lograr la detención y entrega de un individuo que, habiendo delinquido en el territorio de un Estado Miembro de la Unión Europea, se refugia en el de otro, con el objeto de burlar la acción de la justicia y lograr la impunidad; su finalidad es, a diferencia del proceso penal propiamente tal, lograr la simple “detención y entrega” y no la mera declaración de “culpabilidad” de un imputado. Los sujetos del proceso, por su parte, son los tribunales de justicia de los Estados Miembros y el individuo cuya detención y entrega se solicita. Respecto de los actos de procedimiento, digamos desde ya que son aquellos destinados a lograr exclusivamente la detención y entrega del individuo, no siendo en caso alguno actos por medio del cual el Estado requirente ejerza la acción penal.

Importante resulta insistir, además, en que se trata de un proceso donde, de manera privativa y exclusiva, sólo intervienen autoridades judiciales, sin perjuicio de que, como veremos más adelante, la autonomía de los tribunales en la admisión o denegatoria de la solicitud -orden- se encuentra fuertemente reglado y limitado, tanto para los casos en que el tribunal del Estado ejecutor debe autorizar sin más trámite la solicitud de detención y entrega; tanto cuando el mismo puede denegar la reclamación, ajeno a criterios de conveniencia interna. En este sentido, la orden europea de detención y entrega, no obstante mantener los mismos fundamentos de la extradición¹⁵⁰ -y aún cuando parte de la doctrina haya sostenido que se trata de una extradición simplificada¹⁵¹-, viene a modificar, derogar o restringir importantes principios clásicos de esta institución, tales como la no entrega de los nacionales, la doble incriminación para delitos graves y la exclusión de delitos políticos, fiscales o militares.

Ahora bien, no obstante la celeridad propia de la orden europea de detención -y que justifica en gran medida la sustitución de la extradición entre los Estados de la Unión-, debe tenerse muy presente que las autoridades judiciales del Estado Ejecutor no pueden conceder la solicitud cuando no existiere *prima facie*, y en todo caso, *fumus boni iuris* o *periculum in mora* que la justifique, sin perjuicio de los restantes presupuestos materiales y procesales que deben concurrir. La orden

149 MARCOS FRANCISCO, Diana: *Orden europea de detención y entrega*, Editorial Tirant lo Blanch, 2008, p. 115-128.

150 Vid. JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Editorial Losada, 5ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1950, p. 88y y ss.

151 Véanse estos argumentos en: BUENO ARÚS, Francisco y DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan: *Manual de Derecho Penal Internacional*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España, 2003, p. 236.

europea cumple un rol netamente instrumental desde el momento mismo en que cautela a futuro -no para sí misma sino para una jurisdicción foránea- el ejercicio de la acción penal por parte de las autoridades del Estado solicitante; o sea, garantiza -de manera no condicional- que su admisión permitirá que el imputado sea juzgado y/o condenado.

Como puede apreciarse, entonces, el fundamento de la orden europea de detención y entrega entre los veintisiete Estados Miembros de la Unión Europea no es otro que la justicia generada en un plano de igualdad, solidaridad y auxilio judicial mutuo en la lucha contra la criminalidad, con pleno respeto a los derechos procesales del imputado, permitiendo que, no obstante su intención de eludir la acción de la justicia huyendo al territorio de otros Estados, sea puesto a disposición del órgano jurisdiccional del lugar donde cometió el ilícito, sin consideración a su nacionalidad o la naturaleza del delito. Así, disminuye la inseguridad jurídica tanto para los Estados como para los justiciables, por cuanto ahora es posible saber con relativa precisión, más allá de los criterios políticos concurrentes, los presupuestos objetivos que deben cumplirse para obtener la entrega de un individuo que ha delinquido y pretende la impunidad.

No obstante la Decisión Marco no haga ningún tipo de distinciones respecto de la institución en comento, podríamos intentar una clasificación habida cuenta del órgano jurisdiccional del cual proviene la resolución que se dictare en torno a ella. Así, podríamos distinguir una “orden europea activa”, esto es, la resolución dictada por el tribunal del Estado Miembro que solicita la detención y entrega; y una “orden europea pasiva”, tratándose de la resolución dictada por el tribunal del Estado Miembro que recibió dicha solicitud y en cuyo territorio se encuentra la persona requerida, la cual deberá resolver autónomamente si decreta o no la detención y entrega del imputado.

Asimismo, suele distinguirse entre la “orden europea de enjuiciamiento” y la “orden europea de ejecución”, conforme su solicitud se fundamente en el ejercicio de la acción penal contra la persona del requerido o en la imposición de la condena ya pronunciada.

III. Ámbito de aplicación

Dentro de las importantes conclusiones adoptadas en 1999 por el Consejo Europeo de Tampere estuvo la necesidad de crear en la Unión Europea un “Espacio de libertad, seguridad y justicia”. Para tales efectos, se dejó expresa constancia de la necesidad de suprimir la extradición entre los Estados Miembros, respecto de personas que eludían la acción de la justicia después de ser condenadas o eran sospechosas de haber participado en actos delictivos¹⁵², debiéndose reconocer y ejecutar mutuamente¹⁵³ las órdenes de detención¹⁵⁴, permitiendo una

152 Véase conclusiones del Consejo (punto N° 35). <www.europa.eu.int>

153 Véase el artículo III-171 de la Constitución Europea y el Libro Verde sobre la aproximación, reconocimiento mutuo y ejecución de Penas en la Unión Europea.

154 Véase conclusiones del Consejo (punto N° 37). <www.europa.eu.int>

movilización de los recursos procesales y policiales entre los Estados, como si se tratara del territorio de un único Estado.

Los elementos que determinan el ámbito de aplicación de la orden europea de detención son el espacio y el tiempo.

a) Ámbito de aplicación espacial:

La orden europea de detención rige exclusivamente entre los Estados Miembros de la Unión Europea. Tratándose de la extradición solicitada por o ante un Estado Miembro de la Unión Europea y un Tercer Estado, deben aplicarse las normas generales de extradición. Ahora bien, sabemos que la incorporación de la orden europea se materializó a través de la dictación de una Decisión Marco, la cual carece de efectos vinculantes directos para los Estados, los que deben dictar leyes internas para incorporar su contenido material y, una vez ocurrido aquello, la normativa los relaciona con los restantes Estados¹⁵⁵. Actualmente los siguientes Estados han dictado sus respectivas leyes de transposición de la Decisión Marco¹⁵⁶: España, Portugal, Dinamarca, Reino Unido, Finlandia, Suecia, Bélgica, Irlanda; Francia y Luxemburgo.

b) Ámbito de aplicación temporal:

El artículo 34 de la Decisión Marco dispone que *“los Estados Miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión Marco antes del 31 de diciembre de 2003”*.

“Los Estados Miembros transmitirán a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión el texto de las disposiciones de adaptación de sus legislaciones nacionales en virtud de las obligaciones derivadas de la presente Decisión Marco. Al hacer esta transmisión, cada Estado miembro podrá indicar que aplicará inmediatamente la presente Decisión Marco en sus relaciones con aquellos Estados Miembros que hayan efectuado la misma notificación”.

155 El artículo 32 de la Decisión Marco dispone que *“los Estados Miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco, una declaración en que se indique que, como Estado Miembro de ejecución, seguirán tramitando las solicitudes relativas a los actos cometidos antes de una fecha que especificarán, con arreglo al sistema de extradición aplicable antes del 1° de enero de 2004. La fecha de que se trate no podrá ser posterior al 7 de agosto de 2002. dicha declaración será publicada en el Diario Oficial y podrá ser reiterada en cualquier momento”*. Francia, Austria e Italia, han utilizado este artículo para utilizar el procedimiento de extradición tratándose de hechos cometidos antes del 1° de noviembre de 2003 y del 7 de agosto de 2002, respectivamente.

156 MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena: *La Implementación y Aplicación de la Orden Europea de Detención y Entrega. Luces y Sombras*, Revista de Derecho de la Unión Europea, Universidad Nacional de Educación a distancia, 2006, p. 176-200.

IV. Presupuestos materiales de procedencia

Toda orden de detención y entrega emitida al tribunal de un Estado Miembro de la Unión Europea debe cumplir con ciertos requisitos de fondo que determinan su validez¹⁵⁷, tanto en cuanto al sujeto cuya detención y entrega se solicita, como en cuanto a la solicitud misma.

Como hemos señalado, el tribunal no tiene plena libertad para resolver si admite o no la solicitud de detención y entrega que le puede formular un ente jurisdiccional proveniente de otro Estado Miembro. En efecto, la Decisión Marco ha regulado una serie de supuestos y requisitos que debe objetivamente cumplir la orden europea para que el tribunal disponga su admisión y no su denegación¹⁵⁸.

Los principios objetivos a los cuales nos referimos, y que también son reconocidos en el Derecho Extradicional, son los siguientes: legalidad, doble incriminación, especialidad, extinción de la responsabilidad penal e incumplimiento del Estado de no imponer condenas perpetuas. No han sido considerados otros principios clásicos tales como la no entrega de nacionales y la exclusión de delitos políticos, fiscales o militares.

a) Principio de legalidad:

La orden europea debe fundamentarse en la infracción de una ley expresa que tipifique una determinada conducta como delito y cuya pena supere una mínima duración, principio básico en el cual descansa cualquier sistema democrático de Derecho. La detención o entrega efectuada con infracción a este elemental principio debe ser considerada como “entrega ilícita”, “captura” o “secuestro”.

El artículo 2° de la Decisión Marco dispone que “*se podrá dictar una orden de detención europea por aquellos hechos para los que la ley del Estado Miembro emisor señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de doce meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad*”. Con ello, el legislador europeo estableció un *numerus apertus* en la inclusión de las conductas que podrían ser objeto de una orden europea de detención y entrega, evitando así futuras modificaciones a las leyes internas que la consagrarán, conforme se fueran creando con el tiempo nuevas figuras delictivas no consideradas en una eventual enumeración taxativa de delitos. La redacción de la Decisión Marco permite incluir, con pleno respeto al principio de legalidad, cualquier hecho constitutivo de delito que cumpla con las exigencias mínimas de penalidad establecidas por ella, las cuales va-

157 CUERDA RIEZU, Antonio: *De la extradición a la “Euro orden” de detención y entrega*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 81-136.

158 CALAZA LÓPEZ, Sonia: *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Editorial IUSTEL, 2005, p. 75-128.

rían dependiendo de si el objeto de la orden europea es el enjuiciamiento o la aplicación de una condena.

b) Principio de doble incriminación:

La propia Decisión Marco que estableció la orden europea de detención y entrega quiso dejar bien claro, en su Exposición de Motivos, que la aplicación de la misma no podía perturbar los derechos fundamentales previstos en el artículo 6° del Convenio Constitutivo de la Unión Europea, fuera del estricto cumplimiento de los requisitos previstos por la Decisión Marco. Si la orden europea implica en buenas cuentas privación de libertad, era previsible que el legislador, fuera de la exigencia del principio de legalidad, exigiera, además, y por regla general, el cumplimiento de otra importante premisa: los hechos que motivan la solicitud de detención y entrega deben ser constitutivos de delito no sólo en el Estado Miembro del cual emana la solicitud de detención y entrega, sino también en el Estado del tribunal que se pronunciará respecto de ella, y deben serlo antes de su comisión.

El fundamento de la doble incriminación es la reciprocidad y proporcionalidad que debe existir en el procedimiento, o sea, la posibilidad de que los tribunales del Estado solicitante y del Estado ejecutor, habrían -conforme su propia legislación- actuado con criterios similares ante el mismo caso.

No obstante lo anterior, hemos dicho que la “celeridad” fue uno de los más poderosos fundamentos que el Consejo tuvo a la vista para sustituir el procedimiento de extradición por la orden europea de detención y entrega, entre los Estados Miembros de la Unión Europea, motivo por el cual, consecuentemente, fue propuesta la posibilidad de eliminar -tal como se hizo con otras exigencias propias de la extradición- el requisito de la “doble incriminación” como presupuesto material para admitir la ejecución de la orden. Sin embargo, luego de intensos debates, no se aprobó dicha moción, por cuanto ponía en serio riesgo el real respeto a los derechos y garantías del imputado, quien eventualmente podría ser privado de su libertad por un tribunal de un Estado cuya legislación no tipificaba como delito la conducta incriminada en el Estado del cual emanaba la orden europea. Así, los delegados del Consejo prefirieron mantener, con ciertos límites, la exigencia de la doble incriminación en el examen de admisibilidad de la orden europea, aún cuando aquello implicara retardos en la detención y entrega del individuo requerido, pues más valía resguardar los derechos de los justiciables que insistir en la rapidez de un procedimiento que, no obstante aquello, era naturalmente más expedito que la extradición.

Así, tal como hemos dicho, el principio de la doble incriminación fue exigido por el legislador europeo sólo cuando los delitos imputados eran de menor entidad, suprimiendo este análisis respecto de ciertos tipos penales particularmente graves que enumeró de manera rígida y taxativa. Veamos cuál es el tratamiento en uno y otro caso.

- *Ejecución de la orden europea sin necesidad de verificar la doble incriminación.*

Opera tratándose de delitos particularmente graves enumerados taxativamente en el artículo 2.2 de la Decisión Marco¹⁵⁹. En estos casos, cuando la ley interna del respectivo Estado emisor sanciona la conducta con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de tres años, se procederá a la entrega automática de la persona requerida, sin que sea necesario controlar previamente la doble incriminación de la conducta. El Tribunal que emitió la orden europea debe acreditar sólo dos cosas para obtener la resolución favorable del Tribunal que deberá ejecutar la orden: a) la tipificación del delito dentro del listado taxativo contemplado en la Decisión Marco y que ha incorporado a su ordenamiento jurídico a través de la dictación de una ley; y b) la penalidad superior a tres años contemplada en su legislación. Cumpliéndose estos dos requisitos copulativamente, la autoridad judicial del Estado de Ejecución no puede emitir reparo alguno acerca de la admisibilidad de la orden europea, debiendo necesariamente ordenar la detención y entrega del individuo que se encuentra en su territorio.

- *Ejecución de la orden europea previo control de la doble incriminación.*

Tratándose de cualquier hecho delictivo no comprendido en el supuesto anterior, pero que es sancionado en la legislación del Estado emisor con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses, o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de una condena o una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad, la resolución del tribunal ejecutor de la orden podrá estar supeditada al cumplimiento, previo examen de admisibilidad, del principio de

159 Los delitos enumerados en el artículo 2.2 de la Decisión Marco -y que alcanzan a treinta y dos- son los siguientes: pertenencia a organización delictiva; terrorismo; trata de seres humanos; explotación sexual de los niños y pornografía infantil; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción; fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas; blanqueo del producto del delito; falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro; delitos de alta tecnología, en particular delito informático; delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas; ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal; homicidio voluntario; agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro; detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robos organizados o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte; estafa; chantaje y extorsión de fondos; violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías, falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; falsificación de medios de pago; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares; tráfico de vehículos robados; violación; incendio voluntario; delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; secuestro de aeronaves y buques, y sabotaje.

“doble incriminación”, esto es, que la conducta descrita por la legislación del Estado emisor en la cual se fundamenta la solicitud de detención y entrega sea tipificada como delito en la legislación del Tribunal que debe resolver la solicitud.

c.- Principio de especialidad:

La ejecución de la orden europea de detención está limitada al contenido de la resolución del tribunal emisor, de manera tal que sólo puede ser detenida y entregada la persona que figura en ella y sólo puede ser juzgada o sancionada por los delitos señalados expresamente en la orden europea. Queda absolutamente excluida la posibilidad de enjuiciar o aplicar una condena a la persona que ha sido entregada al Estado emisor, si la resolución judicial que motivó su detención y posterior traslado a su territorio no contemplaba esos delitos o condena. El fundamento del principio de especialidad está en el derecho que tiene el imputado a conocer el motivo exacto por el cual será trasladado, y el compromiso que los Estados asumen de respetar el contenido y causas de sus peticiones de detención y entrega. De no ser así, tanto el procedimiento de extradición como la nueva orden europea se transformarían en un mero trámite de expulsión o traslado, perdiendo toda justificación y causa la resolución judicial dictada por el tribunal de ejecución que ordenó la detención, por cuanto, en estricto rigor, si el tribunal emisor jamás le pidió la detención por los delitos por los cuales posteriormente está enjuiciando o condenando al individuo, es de toda lógica que el tribunal de ejecución nunca tuvo conocimiento de ellos y, si aquello ocurriera, no tendría ningún sentido y causa la resolución que hubiere dictado ordenando la detención y entrega del requerido, convirtiéndola, en consecuencia, en una resolución infundada y abiertamente ilegal, pudiendo generar, incluso, responsabilidad internacional del Estado.

Como puede apreciarse, debe existir una constante congruencia entre lo pedido por el tribunal emisor y lo concedido por el tribunal ejecutor, pues el contenido de la orden lo que realmente hace es fijar la competencia de aquel. Los Tribunales de los Estados Miembros tienen prohibición de enjuiciar o condenar a un individuo por hechos anteriores o distintos a los señalados en la orden europea, sin perjuicio de proceder luego a lo que se denomina “ampliación de la orden europea”, caso en el cual el tribunal de ejecución debe notificar a la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea su disposición favorable a que el tribunal de emisión enjuicie o condene al individuo por hechos de los cuales no se había tenido noticia.

Los delitos cometidos por el individuo después de la detención y entrega quedan naturalmente excluidos del principio de especialidad.

d.- Inclusión de ciertos delitos clásicamente excluidos:

Al haber utilizado la Decisión Marco una descripción abierta y extensiva de las conductas susceptibles de ser tomadas en consideración para efectos de dictar una orden de detención y entrega, con la sola limitación de la penalidad

mínima, y no habiendo excluido de manera expresa los delitos políticos, fiscales o militares, permite concluir que ellos podrían ser objeto de una orden europea, más aún si la propia Decisión Marco, al enumerar los ilícitos que no requieren examen de doble incriminación, se refiere a delitos que, muchas veces, están íntimamente relacionados con ellos, como ocurre con el terrorismo, el tráfico de armas y la asociación ilícita. La mayoría de las leyes internas dictadas por los Estados Miembros de la Unión Europea que han incorporado el contenido de la Decisión Marco a su legislación, han señalado expresamente en su exposición de motivos la no exclusión de estos delitos. Sin perjuicio de lo anterior, hay que recalcar que la Decisión Marco no los ha incorporado de manera expresa sino sólo de modo general al referirse a los “hechos” delictivos que cumplen con una penalidad mínima, motivo por el cual podrían quedar excluidos de la orden por las particulares interpretaciones y fundamentos que pudieran darle a estos delitos los respectivos Estados Miembros, sin perjuicio de lo cual, claro está, cobraría vigencia el principio *aut dedere aut iudicare*.

e.- Extinción de la responsabilidad penal por prescripción:

El Tribunal de ejecución está habilitado para denegar la orden de detención y entrega cuando, conforme los mandatos de su propia legislación, la acción penal o la pena correspondiente a los delitos se encuentre prescrita.

f.- Prohibición de condenas perpetuas, pena de muerte, torturas u otros tratos inhumanos y degradantes:

Cuando el delito por el cual se haya emitido la orden europea de detención y entrega tenga asignada un pena o medida de seguridad privativa de libertad a perpetuidad, conforme la legislación del tribunal emisor, el tribunal de ejecución no podrá acceder a la petición, a menos que la penalidad impuesta pueda ser revisada o suspendida.

Asimismo, la Decisión Marco señala en su exposición de motivos que “*nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado en un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos y degradantes*”. La pena de muerte es inexistente en las legislaciones de los Estados Miembros de la Unión Europea, motivo por el cual la Decisión no la trató expresamente en el artículo 3° como causal de denegación de la orden.

Los presupuestos materiales subjetivos de la orden europea de detención y entrega, están dados fundamentalmente por cuatro aspectos del sujeto pasivo de la resolución: la nacionalidad; la edad del imputado; los indultos que puedan favorecerle; y las inmunidades o privilegios que tenga.

g.- Nacionalidad del imputado:

La facultad que tienen los Estados para no acceder al pedido de extradición cuando la persona que es solicitada es “nacional” del mismo Estado, es uno de los principales escollos que históricamente han perturbado la eficacia de este

procedimiento. Esta exigencia encontraba sus fundamentos en la clásica concepción que existía sobre la soberanía estatal, considerada como una facultad absoluta e indelegable del Estado sobre sus súbditos, y a la absurda creencia que los nacionales sólo podían ser juzgados adecuadamente ante tribunales de su propio país, sede jurisdiccional en la cual serían garantizados sus derechos fundamentales con total imparcialidad.

En nuestra opinión, la decisión de no entregar a una persona que es requerida en un proceso de extradición por el simple hecho de tener la “nacionalidad” del Estado requerido, no puede estar justificada por el Derecho pues carece de toda lógica y justicia. En efecto, el motivo por el cual se deniega la entrega de un individuo que es reclamado para juzgarlo o aplicarle una pena debe estar fundamentado en motivos “de facto” que permitieren presumir que sus derechos fundamentales no serán respetados en el Estado requirente, pues en este caso el procedimiento de extradición se convertiría en el medio jurídico para avalar dichas conductas. El Estado requerido no debe acceder a la extradición en estos casos, no sólo respecto de sus “nacionales”, sino que también respecto de los “no nacionales” que se encuentran en su territorio y que son objeto del pedido de extradición; actuar de modo distinto sería avalar jurídicamente una arbitrariedad en la igualdad de trato que debe existir entre los nacionales y los extranjeros que se encuentran en un mismo país, pues podría darse el caso que en un mismo procedimiento de extradición en donde se solicita la entrega de varios imputados de diversas nacionalidades, el Estado Requerido disponga la entrega de unos y la no entrega de otros, en circunstancias que el motivo de fondo por el cual se rechaza el pedido es el temor que no se respetarán los derechos fundamentales de los imputados que han sido requeridos.

La orden europea de detención deja atrás este anacrónico principio de la “no entrega de nacionales” pues entiende que los tribunales de todos los Estados Miembros son confiables, o sea, existe una confianza recíproca entre ellos. Ningún Estado de la Unión Europea puede justificar la denegatoria de extradición en el hecho que el reclamado o la víctima mantenga residencia en su territorio o posea su nacionalidad.

No obstante lo anterior, algunos Estados de la Unión Europea, no obstante disponer la “entrega de sus nacionales”, supeditan la misma a que ellos, previa manifestación de su consentimiento, sean devueltos al Estado de su nacionalidad o residencia¹⁶⁰ luego de ser condenados en el Estado requirente, pues no obstante existir este procedimiento de recíproca colaboración penal, no es menos cierto que el fin de la “pena penal” debe ser la reeducación y reinserción, y el lugar más

160 El artículo 5.3° de la Decisión Marco se refiere al territorio del Estado de la “nacionalidad” o de la “residencia” del condenado. No obstante lo anterior, la mayoría de las legislaciones europeas, a través de sus respectivas leyes introductorias, sólo han contemplado la posibilidad de entregar al imputado, en caso de aquiescencia, al Estado del cual es nacional, excluyendo el Estado donde haya tenido su “residencia”.

apropiado en donde se pueden cumplir estos objetivos es, por cierto, el Estado del cual es nacional el condenado¹⁶¹.

h.- Edad del imputado:

El artículo 3° de la Decisión Marco, al enumerar los motivos para la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea, dispone que *“la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución (denominada en lo sucesivo “autoridad judicial de ejecución”) denegará la ejecución de la orden de detención europea en los casos siguientes: 3° cuando la persona que sea objeto de la orden de detención europea aún no pueda ser, por razón de su edad, considerada responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución”*.

La Decisión Marco protege a quienes son considerados “menores de edad” por la ley del Estado de Ejecución, por cuanto el irrestricto respeto al principio de legalidad de dicho Estado impediría que sus tribunales ordenaran la detención y entrega de un individuo que se encuentra exento de responsabilidad penal conforme su propia legislación.

En todo caso, es importante señalar que la Decisión Marco sólo reguló la “minoría de edad” como causal para denegar la orden europea, sin pronunciarse expresamente sobre qué podría ocurrir ante la presencia de otras eximentes de responsabilidad penal. Por de pronto, sólo es posible denegar la orden europea, fundado en texto legal, ante la existencia de la eximente de “minoría de edad”, de manera tal que los tribunales del Estado de ejecución siempre deberán rechazarla cuando, conforme su propia legislación, el requerido fuere menor de edad, y aún cuando la legislación del Estado solicitante no lo considere como tal.

Lo anterior no puede ser una justificación legal para que el menor de edad no responda por el delito respecto del cual se le quiere enjuiciar o condenar, razón por la cual el Estado que ha negado su detención y entrega, deberá instar porque sea enjuiciado conforme la normativa interna que regule los procesos penales de los menores de edad.

i.- Indulto:

La autoridad judicial de ejecución debe denegar la ejecución de la orden europea de detención cuando el delito en que se basa la orden esté cubierto por la amnistía en el Estado miembro de ejecución si éste tuviere competencia para perseguir dicho delito según su propio Derecho Penal.

Algunos Estados europeos que no reconocen la “amnistía” como causal de extinción de la responsabilidad penal, sustituyeron esta expresión en sus respectivas normativas internas por la de “indulto”¹⁶². El indulto, a diferencia de la amnistía, opera sobre las penas impuestas en el propio Estado de ejecución, motivo por el cual creemos que aquél no es más que una manifestación del principio *non bis*

161 Véase: artículo 25.2° de la Constitución española de 1978, y 11.2 de la LOEDE.

162 Véase el artículo 12. 1° letra c) de la Ley española (LOEDE).

in idem, motivo por el cual no debió haber sido regulado dentro de los motivos de denegación de la orden europea.

j.- Inmunidades y privilegios:

El artículo 20 de la Decisión Marco regula la situación de los requeridos que gozan de derechos, inmunidades o privilegios internacionales. Cuando la persona que es requerida a través de la orden europea mantenga inmunidades o privilegios de ejecución o jurisdicción en el Estado de ejecución, la autoridad judicial de ejecución solicitará de inmediato a la autoridad competente el levantamiento de estos derechos. Si, por el contrario, compete a otro Estado o a una organización internacional, tal solicitud deberá efectuarla a la autoridad judicial que haya emitido la orden europea de detención y entrega. Sólo desde el momento en que la autoridad judicial de ejecución haya sido notificada respecto al levantamiento de la inmunidad o privilegio, comenzarán a computarse los plazos para proceder a la ejecución de la orden europea¹⁶³, sin perjuicio de las medidas que debe adoptar la autoridad judicial de ejecución para garantizar una entrega efectiva del requerido.

V. Presupuestos procesales de procedencia.

La Decisión Marco ha establecido, entre otros motivos de no ejecución facultativa de la orden de detención europea, en su artículo 4.7 a), la posibilidad de denegación de dicha ejecución cuando la orden contemple infracciones cometidas, en su totalidad o en parte, en el territorio del Estado miembro de ejecución o en un lugar asimilado al mismo.¹⁶⁴

En realidad esta excepción se enmarca dentro del principio de territorialidad en el ejercicio de la persecución penal. Efectivamente, las autoridades judiciales correspondientes al lugar de comisión del ilícito gozarán, por razones lógicas, de mayores facilidades en la investigación, en la práctica de la prueba y en la celebración del juicio oral, que las correspondientes a cualquier otra demarcación geográfica. Además este principio permite asegurar el respeto de una garantía constitucional relacionada con éste, a saber: la garantía constitucional del juez natural o predeterminado por la ley.

Con todo, lo que no puede esconder el respeto del mismo, es un intento, por parte de algún Estado, de alcanzar la impunidad de un individuo concreto. Así las cosas, la eventual denegación de la entrega, por parte de las autoridades judiciales de un determinado Estado miembro, amparada en razones de territorialidad, habrá de constituirse, necesariamente, en un antecedente del inicio de la persecución penal o, en su caso, de la ejecución de la pena, correspondiente a esas mismas autoridades judiciales, frente al autor de los hechos delictivos,

¹⁶³ Véase el artículo 17 de la Decisión Marco.

¹⁶⁴ En el mismo sentido la regulación interna de España lo consagra en el artículo 12.2 g) LOEDE.

cometidos en su territorio y reclamado sin éxito, debido a esta circunstancia, por otro Estado miembro.

Una situación diferente se presenta cuando a la autoridad judicial de un Estado miembro se le permite denegar la ejecución de una orden europea de detención, de acuerdo a lo establecido en el artículo 12.2 h) LOEDE, en concordancia con el 4.7 b) de la Decisión Marco, cuando dicha orden contemple delitos cometidos fuera del territorio del Estado de su emisión y que el ordenamiento español no permita la persecución de esos mismo hechos cuando se hayan cometido fuera del territorio del mismo Estado.

La autoridad judicial emisora será, conforme a los artículos 6.1 y 1.2 de la Decisión Marco y de la LOEDE, respectivamente, la autoridad judicial del Estado Miembro emisor que sea competente para dictar una orden de detención europea en virtud de la legislación de ese Estado. Por su parte, la autoridad de ejecución será, paralelamente, la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución competente para ejecutar la orden de detención europea en virtud del derecho de ese Estado.

a.- Principio *non bis in idem*:

La autoridad de ejecución de un Estado miembro denegará la ejecución de la orden europea cuando de la información de que disponga dicha autoridad se desprenda que la persona reclamada ha sido juzgada definitivamente, por los mismo hechos, por un Estado miembro distinto del Estado emisor, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada, o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del derecho del Estado miembro de condena¹⁶⁵.

La autoridad judicial de ejecución del Estado miembro podrá denegar la ejecución de la orden europea cuando sobre la persona que fue objeto de dicha orden europea de detención haya recaído, en otro Estado miembro de la Unión Europea, una resolución definitiva por los mismos hechos que impida definitivamente el posterior ejercicio de diligencias penales¹⁶⁶.

De la normativa antes trascrita se puede desprender que el principio del *non bis in idem* se aplica a todas las resoluciones judiciales definitivas de la Unión Europea, con una total independencia del resultado de las mismas, es decir, de que fueren absolutorias o condenatorias, si bien para el caso que sea condenatoria, es necesario que el sujeto reclamado hubiere sido enjuiciado, por los mismos hechos, por un Estado miembro diferente al emisor o, en su caso, como se verá, por un tercer Estado, y que la sanción haya sido ejecutada, o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del derecho del Estado miembro de condena¹⁶⁷.

165 Art. 12.1 a) LOEDE.

166 Art. 12.2 d) LOEDE.

167 El caso es señalado por el art. 12.2 e) LOEDE.

La Decisión Marco contempla, por su parte, en sus artículos 4.3 y 5, estas mismas causales de denegación de la entrega, de manera conjunta a otras referidas al principio *non bis in idem* que nos ocupa, si bien, a diferencia de la LOEDE española, les confiere a todas ellas carácter facultativo.

Por otro lado, la autoridad judicial de ejecución de un Estado miembro podrá denegar la ejecución de la orden europea de detención cuando la persona que fuere objeto de la orden esté sometida a un procedimiento penal en el mismo Estado por el mismo hecho que haya motivado la orden europea¹⁶⁸. La situación anterior no es más que la aplicación de la institución de la *litispendencia*.

b.- Sobreseimiento:

La LOEDE española recoge, entre otras causas de denegación facultativa de la ejecución de la orden europea de detención, la existencia previa de una resolución judicial, el sobreseimiento, que no responde, esta vez, a la trasposición de la normativa comunitaria, ya que la Decisión Marco no aborda este punto.

Así se desprende del tenor literal del artículo 12.2 c) LOEDE: la autoridad judicial de ejecución española podrá denegar la ejecución de la orden europea de detención cuando se haya acordado el “sobreseimiento libre” en España por los mismos hechos.

c.- Rebeldía:

En este sentido, según establece el artículo 5.1, la ejecución de la orden de detención europea, por parte de la autoridad judicial de ejecución, podrá supeditarse, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución, a la condición siguiente: cuando la orden de detención europea se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o medida de seguridad privativa de libertad impuesta mediante resolución dictada en rebeldía, y si la persona no ha sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía, la entrega estará sujeta a la condición de que la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista.

d.- Garantías procesales:

La Decisión Marco no se ha ocupado de regular las garantías procesales de los imputados o condenados en los distintos procedimientos penales, sino sólo ha fijado las bases para una rápida y automática detención y entrega. Con todo, hay una mención genérica al debido respeto que los distintos Estados deben prestar, recíprocamente, a los principios sobre los cuales se asientan los pilares constitucionales de cada uno de sistemas jurídicos internos.

¹⁶⁸ Art. 12.2 b) LOEDE

Hubiera sido interesante que la Decisión Marco, al efectuar esta declaración general sobre el respeto que debe dársele a las normas constitucionales, se pronunciara directamente sobre el “derecho a un proceso equitativo”, por cuanto ello habría permitido a los Estados Miembros desarrollar la idea en sus respectivas leyes adecuatorias internas.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN
DELITOS SEXUALES Y
VIOLENTOS

¿QUÉ ES EL GROOMING O CIBERACOSO SEXUAL A NIÑOS A TRAVÉS DE INTERNET?

Félix Inostroza Díaz¹⁶⁹

Francisco Maffioletti Celedón¹⁷⁰

Macarena Car Silva¹⁷¹

“El 14,5 % de los menores, usuarios de programas como Messenger y Latinchat, han concertado una cita por la Internet con un desconocido”.

Red Peruana contra la Pornografía Infantil

La conducta sexual normal y la desviada han sido materia de profunda preocupación social desde los orígenes de la civilización, y a lo largo de los siglos ésta ha ido cambiando y adquiriendo las formas sociales de la época.

En este orden de ideas, en nuestro país la persecución penal de los delitos sexuales ha sufrido importantes modificaciones en los últimos 10 años, siendo las más relevantes las introducidas los años 1999¹⁷² y la del 2004¹⁷³. Pero, el avance de la tecnología y la masificación de los medios de comisión de los delitos han requerido rápidas respuestas y adecuaciones de los actuales tipos penales a objeto de disminuir las franjas de impunidad respecto de este tipo de delitos, al mismo tiempo que buscan proteger a los menores de edad del abuso al cual se encuentran expuestos por medio de las nuevas tecnologías y formas de comunicación.

Con la entrada en vigencia e implementación de la Reforma Procesal Penal, hoy día la comisión de delitos, su frecuencia, sus circunstancias, sus alzas y diversos modos de expresión, han pasado a ser materia de conocimiento de todo ciudadano por vía de los medios de comunicación de masas. Para nadie es extraño o

169 Abogado, Director Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

170 Psicólogo Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

171 Abogada Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

172 Ley 19.617, la que readecua la mayor parte de los tipos penales y se actualiza el lenguaje; se amplía sujeto pasivo del delito, corrigiendo ciertas situaciones de discriminación; se eliminan algunos tipos penales (rapto, sodomía), y se introduce el concepto de “acceso carnal”, creando la distinción entre éste y otros actos.

173 Ley 19.927, la que cambia el nombre del epígrafe bajo el cual se agrupan estos delitos; la edad para consentir en actos sexuales varía de 12 a 14 años; aumenta la pena en la mayoría de los delitos sexuales; se crean nuevos tipos penales (pornografía infantil entre otros); se autorizan técnicas de investigación especiales.

llamativo el que los noticiarios “abran” sus transmisiones con impactantes casos de delitos que producen gran impacto y conmoción social.

Pues bien, en cuanto a los delitos sexuales, los últimos meses hemos podido observar como se ha puesto de moda el acoso sexual a menores de edad, conocido también como “grooming”, cuestión tipificada hace ya muchos años, pero que al ser cometido mediante un medio virtual (Internet) ha llamado poderosamente la atención de los padres y de la población en general. Probablemente el impacto de dicha modalidad comisiva radique en que por medio de ella el abusador sexual de niños, niñas y adolescentes puede entrar en cualquier hogar, bastando que éste se encuentre con un computador conectado a la Red.

Por otro lado, el incremento de hogares nacionales que se encuentran con conexión a Internet ha crecido exponencialmente, siendo Chile uno de los países con mayor tasa de penetración en América Latina¹⁷⁴. La tabla que presentamos a continuación posiciona a nuestro país en este atributo incluso por sobre Brasil, Argentina y México.

Latin American Internet Penetration* June 2007 Total Latin America, Age 15+ - Home and Work Locations** Source: comScore World Metrix			
Country	Total Population (000)***	Monthly Unique Visitors (000)	Internet Penetration
Total Latin American Audience, Age 15+	407,424	53,664	13%
Argentina	30,262	7,233	24%
Brazil	141,843	15,849	11%
Chile	12,353	5,593	45%
Colombia	31,144	2,708	9%
Mexico	75,993	10,731	14%
Puerto Rico	3,118	809	26%

* Estimated users age 15+ active within 30 days from home or work computer as a percentage of total country population age 15+

** Excludes traffic from public computers such as Internet cafes or access from mobile phones or PDAs

*** Source: US Census Bureau, International database. All adults, age 15+

En términos de cifras, de acuerdo a la información aportada por el Barómetro Cisco de la Banda Ancha 2005-2010¹⁷⁵, en Chile existen 1.323.446 conexiones de “alta velocidad”. Estas conexiones representan a clientes únicos, con las siguientes características: conexión permanente (always on), y velocidad igual o superior a 128kbps, tanto de subida como de bajada.

Por otra parte, si bien la cifra recién aludida representa la cantidad de hogares con conexión a Internet, no debemos olvidar que también se puede acceder a la red desde el trabajo, los colegios, las bibliotecas, universidades, cibercafés, lugares

174 Tomado de “first review of latin american internet usage” elaborado por ComScore Inc. (global leader in measuring the digital world), presentado en Julio de 2007 en Londres. <<http://www.comscore.com/press/release.asp?press=1531>>

175 Tomado de <<http://www.acciondigital.cl/content/view/177492>>

de accesos libre, etc., estimándose que en Chile existen aproximadamente seis millones de usuarios.

Sin duda estos avances tecnológicos no son del todo pacíficos, toda vez que se prestan para controversias respecto de la distribución equitativa del mismo (brecha digital), y de los pro y contra que vienen aparejados a los “progresos”. Específicamente la Red ha implicado un notable avance en las comunicaciones, en la disponibilidad de recursos intangibles, en el aumento del bienestar general de la población relacionado a las prestaciones que obtiene la población (pago de cuentas, información de interés, etc.); pero no podemos negar que este desarrollo también ha traído aparejada la utilización del recurso para fines negativos, destructivos o delictivos. Prueba de ello son los delitos económicos por medio de Internet, la propagación de virus, la contaminación de información virtual mediante el envío de correos masivos no solicitados (spam), y la generación de contactos, redes o asociaciones con el fin de cometer delitos.

Por su parte, los delitos sexuales no han quedado al margen de las consecuencias negativas de este avance. Al revisar las cifras mundiales los datos arrojados son alarmantes; según Anesvad¹⁷⁶, en su informe del año 2005, indicaron que “en la Internet habrían aproximadamente 4 millones de direcciones con material sexual infantil. De éstas, 1 millón 600 mil páginas son gratuitas. El resto, el 60%, son accesibles mediante el pago de cuotas. Esta cifra, al año 2007 ha aumentado a casi 5 millones”.

De acuerdo a lo informado por la Brigada de Investigación Tecnológica (BIT) de la Policía Nacional de España, cada día se crean un promedio de 500 páginas y foros pederastas en todo el mundo, lo que hace inviable basar toda la lucha contra la pornografía infantil tan sólo en el bloqueo o anulación de dichas páginas. El punto principal es la prevención. Los mismos agentes especializados manifiestan que realizan anualmente “unas 150 investigaciones y detienen, también al año, a entre 250 y 300 personas por cometer este tipo de delitos, una cifra a la que hay que sumar las de otras fuerzas de seguridad y las de las distintas Jefaturas Superiores”¹⁷⁷.

La Red Peruana Contra la Pornografía Infantil¹⁷⁸ manifiesta que “la cantidad de material pornográfico infantil en la Internet, se calcula en más de 6 millones de fotografías diferentes. Sólo la Policía británica especializada en la lucha contra la Pornografía Infantil cuenta con una base de más de 3 millones de fotos. A esto se suman los videos, relatos y otros modos de pornografía infantil”.

176 Es una organización no gubernamental para el desarrollo sin fines de lucro que trabaja en proyectos de acción sanitaria y desarrollo social en países de Asia, América Latina y África. <www.anesvad.org>

177 Artículo rescatado de <<http://www.deia.com/es/imprensa/2006/08/16/bizkaia/gizartea/279892.php?setlanguage=eu>>

178 <<http://nopornoinfantil.blogspot.com/>>

Los delitos relacionados con distribución, difusión y venta de pornografía infantil en Internet son el 50% de los delitos cometidos en la Red. Así se indicó en la XVII Reunión del grupo de policía internacional, INTERPOL, especializado en dicho problema¹⁷⁹.

En el año 2005 “se calculó un incremento del 70 % de sitios pederastas comparado con el año anterior, según los informes policiales recopilados de todo el mundo por la organización Rainbow Phone, con sede en Roma”.¹⁸⁰

Cada día se hace más necesario que existan fiscales, jueces, policías y profesionales que conozcan a fondo esta problemática global, y que se generen las condiciones para que este tipo de delitos contra menores de edad puedan ser debidamente investigados y acreditados, para así intentar detener el crecimiento en este tipo de delitos que cuentan con una cifra negra de las más altas en cuanto a delitos sexuales.

Afortunadamente, en la otra cara de la moneda se encuentran los cibernautas cada vez más concientizados respecto de los abusos a los cuales son sometidos los menores de edad, quienes a través de los canales abiertos por las policías y grupos especializados en el combate a este tipo de delitos, se atreven a denunciar y poner en conocimiento de las autoridades las páginas web que les parece que podrían incurrir en este tipo de conductas. En España, la Brigada de Investigación Tecnológica (BIT) de la Policía Nacional ha recibido en un año 7.000 correos electrónicos con denuncias y avisos (<denuncias.pornografia.infantil@policia.es>), iniciándose muchas investigaciones gracias a este tipo de denuncia.

Conscientes de esta realidad, aproximadamente en marzo de 2006, el Ministerio Público de Chile, a través de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, postuló y se adjudicó el Proyecto “Fortalecimiento de la capacidad institucional para la persecución de delitos de pornografía infantil y trata de personas”, el cual fue cofinanciado por el Consorcio EUROSOCIAL¹⁸¹.

179 En el *Paris Meeting on Missing and Sexually Exploited Children*, realizado el 17 de enero de 2007, el Secretario General de la INTERPOL, Sr. Ronald K. Noble, dio a conocer que dicho organismo y sus 186 países asociados han identificado tres áreas que les conciernen especialmente en torno a este tema:

- a.- El peligro que representa Internet vía chat-rooms, donde los abusadores seducen a niños con el propósito de abusarlos sexualmente o procurarse imágenes.
- b.- Internet permite que los abusadores sexuales de niños (pederastas) y pedófilos tomen contacto para ver, cambiar, comprar-vender imágenes, películas o videos de niños en conductas sexuales.
- c.- Una emergente tendencia en Internet donde páginas web se presentan como sitios de modelos jóvenes, donde niñas son mostradas vestidas, pero que cuando se ingresa al sitio se pueden obtener imágenes explícitas de niñas siendo abusadas sexualmente.

180 Recuperado de <<http://nopornoinfantilpi.blogspot.com/>>

181 EUROSOCIAL es una iniciativa de cooperación técnica de la Comisión Europea para promover la cohesión social en América Latina a través del intercambio de experiencias entre

La primera actividad contemplada consistió en la pasantía de una comitiva formada por funcionarios del Ministerio Público (un fiscal especializado, un abogado asesor y psicólogo de la UEDSV) junto con el Jefe de la Brigada del Cibercrimen (delitos telemáticos) de la Policía de Investigaciones de Chile y la Jefa de un grupo especializado (SIP) de la 48ª Comisaría de Carabineros de Chile, para intercambiar experiencias sobre la investigación y persecución criminal de estos delitos con la Guardia Civil, la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación de España, en la ciudad de Madrid, entre los días 16 a 30 de octubre de 2006.

Además, se realizó un taller de difusión regional en Santiago de Chile, los días 29 y 30 de marzo de 2007, sobre estos delitos, para fiscales y policías de países de América del Sur de mayor interconexión delictual, al que asistieron más de 80 personas, contando con la participación de policías y fiscales de Argentina, Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Honduras y Paraguay; así como con la presencia de los tres expertos españoles, un fiscal, un miembro del Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil y un funcionario de la Comisaría de Extranjería y Documentación de la Policía Española.

Finalmente, el Ministerio Público de Chile recibió asistencia técnica de expertos españoles en estos delitos para la elaboración de un Manual de Investigación de los mismos y protocolos interinstitucionales para su investigación, el que fue entregado a todos los fiscales especializados del país, así como a policías especializadas en la investigación de esta temática.

I. Definiciones previas

Dado que la palabra grooming proviene de un vocablo de habla inglesa, comenzaremos por señalar que el significado del verbo *groom* alude a conductas de acercamiento, preparación, acicalamiento de “algo”. Cuando el verbo es referido respecto de una persona, personal grooming, éste se encuentra ligado a los cuidados e higiene personal, especialmente físicos. Ahora bien, los anglosajones han definido el acoso sexual a menores de edad como *Child Grooming*, para definir las “acciones deliberadas que toma un adulto para crear un relación interpersonal de confianza con un niño, con la intención de tener contacto sexual con posterioridad”¹⁸².

Debemos hacer notar que, esta conducta de acicalar al menor, definida por la Real Academia Española como “pulir, adornar, aderezar a alguien, poniéndole afeites, peinándolo, etc.”¹⁸³, o de *ganarse su confianza*, opera casi en el 100% de los casos mediante el engaño. Lo anterior resulta sumamente relevante para definir la modalidad en que el ciberacosador prepara el terreno y se aproxima a su víctima, sin conocer esta la verdadera identidad del agresor. Por tanto, en este

administraciones públicas responsables de la administración de la Justicia, la Educación, el Empleo, la Fiscalidad y la Salud. <<http://www.programaeurosocial.eu/>>

182 Tomado de <www.wikipedia.org>

183 Acicalar: tomado de <www.rae.es>

tipo de casos estaríamos ante un doble vicio en el consentimiento del menor, el producido por la relación *estruprosa* entre un adulto y un menor de edad, toda vez que el primero se encuentra en una situación de superioridad maduracional (cognitiva, emocional), y en segundo término, porque el menor cree (y se lo hace creer mediante el engaño) estar relacionándose con “otra persona”.

En términos generales, el *grooming* ha sido también definido como **Abuso Sexual Virtual**, y se da cuando un adulto engaña a un menor a través de programas de conversación tipo MSN para obtener imágenes de contenido erótico y extorsionarlo para evitar que la relación se corte.

Una última definición considera al *grooming* básicamente como el conjunto de acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un *control emocional* sobre un niño o niña con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor.

Resulta interesante destacar que, de esta forma, podríamos llamar *grooming* a todas las acciones desplegadas por el adulto, con el propósito, de llegar en algún momento a obtener fotografías o videos del menor desnudo, o a lograr la excitación de éste o la propia, mediante el contenido sexualizado de la conversación (chateo) o directamente por medio de la exhibición de pornografía adulta o infantil. En este sentido, si bien algunas conductas posteriores al *grooming* se encuentran penalizadas en nuestra actual legislación, bien podría abrirse el debate respecto de si la preparación de las mismas, aún cuando no sean conductas típicas, se podrían considerar desde ya como actos preparatorios o derechamente el inicio de la comisión del delito.

No debemos olvidar que no sólo se puede presentar el engaño como medio para vencer la voluntad del ofendido y así obtener bajo presión lo que el abusador espera, sino que en la mayoría de los casos opera la amenaza franca o más sutilmente la intimidación como forma de coaccionar al menor a hacer lo que se le pide, y que claramente va contra lo que él desea realizar.

II. Como opera el *child grooming*

Los expertos señalan que el *grooming* informático es un **acoso progresivo**. Empieza en los espacios personales y en los chats a los que acuden niños y adolescentes, pero que puede terminar en sesiones privadas o en encuentros cara a cara con el pederasta. Al respecto, cifras aparecidas en los medios¹⁸⁴ indican que en nuestro país existen actualmente 12.942.400 fotologs, que un 76% de los jóvenes usa la red para comunicarse o chatear con los amigos, y que somos el segundo país latinoamericano con más usuarios en facebook.

Ya en Internet, los abusadores ingresan, por ejemplo, a páginas de dibujos manga (Centella, Mazinger Z, Caballeros del Zodíaco), videojuegos en línea o se dedican a hurgar entre los perfiles de miles de niños, cargados en páginas tales

184 La Tercera, domingo 9 de diciembre de 2007, artículo “niños seducidos y acosados por adultos en Internet se convierte en nuevo peligro online”.

como: Myspace, Messenger, Facebook o Hi5, en busca de conseguir la mayor cantidad de datos de su futura víctima.

Una vez que la probable víctima es escogida, el pederasta haciéndose pasar por un menor de edad que podría tener afinidad con la elegida(o), toma contacto con ella, iniciando una comunicación personal por mensajería privada (enviándole un e-mail personal) o, en el caso del chat o messenger, invitándolo a ingresar a una “charla privada” (salón interno).

Tras obtener la confianza del menor, llega el flirteo, las conversaciones sexuales, el envío de material pornográfico y, por último, el encuentro cara a cara.

Dado que con frecuencia nos consultan respecto de cómo y por qué un menor de edad se deja amedrentar o seducir por un adulto vía Internet, qué lo lleva a no cortar la conversación, apagar la cámara o eliminar el contacto que le molesta, por qué no da a conocer esta situación a un adulto, y otra serie de cuestionamientos a las víctimas de estos delitos, creemos necesario dar a conocer algunos de los métodos conocidos (modus operandi) de grooming por casos registrados, limitándonos tan sólo a señalar algunos ejemplos que podrían ser paradigmáticos respecto del modo en que el adulto controla al menor para que éste haga lo que le pide, aún cuando ello vaya en contra de su voluntad.

Caso 1 (Lucía13)

Dio lugar a la detención de uno de los pedófilos más activos de la Red. Éste había desarrollado un sistema muy elaborado:

- Primero entraba en contacto con las menores en algún chat fingiendo ser una chica de 14 años.
- Después les pedía su cuenta de Messenger, las agregaba como contacto y les enviaba una postal simpática de un corazón, de amor, o un gusanito. “Haz clic aquí si quieres ver el gusanito”, decía el mensaje.
- Seguidamente, si la niña picaba, automáticamente se descargaba un virus en su computador y la próxima vez que teclease su clave de acceso a su correo electrónico (e-mail) se la estaría enviando también al acosador.

Caso 2 (mariposita12)

Resume brevemente el primer caso de grooming formalizado en nuestro país, y que implicó la prisión preventiva para el imputado, el cual con estudios de computación elabora un complejo sistema de engatusamiento de su víctima, su vecina, la cual no es encontrada al azar sino que es elegida de forma expresa:

- El imputado escuchó una conversación de la víctima con un amigo, en la cual N.V.D.R. le daba el nombre de su fotolog.
- El imputado, varón mayor de edad (26 años), visitó la página de su vecina y se conectó a messenger con el nick de “Carlita”.

- Simulando que era una joven cualquiera, el sujeto se hizo su “amiga”.
- Días después su primera identidad falsa “Carlita” le presentó a “Pedrito”, un menor de 16 años también inventado.
- “Pedrito” se convirtió en el pololo virtual de N.V.D.R. y a los pocos días empezó a pedirle que posara en pijama frente a la webcam, a lo que la menor se negaba.
- La víctima recurrió a “Carlita” para deshacerse del pololo, ante lo cual Carlita le dice que tiene un amigo en Investigaciones que la podrá ayudar.
- Días después Carlita le dice que le entregue su clave de MSN para facilitársela a los Detectives que le enviaran un virus a Pedrito.
- La víctima cometió el error de darle clave de su cuenta de Messenger a Carlita.
- El agresor se apoderó de la cuenta y, siempre sin identificarse, reveló sus verdaderas intenciones. Con groserías de grueso calibre, le dijo que si no se desnudaba frente a la cámara no le devolvería su messenger y que “algo malo le iba a ocurrir en la calle”, a la vez que le daba todos los detalles de donde vivía, quiénes eran sus padres y otros datos que lograron amedrentarla.
- La menor posó desnuda dos veces, hasta que decidió contarle todo a su madre.
- Se hizo la denuncia a la Fiscalía y la Policía dio con el domicilio en que se habían originado los mensajes amenazadores y detuvo al agresor.
- En los computadores del imputado se encontraron las fotografías desnudas de N.V.D.R. y copias de las conversaciones en que la obligaba a desvestirse.

III. Tipos de acosadores

Respecto de la personalidad de este tipo de sujetos aún no existen demasiados casos para poder hablar de un perfil definido en cuanto a su personalidad o características estables y duraderas en el sujeto, sin perjuicio de que con la información existente se puedan trazar orientaciones respecto de su modus operando o de un conjunto de características comunes (perfil social).

En general, aún cuando sea evidente, se trata de sujetos que poseen un nivel de manejo de tecnologías (PC, Internet) que al menos es de usuario medio, pudiendo ser en muchos casos usuarios avanzados o con estudios o conocimientos formales en computación. Ello se ve reforzado por el hecho de que la mayoría suele utilizar una parte importante de su tiempo navegando y buceando en la red, lo cual redundo en una experticia práctica y el aprendizaje de lenguajes, conocimiento de programas, nociones de tipos de sitios frecuentados por grupos, aprendizaje de formas de burlar bloqueos o protecciones (firewalls), etc.

Ahora bien, no sólo se trata de personas que poseen un manejo promedio de las tecnologías, sino que también poseen ciertas cualidades personales que les permiten seducir a los menores, planificar una estrategia de contacto, imaginarse los intereses de su víctima (ponerse en el lugar de ella), hacerse pasar por otra persona, saber esperar el momento oportuno para solicitar información o actuar, controlar su necesidad de gratificación inmediata, entre otras.

Por ejemplo, en esto de *ganarse la confianza del menor* pueden pasar varios días, semanas y hasta meses, no siendo poco común que los ciberacosadores o pedófilos virtuales mantengan a varias posibles víctimas en distintos estados de seducción, o que mantengan con ellas dos o varias conversaciones simulando ser distintas personas. Prueba de ello son los casos que se han descubierto en nuestro país y en el extranjero, donde al primer ciberacosador de nuestro país se le encontró alrededor de 640 gigabites de información almacenada en cinco discos duros, más una cámara de video, 442 CD's y 19 cintas de video. Otro claro ejemplo lo constituye el famoso caso de Lucia¹⁸⁵, en el cual LucySoto, un prolífico pedófilo, fue atrapado con 741 direcciones de correo electrónico de menores de edad, con sus respectivas contraseñas, cuyas edades fluctuaban entre los 8 y 14 años. El listado incluía víctimas de varios países, organizadas por nacionalidades, pudiendo encontrar la Policía luego de una coordinación internacional al menos 86 videos de adolescentes en actitudes eróticas.

Sin duda, el acosar a un menor a través de un medio como Internet proporciona al agresor una serie de garantías que le generan la ilusión de poder actuar sobre seguro, disminuyendo al máximo los riesgos para sí mismo, ya que se inscribe en una cuenta bajo otra identidad, se hace pasar por otra persona, no se expone a ser descubierto in fraganti, y en definitiva puede amenazar a su víctima mediante intimidaciones que, sin necesidad de ser realizables materialmente, producen el efecto coaccionador para llegar al resultado. A lo anterior habría que agregar la impunidad que podría significar el abusar de un menor que físicamente está en otro país, y que por lo mismo ello podría dificultar la persecución penal del ilícito.

Es llamativo que muchos de estos sujetos posean apariencias de ser personas que socialmente no resultan amenazantes ni agresivos; por el contrario, se los suele percibir como personas retraídas, aisladas, tímidas y con escasos contactos sociales. Un reportaje del periódico español El País manifestaba al respecto “La creencia de que el pedófilo es un personaje turbio, marginal, que sufre su trastorno sexual en soledad, es inexacta. El pedófilo es una persona integrada en la sociedad, es padre de familia y tiene un trabajo cualificado. Cuando actúa, conoce a sus víctimas. Cada vez es más joven. Y, además, ya no está ni se siente solo”¹⁸⁶.

En cuanto a la posibilidad de que un ciberacoso termine materializándose en un encuentro cara a cara entre el pedófilo y el menor de edad, los datos proporcionados por la asociación de Psiquiatría Americana (APA) indican que

185 Diario El País, <<http://www.elpais.com/>>

186 Diario El País, <<http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Pederastas/mucho/ruido/poca/carcel/>>

aproximadamente el 30% de los consumidores de pornografía infantil en Internet terminan poniendo en práctica lo que ven en estos contenidos¹⁸⁷.

Un estudio realizado en nuestra realidad nacional el año 2002¹⁸⁸, con una pequeña pero significativa muestra de cinco sujetos detenidos por almacenamiento y distribución de material pornográfico infantil, entrevistados en la Policía de Investigaciones y el Centro de Detención Preventiva Santiago Sur, reveló que:

- El total de sujetos eran miembros de comunidades de pedofilia.
- Todos se encontraban inscritos en al menos tres comunidades de pedofilia, bajos distintos *nicknames*.
- Al ser consultados (contrastados) respecto de su incorporación a redes de pedófilos en Internet, señalan que no integran redes de pedófilos, sino grupos de conversación e intercambio de relatos eróticos entre adultos y niños.
- El *nickname* que cada pedófilo utiliza refleja su grado de madurez y nivel intelectual.
- Coinciden en manifestar que conocieron Internet en cibercafés, luego de lo cual los más solventes adquirieron su propio PC e instalaron Internet, llegando a tener sistema de banda ancha.
- Todos eran sujetos solteros, que vivían junto a su madre u otro familiar.
- Todos ellos señalaron que habían tomado contacto con un menor vía Chat.
- Todos manifestaron que de haber tenido la oportunidad, habrían mantenido sexo con un menor de edad.

En definitiva, podríamos detenernos en estas u otras características que presenten los abusadores de niños, y probablemente el listado podría ser aún más amplio, pero creemos que aún falta mayor investigación en relación a la personalidad de los ciberacosadores y los pederastas por Internet, toda vez que entendemos que se trata de un grupo de delincuentes sexuales con características de personalidad específicas que los podrían diferenciar del abusador sexual y del violador¹⁸⁹.

187 Tomado de <<http://nopornoinfantilpi.blogspot.com/>>

188 Cristian Vega Durán, Inspector de la Policía de Investigaciones de Chile, "*Relación entre la Pedofilia y la Pornografía Infantil*", año 2002. Disponible en <<http://nopornoinfantil.blogspot.com/>>

189 Para mayor abundamiento ver: Maffioletti. F. y Rutte, MP (2008): *Perfil de Personalidad de Agresores Sexuales*. Cuaderno de Psicología Jurídica N° 4, Asociación Chilena de Psicología Jurídica y Forense.

Clasificación de acuerdo al modo de operar

En cuanto a la forma de aproximación a sus víctimas, la relación que establecen con las mismas, el *modus operandi* para buscarlas e intentar realizar su propósito, los ciberacosadores han sido clasificados de diversas formas (primarios, secundarios, preferenciales, ocasionales, etc.), pero la que nos parece más útil y gráfica es la siguiente:

Los acosadores online

Son los que van directamente al grano y, después de decir “Hola”, hacen preguntas u ofertas directas del tipo:

“¿Te gustaría masturbarte?” o “¿Quieres ver cómo me pongo una malla?”.

Este tipo de acosadores lo que busca es la satisfacción inmediata de sus tendencias, y para ello no está dispuesto a dar rodeos o preparar a un menor. Este sujeto quiere sexo virtual, con web cam, y lo quiere de forma imperiosa. No suele emplear el engaño y puede ser un adulto, pero también un menor. Si el interlocutor no tiene cámara o le presenta alguna dificultad, suele cortar sin demora la comunicación. Son fáciles de distinguir y sortear por lo directo y evidente de su requerimiento.

Estos acosadores son los menos peligrosos, ya que los mismos niños o adolescentes los detectan rápidamente y se percatan de inmediato de su intención.

Los pedófilos seductores

Éstos son los que representan mayor peligro:

- Escriben como menores (kmo tai?).
- Usan emoticones ( ).
- Colorean sus textos como si fueran menores (*tengo algo importante que decirte*)
- ¡pero no son menores!

Por lo general, se presentan como menores de edad, con el ánimo de “hacer amigos”, hablan de música, recitales u otros temas de interés adolescente, los enganchan emocionalmente mostrándose incomprendidos o solitarios, convencen al adolescente de que sigan la conversación en el MSN y si el otro no quiere quedan para otro día, le piden y le muestran fotos (las que envía son de otros menores) y tratan de hacer uso de la cámara web para obtener imágenes de contenido erótico. A tal grado de sofisticación y preparación han llegado algunos ciberacosadores que se habla de un caso en que el adulto había grabado a un niño chateando en computador, y que hacía coincidir este video que mostraba con la conversación con el otro menor, de manera tal que este creyera que el niño chateando era él.

Vinculado a lo anterior, en los últimos años se ha podido observar en la red movimientos que abogan por el respeto a lo que ellos llaman su legítimo derecho a mantener “relaciones amorosas con menores de edad”, diferenciándolas de las relaciones puramente abusivas. Ello se ve reforzado por el intento de establecer un *día mundial del orgullo pederasta* o *International Love Boy Day*, instaurado en EEUU el año 1998, y cuyo día de “celebración” sería el 23 de junio.

Sin duda ello refleja una distorsión en la normal realización de la tendencia amorosa, toda vez que ya la diferencia generacional y maduracional ubica a ambos en distintas etapas vitales. De hecho, de acuerdo al Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IV-R¹⁹⁰), una de las exigencias o criterios para diagnosticar un trastorno pedófilo dice relación con que debe existir una diferencia de al menos cinco años entre el adulto y el menor de edad. Este dato no es menor, toda vez que con la instauración de esta diferencia de edad lo que se establece es precisamente la desigualdad y asimetría en la relación, la cual es acentuada por la vulnerabilidad del menor dada su falta de experiencia.

IV. Ejemplos de interacción adulto-niño por Internet

A continuación, y con un afán ilustrativo, les presentamos algunos ejemplos de este tipo de conversaciones sostenidas por el ciberacosador con el menor de edad. Estas van variando de país en país, dependen de la edad del menor y de la mayor o menor experticia del acosador, pero en términos generales, todas llegan a un punto de violencia verbal donde el adulto amenaza y/o exige al menor desnudarse o enviarle material:

- Carlos_25. Hola eres mujer?
- Lucia13. Chica y tu?
- Carlos_25. Hombre q edad tiens?
- Lucia13. Pues la q ves, 13 Y tu? eres un poco mayor.
- Carlos_25. Tengo 17.
- Lucia13. D dnd eres?
- Carlos_25. Venezuela tu?
- Lucia13. Madrid España no tienes 25?
- Carlos_25. No tienes msn?
- Lucia13. No se lo voy a dar a un desconocido.
- Carlos_25. Te gusta hablar de sexo?
- Lucia13. No se de sexo.
- Carlos_25. Yo te enseño.

190 Asociación Psiquiátrica Americana (APA), 2002.

- Lucia13. El q?
- Carlos_25. El sexo.
- Lucia13. No se me da miedo.
- Carlos_25. Es algo normal.
- Lucia13. Xq no quieres hablar de otra cosa?
- Carlos_25. Es q estoy solo quiero calentarme.
- Lucia13. No quiero seguir hablando.
- Carlos_25. A ti ya te salieron pelitos en tu vagina?
- Lucia13. Adiós.

V. La legislación nacional

Hasta antes de Enero del año 2004, no existía normativa penal alguna en Chile que permitiese la sanción de conductas como el *child grooming*.

Haciéndose cargo de las problemáticas nuevas que planteaba el desarrollo tecnológico es que el legislador, a través de las modificaciones introducidas al Código Penal a través de la Ley N° 19.927, creó tipos penales que sancionan conductas tales como la producción, distribución, comercialización y almacenamiento de material pornográfico infantil, entre otras.

En lo que dice relación con el fenómeno del *child grooming*, se ha instalado la preocupación en miembros del poder legislativo, desde mediados del año 2007.

Desde julio del año recién pasado, se han ventilado al menos cinco proyectos que guardan relación con la expansión de imágenes lesivas para la infancia a través de Internet, así como derechamente de la seducción de niños por medio de la red.

Los dos primeros de ellos no tratan derechamente el tema del *child grooming*, sino más bien se relacionan con la temática de la producción de material pornográfico en soportes susceptibles de ser transmitidos vía Internet, en donde si bien no han sido utilizados menores de 18 años, se han utilizado las técnicas informáticas disponibles para crear imágenes que se asemejan a niños, quienes en ellas aparecen participando de conductas propiamente sexuales.

De estos proyectos, el promovido por los Diputados Araya, Burgos, Bustos, Ceroni, González, Monckeberg Bruner, Saa, Soto y Turres fue aprobado sin indicaciones en la Cámara y se encuentra pendiente su discusión en el Senado.

De esta manera, son tres, en la actualidad, los proyectos de ley que se tramitan actualmente y que guardan relación con la seducción de niños por medios informáticos o denominado *child grooming*.

El primero de ellos tiene su origen en una moción de los Senadores Letelier, Muñoz y Naranjo, y fue ingresado el 12 de Diciembre del año 2007 al Senado y se encuentra aún en el primer trámite constitucional.

En el contenido del proyecto, los referidos senadores dan cuenta de una definición del fenómeno del *child grooming* en los siguientes términos: “Que, sin embargo, la comunidad internacional y nacional se ha visto amenazada por una nueva práctica, consistente en el acoso de los menores a través de Internet, conocido también como *child grooming*”.

En efecto, aprovechando las alternativas de comunicación que la red ofrece, tales como chat, mensajería de textos, foros y otras vías adultos inescrupulosos toman contacto con menores, ganándose su confianza, la que luego es utilizada para chantajearlos o determinarlos a la realización de actividades de connotación sexual”.

El segundo de los proyectos que pretende sancionar el *child grooming* es el que tiene su origen en la moción de los Diputados Álvarez, Arenas, Bauer, Cubillos, Kast, Lobos, Nogueira, Salaberry, Uriarte y Ward. Este fue ingresado al Congreso el 5 de marzo recién pasado y se encuentra también en el primer trámite constitucional.

En este proyecto, los diputados han entendido el fenómeno en los siguientes términos: “En la práctica, se trata de mayores de edad que ingresan a salones de chat dirigidos a sus grupos objetivo (niños, niñas, diferenciados por edad, etc.) donde se hacen pasar por menores, logrando la confianza con algunos y consiguiendo finalmente la comunicación virtual privada entre ambos. Es en esa instancia posterior donde este pedófilo, que se hace pasar por un menor, consigue la obtención de imágenes del menor real y le insta a realizar actos sexuales o con connotación sexual. Estas imágenes son posteriormente almacenadas por el pedófilo y subidas a la red para compartirlas o bien venderlas a otros pedófilos”.

De esta forma este proyecto pretende sancionar la seducción de niños con fines sexuales, por parte de adultos, a través de la utilización de medios electrónicos.

Asimismo se hace cargo y recoge por su parte también la sanción a la posesión para uso propio y distribución gratuita u onerosa de pornografía infantil, incluyendo en la acepción de pornografía infantil aquella en la que no se hubiesen utilizado directamente niños o incapaces, o se haya empleado su voz o imagen, alterada o modificada.

Por otra parte, introduce ciertas modificaciones procedimentales que facilitan la investigación de estos delitos.

Finalmente, el tercer proyecto que pretende sancionar la *child grooming* es el que tiene como origen la moción parlamentaria de los Diputados Bustos, Ceroni, Díaz, Errázuriz, Goic, Monckeberg Díaz, Nogueira, Walker y Ward. El referido proyecto se ingresó al Congreso el 30 de abril de este año. Es el único que cuenta con urgencia simple para su tramitación y tal vez por ello fue aprobado

en general y en particular por la Cámara de Diputados, sin indicaciones el pasado 9 de julio de este año.

Este proyecto, luego de su discusión en la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara, tiende a ser un proyecto que pretende sancionar todas las conductas a las que hacían alusión los anteriores proyectos.

En lo que dice relación con el *child grooming*, sanciona el resultado del mismo, es decir, determinar al niño a enviar imágenes propias, ampliando para ello las hipótesis comisivas del abuso sexual impropio previsto y sancionado en el artículo 366 quater del Código Penal.

En efecto, el proyecto sanciona conductas como determinar a niños menores de 14 años a enviar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona con significación sexual. Asimismo, considera especialmente la comisión del abuso sexual impropio por medios electrónicos, y pretende calificar las penas de quienes cometan estos delitos a través del falseamiento de su identidad o edad.

Por su parte, además, se preocupa el proyecto de ampliar el concepto de pornografía infantil a representaciones de niños en que se emplee su voz o imagen, incluso alterada o modificada, recogiendo de esa manera la intención de legislar de los primeros proyectos a los que se hizo alusión.

Este proyecto, atendiendo los fenómenos por todos conocidos, y que dicen relación con la producción de material pornográfico en la que participan menores de edad, pero producidas por otros menores de edad, hace extensiva al abuso sexual impropio vía Internet la aplicación de la norma especial que en materia de delitos sexuales existe en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (Ley N° 20.084), despenalizando de esta forma, las conductas voluntarias de este tipo, entre menores de edad, a menos que entre ellos medie una diferencia de edad de a lo menos tres años.

Finalmente, el proyecto pretende modificar el artículo 222 del Código Procesal Penal, de modo tal de extender los plazos obligatorios para las empresas proveedoras de servicios de Internet respecto de la mantención de datos y direcciones IP de sus abonados, como asimismo introduce ciertas modificaciones tendientes a facilitar la investigación de los delitos que afectan la indemnidad sexualidad de los niños y la infancia a través de medios electrónicos, creando obligaciones de registro de los clientes de los establecimientos que prestan servicios de acceso a Internet de forma gratuita u onerosa.

Al día de hoy no existen normas legales que estén al día con las distintas y lamentables formas actuales de atentar contra los niños.

Cada vez que aparecen casos en que menores de edad son engañados, seducidos, extorsionados y amenazados para que satisfagan los deseos de los “asechadores sexuales de la red”, los encargados de la persecución penal deben hacer gala de toda su creatividad al fragmentar las distintas conductas desplegadas por el agresor a fin de dar con las soluciones jurídicas más acertadas, de modo tal que tales conductas no queden en la impunidad más absoluta, que es lo que en definitiva buscan estos agresores sexuales cibernéticos.

Afortunadamente, se encuentran en plena discusión varios proyectos de ley que sancionan el *child grooming* y otras conductas asociadas. Las iniciativas legales dan cuenta de que el tema es socialmente relevante y merece una solución normativa urgente, solución que debe llevar aparejada no sólo la creación de nuevos tipos penales o la ampliación de los ya existentes, sino además debe dotar a los investigadores de las herramientas necesarias para llevar a cabo su labor lo más eficientemente posible.

VI. El panorama jurídico internacional

Como ya se explicitó, si bien es cierto el fenómeno del *child grooming* es conocido desde hace poco tiempo en nuestro país, y por tanto es un tema emergente -en el que se está empezando a investigar y se han generado desde hace menos de un año ideas concretas para legislar a su respecto-, es un tema ya desarrollado en la legislación comparada.

Las técnicas legislativas empleadas de país en país son múltiples y muy variadas, toda vez que, mientras algunos países sancionan la seducción como delito de mera actividad, en otras legislaciones lo sancionan como delito de resultado, requiriendo que el autor envíe material pornográfico al niño o bien consiga imágenes del mismo o finalmente se encuentre con su víctima con la intención de tener con ella encuentros sexuales.

En **Alemania** “se sanciona al que ejerza influencia sobre el menor por medio de la exhibición de ilustraciones o representaciones pornográficas o por dispositivos sonoros de contenido pornográfico o por conversaciones en el mismo sentido con una pena privativa de libertad de tres meses hasta cinco años”.

El **ordenamiento australiano** también sanciona el uso de servicios de transmisión de comunicaciones por medios electromagnéticos para procurar que una persona se involucre, tienta, aliente, induzca o reclute en actividades sexuales a personas menores de 16 años de edad con una pena de 15 años de prisión.

En **Escocia** se contemplan normas sobre grooming, pero lo llaman “reunión con un menor de 16 años después de algunos contactos preliminares” a través del chat y contempla una pena máxima de 10 años de cárcel.

En **Estados Unidos** se prohíbe transmitir datos personales de un menor de 16 años con el fin de cometer un delito de carácter sexual. En el estado de Florida, en 2007, se aprobó la Ley de Ciber-crímenes contra Menores, la que sanciona a quienes se contacten con menores por Internet y luego sostengan encuentros con el fin de abusar sexualmente de ellos. La ley obliga a los delincuentes sexuales a registrar con la policía sus direcciones de correo electrónico y los nombres que utilizan en los servicios de mensajería instantánea.¹⁹¹

191 El grooming en otras legislaciones, 21 de junio del 2007, página de la Biblioteca del Congreso Nacional, <http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/grooming-acoso-sexual-ninos/groomin-legislacion-comparada>

VII. Consejos para evitar el *Child Grooming*

Nos pareció importante el reproducir en esta sección algunos de los consejos que circulan en la misma red respecto de medidas que debieran tomar los padres con sus hijos, los profesores en las escuelas o cualquier adulto que tenga bajo su cuidado a un menor de edad que tenga acceso a Internet.

Más allá de que algunos consejos son de naturaleza inminentemente práctica, y que pueden ser seguidos por los padres, incluso sin hacérselo notar al menor, estamos de acuerdo con los especialistas en que la mejor actitud preventiva ante este tipo de delitos contra menores de edad es que sus padres tengan a diario una comunicación y confianza con el menor, de forma tal de saber qué es lo que hace, si está bien, cuáles son sus problemas o fuentes de conflicto, cómo le va en el colegio, con quienes sale a juntarse y, en definitiva interesarse por su estado emocional; acompañarlo y guiarlo en su desarrollo. El *grooming* puede llegar a ser muy nocivo, pero eso no es atribuible a Internet, sino a la responsabilidad del adulto a cargo del niño(a).

Algunos consejos son:

- Sitúe el computador de la casa en una habitación de uso común, de tránsito o de fácil visualización de cualquier persona, donde pueda tenerlo controlado. Evite, en lo posible, colocarlo en el dormitorio de sus hijos o que estos chateen a puerta cerrada.
- Involúcrese y aprenda a manejar las nuevas tecnologías. Le ayudará a saber qué hace su hijo cuando está conectado, los posibles riesgos a los que se enfrenta y acondicionar los programas y filtros disponibles.
- Enseñe a su hijo a ignorar el spam y a no abrir archivos que procedan de personas que no conozca personalmente o sean de su confianza.
- Explíquele claramente que hay personas que se hacen pasar por quienes no son, y que existen programas capaces de descifrar nuestras claves de acceso al correo electrónico.
- No instale una webcam en el ordenador, o si lo hace, procure restringir su uso mediante una clave de seguridad que sólo usted conozca.
- Evite que los niños chateen después de las 22 horas, ya que a partir de esta hora se incrementa el número de usuarios y potencialmente aumenta el riesgo.
- Hable con su hijo sobre qué hace cuando navega por Internet: qué páginas visita, con quién habla y sobre qué.
- Pregúntele permanentemente a sus hijos quiénes son sus contactos o “nuevos amigos” del chat y quién está detrás de cada correo electrónico.
- Insístale en que no debe revelar datos personales a gente que haya conocido a través de chats, Messenger o MySpace. Y pregúntele periódicamente por los contactos que va agregando a su cuenta de

Messenger u otro tipo de mensajería instantánea. ¿Quiénes son? ¿Dónde los ha conocido?

- Evite que los niños se identifiquen con un Nick (juanito12@, o carola97@) que dé cuenta de su año de nacimiento o edad.
- Infórmese a través del *historial* acerca de los sitios que sus hijos visitan normalmente.
- Debe enseñarles por qué no deben interactuar con desconocidos y explicarles que nunca han de mandar fotos ni vídeos suyos ni de sus amigos a desconocidos.
- Háblele de los riesgos de Internet. Que sea un mundo virtual no quiere decir que no pueda acabar afectándole. Con apagar el ordenador a veces no es suficiente.
- Si nota que su hijo se comporta de forma extraña -le nota ausente, preocupado, pasa muchas horas conectado-, converse con él.
- Si cree que su hijo está siendo víctima de *grooming*, contacte con la fiscalía local más cercana a su domicilio (6909100) o tome contacto con la Brigada Investigadora del Cibercrimen de la Policía de Investigaciones (5445000). Esa persona puede estar acosando también a otros menores.

Consejos de seguridad y medidas a adoptar por los hijos, recomendadas por la Brigada de Investigación Tecnológica (BIT) de la Policía Nacional de España¹⁹².

- Avisar, inmediatamente, a los adultos, si aprecias contenidos que puedan considerarse peligrosos o, simplemente, si los ves raros.
- No des tus datos personales, si no estás seguro del destinatario o si consideras que no son necesarios.
- No envíes tus fotos o las de tu familia ni cualquier información sobre ellos, sin autorización de tus padres.
- No entres en páginas de contenido no aptos para tu edad.
- Si vas a tener encuentros físicos con alguien que has conocido en la red, consúltalo antes con tus padres o tutores.
- No contestes a mensajes extraños, incluso a los que te adjuntan ficheros de los que desconoces su origen, obviando abrirlos.
- No accedas a zonas que solicitan dinero, números de tarjetas de crédito, inversiones, etc.

192 BIT: <<http://www.policia.es/bit/index.htm>>

VII. Soluciones sugeridas

Cabe destacar que, si bien estos delitos han sido tipificados como tales hace pocos años, es del mayor interés de este Ministerio Público el mejorar la persecución penal de los mismos, mediante la acción coordinada con las Policías, otros ministerios y ONG's vinculadas al tema, de forma tal de incidir decisivamente en su prevención, detección temprana, acreditación del hecho punible y mejor tratamiento y atención a las víctimas.

Si bien somos conscientes de que aún falta mucho por perfeccionar, en cuanto a legislación vigente, técnicas de investigación y atribuciones en la persecución de delitos vinculados al crimen organizado, no es menos cierto que los últimos cuatro años hemos visto un notorio incremento en la detección, denuncia y términos judiciales de las investigaciones por pornografía infantil llevadas adelante por nuestros fiscales, y que en los últimos dos meses ya se han iniciado tres causas por delitos de *child grooming*, en las cuales los imputados han quedado en prisión preventiva porque se ha acreditado de forma clara la ocurrencia del delito (366 quater y 366 quinquies) y la participación que le cabe al sujeto.

Creemos por tanto que lo que queda por hacer es, en primer término, generar conciencia social y sensibilidad respecto de este tipo de delitos, con el objeto de estimular su reconocimiento y la denuncia del mismo, y masificar las medidas que pueden tomar los padres y colegios. A su vez, creemos necesario asumir políticas preventivas y de persecución penal orientadas a la disminución y extinción de este tipo de delitos contra menores, para lo cual estamos propiciando el trabajo coordinado con los organismos pertinentes. Y, finalmente, se está estudiando la posibilidad y beneficios de la utilización de técnicas de investigación tradicionalmente vinculadas a la investigación de delitos complejos (ej.: agente encubierto).

EL DELITO DE ALMACENAMIENTO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL: LA PLENA VIGENCIA DEL TIPO PENAL DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 374 BIS, A LA LUZ DE LA OPINIÓN DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL

Luis Torres González¹⁹³

Resumen:

El delito de almacenamiento de material pornográfico infantil, pese a sus críticas y detractores, cuenta con plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico penal. La figura típica del inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal sanciona la posesión maliciosa del material prohibido, sin que se requiera para su configuración ningún requisito que aluda al aspecto subjetivo de la acción. Su protección penal se asienta en la elevada necesidad de tutela del bien jurídico protegido, el que involucra los valores fundamentales del derecho penal sexual. Para arribar a una comprensión integral de este delito es menester atender tanto al espíritu de la ley, contenido en la historia fidedigna de su establecimiento, como a la interpretación jurisprudencial que ha devenido de la aplicación del tipo penal en estudio. El análisis global y sistemático de esta figura penal permite desestimar fundada y razonablemente las críticas más enérgicas que han cuestionado su vigencia y legitimidad.

I. Generalidades

En el inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal se encuentra regulado el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil, cuyo régimen actual fue incorporado por la ley N° 19.927¹⁹⁴, en lo que constituyó la última gran reforma al sistema de los delitos sexuales en nuestro país. Sin embargo, la aplicación de este tipo penal no ha sido pacífica y ha encontrado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de nuestros tribunales, distintas visiones y opiniones respecto a la determinación de su genuina interpretación.

El aspecto más controvertido de la interpretación de la figura objeto de este estudio radica en la utilización de la voz “adquirir o almacenar” empleada por el legislador al describir los verbos rectores del mismo, expresiones respecto de las cuales se sostuvo que necesariamente contenían un elemento subjetivo con

193 Abogado, Fiscalía Local de La Florida, Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, Ministerio Público.

194 Publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de enero del año 2004 y cuyo texto señala: “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”.

relación a los fines del almacenamiento, los cuales, para justificar la punibilidad de la conducta, debían estar orientados a la consecución de propósitos de difusión o comercialización de dicho material. Este criterio fue recogido por algunos tribunales de garantía, los que siguieron la tesis señalada pronunciándose en distintos procedimientos abreviados acerca del alcance de este delito¹⁹⁵.

Por otra parte, también ha sido objeto de críticas por cierto sector de la doctrina nacional la legitimidad de este delito, por cuanto hay quienes rechazan la protección jurídica del tipo penal que sanciona únicamente la mera posesión del material pornográfico infantil¹⁹⁶. Así, para algunos este delito afecta principalmente la moralidad pública y en forma muy indirecta la indemnidad sexual de los menores utilizados, la que sólo se lesionaría por parte de aquellos que producen dicho material.¹⁹⁷ Otros, en cambio, van más allá con su crítica a esta figura penal, llegando a proclamar derechamente su inconstitucionalidad.¹⁹⁸

Sin embargo, y pese a lo más o menos razonables que puedan parecer las opiniones e interpretaciones anteriormente señaladas, nuestro trabajo consiste en demostrar y reconocer que tales argumentaciones carecen de un sustento jurídico que se enmarque en una mirada global y sistémica de la figura penal abordada. Así, estos criterios disidentes se manifiestan superfluos a la luz de una comprensión integral del delito, cuyo análisis, desde su origen, contenido en la historia fidedigna de su establecimiento, ha encontrado pleno reconocimiento en la buena senda hermenéutica que ha imperado en nuestros tribunales de justicia, la cual ha dotado de coherencia y armonía esta institución jurídica, como se determinará en el presente estudio que pretende reafirmar la plena vigencia y legalidad del inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal, el cual describe y sanciona el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil.

195 La interpretación en el sentido de que la expresión almacenar exige determinados fines para la concreción del tipo penal de almacenamiento de material pornográfico infantil, y que constituyó la principal argumentación en las alegaciones de las defensas, fue recogida en numerosos fallos, entre los cuales se destacan: 1.- Sentencia dictada en procedimiento abreviado con fecha 23 de diciembre de 2005, en causa RUC 0500106248, dictada por el Juzgado de Garantía de Coelemú; 2.- Sentencia de la IC de Chillán, en Recurso de Apelación N° 4-2-2006, de 3 de febrero de 2006.

196 En este sentido POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, en *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte Especial, Primera Edición, año 2004; también MOLINA CANTILLANA RENE, en *Delitos de Pornografía Infantil*, Editorial Librotecnia, primera Edición, año 2007.

197 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, op cit, p 276.

198 MOLINA, op cit, p 106, quien sostiene: “En consecuencia, no queda más que plantear derechamente la inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 374 bis, toda vez que no vemos en la figura que consagra ningún bien jurídico susceptible de protección...”.

II. El injusto penal del delito de almacenamiento de material pornográfico infantil

Características Típicas del Delito. De acuerdo a la clasificación de los delitos generalmente aceptada¹⁹⁹, el delito de almacenamiento de pornografía infantil se presenta como un delito de mera actividad, de pluralidad de actos con hipótesis alternativas y como un delito de sujeto común o indiferente²⁰⁰, agregando algunos que también se trata de un delito de emprendimiento²⁰¹. Por su parte, dentro de los elementos objetivos del tipo podemos advertir que la conducta básica del delito en estudio está constituida por la expresión “adquirir o almacenar”; es decir, se castiga la simple posesión del material pornográfico infantil.²⁰² Respecto al objeto material del tipo, este se trata de material pornográfico infantil propiamente tal, el cual consiste, de acuerdo a lo previsto en el inciso segundo del artículo 366 quinquies del Código Penal -que se refiere expresamente para los efectos de dicho artículo y lo dispuesto en el artículo 374 bis del mismo texto legal-, “... toda representación de estos -menores de dieciocho años- dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales”. Con lo anterior la ley ha determinado claramente los límites y favorecido la comprensión de nuestra figura penal, al definir expresamente su objeto material. También, dentro del análisis de la conducta típica conviene aclarar que la expresión almacenar no supone ninguna alusión en orden a la cantidad del material almacenado, por lo tanto la cantidad que el sujeto posea es indiferente para su posterior calificación jurídica.²⁰³

199 Al respecto se hace presente que hemos seguido la clasificación de los delitos dolosos de acción propuesto por MIR PUIG, Santiago, en su obra *Derecho Penal*, Parte General, Editorial BdeF, 2007, pág. 225 y ss.

200 a) Es un delito de mera actividad, ya que sólo exige la ejecución de un acto sin requerir la verificación de un resultado material para su consumación. De ello se colige que sólo admite como forma imperfecta de ejecución la tentativa. b) Es un delito de pluralidad de actos y alternativo, ya que el tipo describe más de una acción de comisión y el tipo se cumple con a lo menos la realización de cualquiera de ellas. c) Es un delito de sujeto común o indiferente, por cuanto la ley no exige al sujeto activo que requiera ciertas condiciones especiales.

201 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, op cit, p 276, señalan al respecto: “En cuanto a la técnica legal empleada, la ley ha configurado un delito de emprendimiento, con una estructura similar a la del tráfico ilícito de estupefacientes, donde lo que se castiga es la participación indeterminada en una actividad iniciada o no por el autor, que puede desarrollarse en distinto lugares y momentos, involucrando diferentes cantidades de productos, sin alterarse por ello la calificación de estar cometiendo un único delito”.

202 Al efecto, respecto del primero de ellos, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, nos informa que “adquirir” consiste en “coger, lograr o conseguir”, por lo que se incluyen todas estas formas de la conducta por las cuales se obtiene la entrega de material pornográfico infantil, exista o no una prestación de por medio. A su vez la expresión “almacenar” según el mismo diccionario consiste en “reunir o guardar muchas cosas” y guardar implica “conservar o retener una cosa”.

203 En el mismo sentido MOLINA CANTILLANA, op cit, pág. 109, el cual además agrega que “también es indiferente para la realización del tipo que el material pornográfico se encuentre completamente terminado”.

En cuanto al elemento subjetivo, el inciso segundo del artículo 374 bis señala que para que se concrete esta figura típica debe haber sido adquirido o almacenado el material “maliciosamente”, esto es, con dolo directo. Este es el sentido de la expresión que ha utilizado el legislador, la cual constituye una referencia innegable al dolo de primer grado, sin que se pueda desprender alguna otra consecuencia de ella. Lo sostenido anteriormente ha encontrado un amplio respaldo en la doctrina nacional, que ha entendido la expresión maliciosamente como limitación al dolo directo. La importancia de lo señalado radica precisamente en que la voz “maliciosamente” no da cuenta de ningún elemento subjetivo distinto del dolo. Por lo tanto, como se puede advertir, la conducta básica del delito en estudio está constituida por la expresión “adquirir o almacenar”; es decir, se castiga la simple posesión del material pornográfico infantil sin que se desprenda alguna referencia o exigencia en torno a determinados fines del almacenamiento del material prohibido. Esta idea, que se infiere del análisis formal de la figura, es aceptada incluso por aquellos autores que ven en este delito un exceso de la intervención penal.²⁰⁴ Por último, de seguirse la posición que acoge que el almacenamiento se haga con determinados fines posteriores, traería aparejado como consecuencia dejar sin contenido el almacenamiento, lo que implica la derogación por vía interpretativa de un precepto plenamente vigente.²⁰⁵

El Bien Jurídico protegido. El bien jurídico protegido supone uno de los grandes debates en torno a esta figura penal.²⁰⁶ Así por ejemplo, para los profesores Politoff, Matus y Ramírez, en su obra de *Lecciones de Derecho Penal Chileno*²⁰⁷, “este delito afecta, principal, sino únicamente, la moralidad pública y muy indirectamente la indemnidad sexual de los menores”. Por su parte René Molina Cantillana, en su libro *los Delitos de Pornografía Infantil*,²⁰⁸ plantea abiertamente la inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 374 bis, ya que según expone “no vemos en la figura que consagre ningún bien jurídico susceptible de protección, lo que atenta gravemente contra el principio de lesividad”, ya que según se preocupa el autor de aclarar, el simple hecho de poseer material pornográfico infantil “no vulnera ni la integridad sexual, ni la intimidad, ni la dignidad de los menores”.

No obstante lo anterior, tanto el legislador como la jurisprudencia nacional se han inclinado en considerar este tipo penal digno y necesario de tutela jurídica en atención especialmente a los altos valores que ella pretende resguardar, que no están sólo en una moralidad pública o en una tendencia a expandir el derecho penal, tal como arguyen sus detractores, sino que emanan de principios y normas jurídicas consagradas y reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, y, en

204 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, op cit, p. 276, señala “la conducta básica es la adquisición o almacenamiento, esto es, la posesión de dicho material, con independencia si se destinará o no al tráfico comercial”.

205 BONACIC, CRISTÓBAL, Boletín Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, N° 12, diciembre de 2007, pág. 111.

206 MOLINA CANTILLANA, op cit p. 103.

207 Ibid, pág. 276.

208 Ibid, pág. 106.

especial, de las obligaciones emanadas de los tratados internacionales suscritos por Chile, especialmente la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño²⁰⁹, la cual dispone en su artículo 34 que los Estados partes se comprometen a “*proteger al niño o niña contra todas las formas de explotación y abusos sexuales*”, siendo dicha disposición el fundamento jurídico primero para la criminalización de la norma objeto de nuestro estudio, puesto que la conducta de adquirir o almacenar material pornográfico en cuya elaboración hayan intervenido menores de edad no puede en ningún caso menos que constituir una forma de abuso o explotación sexual de aquellos.

Asimismo el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía²¹⁰ reafirma lo indicado precedentemente, en cuanto dispone que los estados partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil.²¹¹ Otros instrumentos que contienen normas de protección para los menores utilizados en estos actos, son entre otros, el Convenio de La Haya sobre Protección de los Niños y la Conferencia Internacional de lucha contra la Pornografía Infantil en Internet (Viena 1999), la cual preocupada por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en la Internet y otros medios tecnológicos modernos, en sus conclusiones aboga por la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía.

Por su parte, para el legislador, la creación de esta figura penal, además de cumplir con la obligación del Estado de Chile en orden a proteger los derechos de los menores, tiene por objeto sancionar la posesión de este tipo de material por ser el último eslabón de la cadena de una serie de ilícitos que para su perpetración vulnera, humilla y degrada a menores de edad. Al efecto, y de acuerdo al establecimiento de la historia fidedigna de la ley, la voluntad del legislador en ningún caso ha tenido por objetivo el sancionar penalmente la moral humana, inmiscuyéndose en el ámbito personalísimo de los sujetos²¹², sino que los legisladores tuvieron en cuenta que quienes poseen este tipo de material son

209 Con la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por los Estados partes en 1989 y promulgada en Chile, como ley de la República, en 1990, se proclama el pleno respeto de los niños y niñas como sujetos de derechos, abogando por la promoción y protección de los derechos que le son inherentes, de lo cual se deriva la obligación de propender a todas las medidas que resulten necesarias para la protección de la dignidad y derechos que detentan.

210 Protocolo dictado para asegurar el mejor logro de los propósitos de la Convención sobre los derechos del Niño y la aplicación de sus disposiciones, especialmente los artículos 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 y 36.

211 En el artículo segundo de dicho Protocolo, se previene que “*por prostitución se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*”.

212 Boletín Nº 2906-07, op cit.

parte de la cadena criminal que destruye la dignidad de los niños y promueve su utilización en prácticas sexualmente dañinas y abusivas²¹³. Por ello, el desvalor de este delito se alza así, aún cuando esté dirigido al mero consumo personal, precisamente para desalentar estas conductas cuando involucran menores de edad, particularmente en atención a su minoría de edad, cuestión esta última que justifica con mayor fuerza una política criminal en función de la protección y el respeto de sus derechos en materia sexual.²¹⁴

Asimismo, la sentencia del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago²¹⁵, de fecha 21 de abril de 2006, establece en su considerando octavo que para evitar comprender esta norma como un delito de mera inmoralidad, cuya punición evidentemente se encontraría en tensión con los criterios legitimadores del derecho penal, se debe buscar el bien jurídico que protege. Al efecto, razona el fallo citado que si lo que se protege en este tipo de delitos es la libre autodeterminación sexual como bien jurídico, ya sea en la dimensión de la libertad sexual, o en la dimensión de la indemnidad sexual, se debe hacer un esfuerzo para buscar la interpretación del delito que responda a tal exigencia²¹⁶, concluyendo que en definitiva lo que el legislador ha querido resguardar es la creación de una demanda de consumo pornográfico que pone en peligro a los menores eventualmente utilizables en su producción, y por otro, el tráfico de imágenes pornográficas que erosionan el respeto por la indemnidad sexual del menor.

También en lo que concierne al bien jurídico protegido por esta figura, conviene recalcar que en las legislaciones comparadas más modernas se encuentran regulados tipos penales que castigan la mera posesión del material pornográfico infantil casi sin excepción, extendiéndose su protección incluso a nuevas formas de vulneración de la dignidad e indemnidad sexual de los menores, como son las formas de aparición de pornografía infantil virtual, u otras que en su elaboración contienen el uso de sofisticada tecnología.²¹⁷

213 Íbid.

214 En este sentido, ver Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, en causa RUC 0600552193-7, en apelación de sentencia definitiva en procedimiento abreviado, pronunciada por el Juzgado de Garantía de Talcahuano.

215 Causa RUC 05000397013-4, del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, de fecha 21 de abril del año 2006.

216 Luego agrega que para comprender el inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal, es necesario ponerlo en relación con el inciso primero de la misma disposición, donde claramente aparecen dos justificaciones para la punición de las conductas descritas por este inciso; por un lado la creación de una demanda de consumo pornográfico que pone en peligro a los menores eventualmente utilizables en su producción, y por otro el tráfico de imágenes pornográficas erosiona el respeto por la indemnidad sexual del menor.

217 GOMEZ TOMILLO, Manuel, *Derecho Penal Sexual y Reforma Legal, Análisis desde una perspectiva político criminal*, artículo publicado en la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, n° 07-04, nos da cuenta de la tipificación, introducido por la reforma al Código Penal Español, del delito de posesión de material pornográfico de menores o incapaces, previsto en el artículo 189.2 del CP, el cual sanciona la mera tenencia de material

III. La Jurisprudencia: ratificación de la plena vigencia del inciso segundo del artículo 374 bis, y la confirmación del desvalor del injusto penal estudiado

No obstante la línea jurisprudencial que sostuvo la tesis de exigir determinados requisitos de carácter subjetivo para configurar el delito, y que como se dijo inicialmente fue contenida en diferentes fallos dictados por tribunales de Garantía, la jurisprudencia mayoritaria se ha impuesto desestimando tales hipótesis, confirmando con ello la vigencia del inciso segundo del artículo 374 bis en cuanto sanciona la mera posesión maliciosa de material pornográfico infantil. Lo anterior ha sido el resultado de una interpretación sistemática de la figura penal estudiada, la que, para desentrañar el preciso sentido y alcance de su precepto, ha recurrido a criterios teleológicos que han permitido explorar el espíritu de la ley establecido en su historia fidedigna.²¹⁸

En este sentido resulta fundamental referirnos a la sentencia dictada por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, la cual fue fruto del primer juicio oral que se lleva a cabo por el delito del almacenamiento de material pornográfico infantil.²¹⁹ Resulta de gran importancia e interés el fallo mencionado, ya que además de constituir el primer juicio oral, público y contradictorio en que se califican hechos constitutivos de este delito, se hace cargo de las mayores críticas y cuestionamientos que propugnan sus detractores.

En efecto, la sentencia mencionada se hace cargo fundadamente del aspecto más controvertido que ha devenido de la interpretación de la voz almacenar, respecto de la cual concluye de manera clara y categórica que el tipo penal no contiene ninguna exigencia en torno a los fines de la expresión almacenar a que alude la norma del tipo. En el considerando noveno los sentenciadores exponen que *“el tipo penal cuestionado, no contiene en su estructura el elemento a que hace referencia la defensa, almacenar con fines de comercialización o difusión masiva, el que no puede ser exigido bajo ningún pretexto, incluso si la norma nos pareciera una*

pornográfico en que intervienen menores, lo que incluye aquél destinado al consumo privado, concluyendo que se ha creado un delito de peligro abstracto puro con lo que se sigue el modelo de determinados países como pueden ser los ordenamientos penales de algunos estados norteamericanos. Por último, nos informa este autor que el artículo 189.7 describe una última figura de delito, creada por medio de la reforma operada a través de LO 15/2003 de 25 de noviembre, en virtud de la cual se sanciona al que vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico infantil en el que no habiendo sido utilizados menores de edad se emplee su voz o imagen alterada o modificada, lo que la Exposición de motivos de la Ley denomina *“pornografía infantil virtual”*.

218 Boletín N° 2906-07, primera sesión de la 350 legislatura extraordinaria.

219 Sentencia del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, causa RUC 0600652710-6, RIT 139-2007, la cual se pronunció en el primer juicio oral penal por este delito, en caso denominada *“Ángel de la Guarda”*, que es el nombre que recibió la operación policial que determinó la existencia del hecho y la identificación de sus responsables, en investigación que fue dirigida por la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte.

*exageración o se argumentara su mínima lesividad*²²⁰. Así, para los sentenciadores, la voz “almacenar o adquirir” tiene como propósito castigar la simple posesión o tenencia de este tipo de material, consecuencia que se deduce de la apreciación de la historia fidedigna de la ley, contenida en las mociones parlamentarias que llevaron adelante la iniciativa legal, la cual es clara en torno al ánimo de sancionar cualquier conducta que afecte o amenace la dignidad de los menores especialmente cuando este tipo de actos es parte de la cadena de la comercialización y distribución del objeto censurado, y que encuentra su contenido típico en el inciso primero del artículo 374 bis del Código Penal.

Creemos que sobre este punto los sentenciadores levantan un criterio acertado de interpretación de las expresiones del tipo penal que fueron discutidas y sometidas a su decisión, tal como hemos venido sosteniendo, toda vez que entender esta norma en la línea argumentada por la defensa constituye a nuestro juicio limitar por la vía interpretativa la aplicación de este ilícito al requerirse un elemento no exigido por el tipo penal, esto es, que el almacenamiento se haga para una comercialización o exhibición posterior. Asimismo, si aceptáramos que el almacenamiento se hiciera con determinados propósitos, en vista a una posterior comercialización o distribución, implicaría dejar sin contenido el almacenamiento, quedando implícitamente derogado.²²¹

Respecto de las dudas que algunos sostienen frente al bien jurídico protegido por nuestro delito, en relación a que ampara actos inocuos para la lesividad de

220 Agrega el mismo considerando de la sentencia estudiada “*que en tal proyecto de ley tampoco se menciona como elemento del tipo la comercialización de éste material pornográfico infantil, por el contrario, como previamente se señaló por los diputados Guzmán y Walker comprendieron esta última etapa (tenencia o posesión) de la cadena que comienza con la producción, dentro de aquellas conductas que deben ser sancionadas por usar a menores en actos degradantes y humillantes, que por lo demás viene a cumplir con las obligaciones sostenidas por el estado de Chile al suscribir la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que en su artículo 34 establece que... los Estados partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales*”.

221 Otro importante respaldo jurisprudencial a lo razonado por los jueces del Cuarto Juzgado Oral en lo Penal, encuentra asidero en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, la cual confirmando el fallo del Juzgado de Garantía de Talcahuano, establece en su considerando séptimo que “*en todo caso, debe decirse que la figura de almacenamiento de material pornográfico infantil contemplada en el inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal, no exige que tal conducta se realice con la finalidad de comercializar dicho material, sino que es suficiente el acopio del mismo con fines lúbricos, y es por eso que la sanción para este delito es menor que la señalada para aquél que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba ese material. La adquisición o almacenamiento de material pornográfico en que intervienen menores de dieciocho años, aunque sea para consumo personal, como alega el defensor, precisamente persigue desalentar ese consumo en atención a la minoría de edad de las víctimas, lo que se justifica obviamente como política criminal que tiene basamento su protección y el respeto de sus derechos en materia sexual*”. Sentencia de fecha 2 de noviembre de 2008, rol N° 547-2007, causa RUC 06005522193.

los valores resguardados, la sentencia citada también nos entrega importantes luces que nos aclaran la justificación de su protección penal, al señalar que *“para sancionar la posesión de pornografía infantil, dichos legisladores tuvieron en cuenta que quienes la poseen son parte de la cadena criminal que destruye la dignidad de los niños y promueve su utilización en prácticas sexualmente dañinas y abusivas”,* para luego agregar que *“la voluntad del legislador desde su origen con la moción de los diputados ya mencionados, quiso que se sancionara la posesión o tenencia, por ser el último eslabón de la cadena de una serie de ilícitos que para su perpetración se vulnera, humilla y degrada a menores de edad”*. Por lo tanto podemos inferir que para el tribunal, una vez comprendida la voluntad del legislador, se encuentra plenamente justificada la punibilidad de la conducta del almacenamiento, por cuanto ella lesiona la dignidad y derechos de los menores involucrados.

Finalmente, la sentencia del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal se preocupa de precisar que respecto de la expresión “maliciosamente” no tiene otros alcances que los ya expuestos en este trabajo, descartando alguna alusión a un dolo especial como sostuvo la defensa, señalando que *“para la mayoría la referencia a la palabra malicioso en el tipo penal en estudio, no es sino una remisión al énfasis en el aspecto subjetivo del dolo, respecto de la cual, la doctrina mayoritaria considera que significa la exclusión del dolo eventual, no derivándose otra consecuencia, como la exigencia de un dolo especial, como lo cree ver la defensa, al decir que debe entenderse la voz maliciosa como una referencia a que el almacenamiento debe tratarse de bodegaje para su comercialización o difusión masiva”*. Como se puede advertir, el fallo confirma el criterio aquí defendido en cuanto a la interpretación que debe darse a la expresión “maliciosamente”, a la cual ya nos referimos.

En definitiva, los sentenciadores junto con confirmar la plena vigencia del inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal, han desestimado fundadamente las críticas más ásperas que en la práctica judicial ha debido enfrentar la aplicación del delito en estudio, el cual se presenta como un delito plenamente legítimo y vigente en nuestro ordenamiento jurídico penal.

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

LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS CONTEMPLADAS EN LA LEY N° 19.039 SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y SU APLICACIÓN EN EL NUEVO SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Andrés Grunewaldt Cabrera²²²

1. Introducción

Con fecha 11 de marzo de 2005, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.996, la cual introdujo importantes modificaciones a la Ley N° 19.039 sobre Propiedad Industrial, adecuando la legislación interna en esta materia a los compromisos adquiridos por Chile en virtud del Acuerdo de Marrakech, que creó la Organización Mundial de Comercio, específicamente, a lo dispuesto en el Anexo 1 C sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, conocidos como ADPIC o TRIP'S, en su sigla en inglés.

Estas reformas, según lo dispone el artículo 7° transitorio, no comenzarían a regir sino hasta el día que se dictare el reglamento, lo cual aconteció el 1 de diciembre del año 2005 mediante la publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo N° 236 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.²²³

Dentro de los múltiples temas que fueron abordados en esta ley, es posible mencionar la incorporación de nuevas categorías de derechos de propiedad industrial; la introducción de modificaciones a los procedimientos generales y específicos de oposición y registro tendientes a su agilización y racionalización; la reestructuración del tribunal que conoce de las apelaciones a las resoluciones dictadas por el Jefe del Departamento de Propiedad Industrial (DPI); el perfeccionamiento de la definición de marca comercial y la modificación de algunas causales de irregistrabilidad; la modificación de los tipos penales existentes y la creación de figuras delictivas asociadas a los nuevos derechos de propiedad industrial; y por último, en lo que respecta al objeto de este artículo, la incorporación de un título X referido a la observancia de los derechos de propiedad industrial, en el cual se regulan ciertas medidas precautorias especiales, adicionales a las existentes conforme al Derecho Común, las cuales también podrán impetrarse como medidas prejudiciales.

El presente artículo, en consecuencia, intenta abordar el contenido de estas nuevas medidas precautorias y la posibilidad de aplicarlas en el marco de una investigación penal.

222 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

223 Este reglamento viene a sustituir el reglamento anteriormente vigente, el cual estaba contenido en el D.S. N° 177 de 1991, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, el cual queda, en consecuencia, derogado.

2. Análisis

2.1. Medidas cautelares reales genéricas.

Antes de entrar al análisis de las medidas precautorias especiales consagradas recientemente en la Ley de Propiedad Industrial, se estima prudente referirse brevemente a las definiciones que la doctrina ha proporcionado en relación con las medidas cautelares reales y con las medidas de protección y a la regulación establecida a su respecto en el Código Procesal Penal.

Dentro de las definiciones que la doctrina nacional ha entregado en relación con estas medidas, en primer término encontramos la del profesor Aguilar quien las define como *“aquellos actos procesales que pueden solicitar el ministerio público o la víctima ante el juez de garantía, con la finalidad de asegurar el resultado de la acción civil interpuesta o que se interpondrá en su oportunidad contra el imputado, por su responsabilidad civil derivada del hecho punible investigado”*.²²⁴

Por su parte, los profesores Horvitz y López las han definido como *“aquellas resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa por las que se limita provisionalmente la libre disposición de sus bienes, con el fin de garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia”*.²²⁵

Por último, resulta interesante citar al profesor español José Luis Conde, el cual señala que son *“aquellas que pretenden conservar los efectos e instrumentos del delito y asegurar las responsabilidades pecuniarias del mismo, mediante el depósito de las piezas de convicción, la constitución de una fianza, o en su defecto, el embargo de ciertos bienes del acusado”*.²²⁶

Sin perjuicio de constatar la existencia de algunas definiciones que únicamente asimilan las medidas cautelares reales al aseguramiento de la acción civil, de la revisión de éstas y otras definiciones es posible detectar una inclinación hacia la postura que entiende que estas medidas permiten satisfacer pretensiones que pueden ser tanto civiles -el pago de las costas o indemnizaciones- como penales -el pago de una multa o el comiso de bienes-.²²⁷

224 Aguilar, Cristián, *Código Procesal Penal anotado y concordado*, Editorial Metropolitana, año 2001.

225 Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, utilizando palabras de Gimeno Sendra.

226 Conde, José Luis: *El comiso de bienes en el derecho español. Presupuestos de su adopción y límites en su aplicación*. [en línea] <www.cicad.oas.org/Desarrollo_Juridico/esp/Ponencias/ComisoDerechoEspa%C3%B1ol.doc>

227 Ob cit.4. En el mismo sentido, López, citando a Moreno Catena: *“Moreno Catena observa con razón, que las categorías derivadas de la clasificación de medidas cautelares en personales y reales no son plenamente coincidentes con las que resultan de su clasificación en medidas penales y civiles. Así, por ejemplo, puede perfectamente intentarse una medida cautelar real con el objeto de satisfacer una pretensión penal: el pago de la multa”*.

En este sentido, resulta importante señalar que nuestro Código Procesal Penal utiliza la noción de medidas cautelares, consagrando una regulación bastante escueta (Título VI del Libro I), al establecer en el artículo 157²²⁸ los supuestos de procedencia de estas medidas, y en el artículo 158²²⁹ la posibilidad de interponer el recurso de apelación frente a la resolución del juez de garantía que niegue u otorgue estas medidas.

Según lo explican algunos autores nacionales, la noción de medidas cautelares reales corresponde a una formulación elaborada por la doctrina italiana²³⁰, que ha obtenido reconocimiento legislativo en nuestro código. Esto, que a primera vista puede parecer una cuestión sin relevancia, reviste gran importancia dado que nuestro Código Procesal Penal ha distinguido el objeto específico que tendrán estas medidas, vinculándolas -como ya se ha señalado- al aseguramiento de los efectos civiles y penales de la sentencia.

Ello, a diferencia de lo que ocurre en la doctrina Alemana, donde se les trata como medidas de coerción, estructurando a su respecto una clasificación conforme a su “función procesal”, según la cual un medio de coerción tiene, con frecuencia, distintas funciones, pudiendo distinguirse las siguientes: investigación, aseguramiento de las pruebas, comprobación de los presupuestos procesales, aseguramiento de la posibilidad de realización del procedimiento, aseguramiento de la ejecución de la sentencia y prevención de hechos punibles.²³¹

En relación con las medidas contempladas en nuestra Ley de Propiedad Industrial, si bien algunas de ellas se ajustan al concepto de medida cautelar real que la doctrina ha entregado, otras -en sintonía con el sistema alemán- se asimilan a las llamadas “medidas de protección”, las cuales tienen por objeto proteger a la víctima evitando que la afectación del bien jurídico protegido por la ley penal se consume, se mantenga o se incremente durante la tramitación del procedimiento. Se trata (al igual que las medidas cautelares reales) de medidas de coerción procesal, las cuales pueden ser decretadas durante la etapa de investigación en el marco del proceso penal, siendo su objetivo, en los términos previstos en el artículo 109 inciso primero

228 Artículo 157.- Procedencia de las medidas cautelares reales. Durante la etapa de investigación, el ministerio público o la víctima podrán solicitar por escrito al juez de garantía que decreta respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En estos casos, las solicitudes respectivas se substanciarán y regirán de acuerdo a lo previsto en el Título IV del mismo Libro. Con todo, concedida la medida, el plazo para presentar la demanda se extenderá hasta la oportunidad prevista en el artículo 60. Del mismo modo, al deducir la demanda civil, la víctima podrá solicitar que se decreta una o más de dichas medidas.

229 Artículo 158.- Recurso de apelación. Serán apelables las resoluciones que negaren o dieran lugar a las medidas previstas en este Título.

230 Ob. Cit. *Derecho Procesal Penal Chileno* pág. 342: “como explica Marín, la noción de “medidas cautelares” corresponde a una formulación elaborada en el ámbito del derecho procesal civil por la doctrina italiana de comienzos del siglo XX y adaptada, posteriormente, al ámbito procesal penal”.

231 Roxin, Claus: *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 249.

del Código Procesal Penal, evitar o impedir probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra de la víctima o de su familia.

2.2. Medidas precautorias especiales consagradas en la Ley Nº 19.039.

2.2.1. Regulación.

Como ya se adelantó, la Ley Nº 19.996 incorporó un nuevo Título X, denominado “*De la Observancia de los Derechos de Propiedad Industrial*”. El párrafo primero regula las acciones civiles que puede ejercer el titular cuyo derecho de propiedad industrial se haya visto lesionado. En este sentido, el artículo 107 de la Ley Nº 19.039 establece que el ejercicio de dichas acciones es “*sin perjuicio de la acción penal que pueda proceder*”.

En el párrafo segundo de este título se establecen ciertas medidas precautorias. Conforme al artículo 112 de la Ley Nº 19.039, éstas procederán en todos los asuntos que digan relación con infracciones a los derechos de propiedad industrial, enumerando las siguientes:

Letra a): Cesación inmediata de los actos que constituyen la presunta infracción. Esta es una figura que puede ser de mucha utilidad para impedir que se siga consumando el hecho ilícito. Una medida similar se encuentra prevista en el artículo 290 Nº 4 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados; sin embargo, la medida de la Ley de Propiedad Industrial pareciera ser más amplia, ya que no se circunscribe a bienes determinados, sino que apunta más bien a la actividad con la que se estaría infringiendo la Ley de Propiedad Industrial, y en definitiva, persigue detener el ataque al bien jurídico que la misma ley resguarda, asimilándose a una verdadera medida de protección en favor de la víctima. Por lo demás, la utilización de la expresión “inmediata” denota su carácter imperativo, en el sentido de que podría sostenerse que no es necesaria una inscripción en algún registro especial para que esta medida comience a regir, cuestión que sí ocurre por ejemplo en la prohibición de celebrar actos y contratos sobre inmuebles, la cual debe inscribirse en el registro de interdicciones y prohibiciones de enajenar del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Letra b): Secuestro de los productos objeto de la presunta infracción y de los materiales y medios que sirvieran principalmente para cometerla. El secuestro también se encuentra mencionado en el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, pero en este caso se establece en términos más amplios, ya que abarca los materiales y los medios que sirvieron para cometer la infracción. Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener presente que en algunas ocasiones esta medida puede resultar un tanto engorrosa, ya que al tratarse de un secuestro²³², su aplicación implica necesariamente la recolección de todos los productos objeto de la infracción que se encuentren en bodegas, establecimientos comerciales o particulares, para efectos que un tercero distinto del infractor los tenga en

232 El secuestro se regula básicamente en los artículos 291 y 292 del Código de Procedimiento Civil y en los artículos 2249 y siguientes del Código Civil.

calidad de depositario. Si no son muchos bienes no habría mayores problemas, pero en caso contrario, la alternativa de dejar las especies en manos del imputado a título de depositario provisional pudiera ser una solución teniendo en cuenta los limitados recursos económicos y la capacidad que el Ministerio Público y/o las Policías poseen para realizar esta diligencia frente a un número considerable de productos.

Letra c) El nombramiento de uno o más interventores. El interventor, que también se encuentra consagrado en el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, es la persona nombrada por el tribunal para llevar la cuenta de las entradas y gastos de los bienes sujetos a su intervención y de dar noticia de toda malversación o abuso que note en la administración de los bienes²³³. Esta es una medida de vigilancia pero no de administración, por lo que no se limita la disposición jurídica de los bienes. Teniendo claro lo anterior, el interventor no se configura como una medida efectiva salvo que vaya acompañada de alguna de las otras medidas que establecen tanto la Ley N° 19.039 como el Código de Procedimiento Civil.

Letra d) Prohibición de publicitar o promover, de cualquier manera, los productos motivo de la presunta infracción. Esta es una medida que no encuentra un correlato directo con las hipótesis del artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de la prohibición de celebrar actos y contratos. En las situaciones en que se infringe la Ley de Propiedad Industrial puede llegar a ser una importante herramienta, ya que generalmente en estos casos se produce conjuntamente con la comercialización del producto por parte del infractor, la publicidad del mismo, y el prohibir dicha actividad puede ser resultar bastante efectivo para poner atajo a la actividad ilícita y para combatir y corregir la eventual confusión que se podría haber formado en los consumidores respecto de un bien o servicio que no cumple con las normas de la Ley N° 19.039.

Letra e) Retención en poder de un establecimiento de crédito o de un tercero de los bienes, valores o dineros que provengan de la venta de los productos. Esta es otra medida que se vincula al carácter comercial en el cual generalmente se producen estas infracciones, la cual se asemeja a la retención de bienes determinados establecida en N° 3 del citado artículo 290. Sin perjuicio de lo anterior, de todas maneras hay ciertas diferencias vinculadas al hecho de que en la retención por regla general el imputado puede quedar como depositario provisional, sin embargo, de la redacción de la retención establecida en la Ley de Propiedad Industrial, se infiere que el bien necesariamente debe pasar a manos de un tercero o de una institución de crédito.

2.2.2. Finalidad.

De la sola lectura del contenido de estas medidas, es posible sostener que su finalidad no se circunscribe únicamente al aseguramiento de la responsabilidad civil del imputado y al pago de costas y multas -como ocurre con las medidas cautelares reales previstas en el artículo 157 del Código Procesal Penal-, sino

233 Pfeiffer Richter, Alfredo: *Apuntes de Derecho Procesal*, 1998, pág. 26.

que además apuntan a impedir que el hecho ilícito se siga consumando (como se señala en la letra a). En este sentido, es posible sostener que algunas de estas medidas especiales podrían ser consideradas como verdaderas medidas de protección en favor de la víctima.

Además de la revisión de las hipótesis del artículo 112 es posible constatar una vinculación con las finalidades de la incautación, ya que por ejemplo la letra b), la cual permite el secuestro de los productos objeto de la presunta infracción y de los materiales y medios que sirvieran principalmente para cometerla, se confunde con el concepto de instrumentos y efectos del delito.

Teniendo claro lo anterior, es posible sostener que al regular situaciones que exceden las finalidades de las medidas cautelares reales, acercándose en algunos casos a las medidas de protección, no es necesario circunscribir la aplicación de las medidas del artículo 112 a la regulación del artículo 157 del Código Procesal Penal, evitando en consecuencia algunos inconvenientes que han sido discutidos respecto de estas últimas medidas, como por ejemplo: su posible sustitución por algún instrumento financiero; el hecho de que las medidas cautelares reales según lo dispone el citado artículo 157 sólo puedan dirigirse en contra del imputado; la eventual necesidad de una formalización previa; la dificultad para sostener su aplicación frente a objetos ilícitos, ya que al no suscribirse únicamente al aseguramiento de eventuales responsabilidades civiles, multas y costas, igualmente van a resultar aplicables; entre otros.

2.2.3. Jurisprudencia.

Por último, en cuanto a la jurisprudencia relacionada con la procedencia de estas medidas en sede penal, resulta sumamente interesante revisar los primeros pronunciamientos que se han dictado en el marco del nuevo sistema procesal penal, los cuales si bien a la fecha son sumamente escasos, contienen argumentos en ambos sentidos, existiendo algunos fallos que sostienen la improcedencia de estas medidas en sede penal y otros que aceptan su aplicación en sede penal.

En cuanto a los fallos que han sostenido su improcedencia en sede penal, el más relevante es el dictado por el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago²³⁴, en el marco de un importante caso en el cual se investigó la comisión del delito previsto en el artículo 52 de la Ley Nº 19.039, específicamente por la vulneración de una patente de invención de tipo farmacéutica, en el cual finalmente el imputado fue condenado como autor del citado delito.²³⁵

234 Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, fallo dictado el 2 de agosto de 2006, en RUC Nº 0510012831-6, RIT Nº 1176 – 2005. Este fallo fue objeto de un recurso de apelación, el cual fue rechazado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago (Octava Sala), mediante resolución dictada el 18 de diciembre de 2006, Rol Nº 2460-2006, en el cual más que negar su procedencia en sede penal, se sostuvo que no parecían necesarias en el estado actual de la investigación a esa fecha.

235 Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, fallo dictado el 10 de septiembre de 2007, en RUC Nº 0510012831-6, RIT Nº 185 – 2007.

Dentro de los argumentos utilizados por el tribunal, se señala que si bien la Ley de Propiedad Industrial establece tipos penales, no consagra un procedimiento para su persecución, por lo que única y exclusivamente las normas del Código Procesal Penal le son aplicables. En este sentido, se sostiene que en el proceso penal sólo pueden decretarse las cautelares personales contempladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal y las reales referidas en el artículo 157 del mismo código, por lo que al no mencionarse las medidas de la Ley N° 19.039, no es posible decretarlas.

Luego, al referirse al artículo 112, señala que estas medidas *“no son aplicables en este tipo de procesos, primero, por no encuadrarse en la ya señaladas; segundo, por cuanto regulando la referida Ley sólo el procedimiento de corte civil, sólo son aplicables al mismo; tercero, que aquello resulta de toda lógica toda vez que el párrafo primero del título X señala las medidas que se pueden solicitar en forma definitiva demandando civilmente, por lo que es de concluir que la precautorias del título segundo son aquellas que se pueden aplicar en el marco de dicho proceso civil, máxime cuando ellas son anticipaciones de lo que en definitiva se decretará en el proceso civil, y, por último, porque el referido artículo sólo hace aplicable dicha norma a las infracciones de derechos, no indicando nada en relación a los delitos que la misma Ley tipifica, siendo un hecho cierto que en jurídica e históricamente siempre se ha efectuado la distinción entre las meras infracciones de Ley y los delitos”*.

A continuación, el tribunal agrega que *“cuando el legislador ha querido hacer aplicable otro tipo de medidas precautorias al procedimiento penal, así lo ha hecho como por ejemplo en la Ley N° 20.066 del Violencia Intrafamiliar, por lo que sólo cabe concluir que en relación a este tipo de delitos no estimo necesario hacer modificaciones al proceso penal de general aplicación”*.

Por último, al vincular la procedencia de estas medidas al procedimiento aplicable en sede penal, el Juzgado de Garantía señala que *“teniendo presente que la figura penal en cuestión sólo contempla la aplicación de penas de multa, no pudiendo el Ministerio Público en caso alguno solicitar la aplicación de pena privativa de libertad, en todo caso siempre será aplicable el procedimiento simplificado, en el marco del cual no resulta posible interponer demandas civiles conforme a lo dispuesto en el artículo 393 inciso segundo, por lo que, en definitiva en caso alguno podrá decretarse en forma definitiva las medidas del artículo 106 de la Ley antes mencionada, por lo que no resulta lógico tampoco aplicar la medidas provisionales relacionadas con las primeras”*.

Por su parte, dentro de los pronunciamientos que se han inclinado por su aplicación en sede penal, se destaca un fallo dictado recientemente por el Juzgado de Garantía de Quilpué²³⁶, el cual concedió al querellante las medidas previstas en las letras a), b), c) y d) del artículo 112, sosteniendo que *“si bien el artículo 157 del Código Procesal Penal alude que corresponde aplicar como medidas precautorias las contempladas en el Título 5 del Libro II del Código de Procedimiento Civil, no*

236 Juzgado de Garantía de Quilpué, fallo dictado el 28 de abril de 2008, RUC N° 0710016717-9, RIT N° 2446-2007.

es menos cierto que el artículo 300 contemplado dentro de dicho título, autoriza al Tribunal para aplicar otras medidas que autoricen las leyes, como es el caso de las contempladas en el artículo 112 de la Ley de Propiedad Industrial”.

A su vez, sostiene que *“las medidas precautorias contempladas en el artículo 112 de la Ley de Propiedad Industrial, son aplicables, tanto, a las acciones civiles como a las infracciones de carácter penal, toda vez que dicho artículo en su encabezado habla en términos genéricos de las infracciones, no viendo este Tribunal argumento alguno, como señala la Defensa, para estimar que sólo son procedentes en términos del ejercicio de acciones civiles”.*

En este sentido, es posible complementar esta argumentación señalando que el citado artículo 112 se encuentra ubicado en el Título X, relativo a la observancia de los derechos de propiedad industrial en general, y que dentro de este Título, en el Párrafo II, el epígrafe habla *“de las medidas precautorias”*, sin circunscribirlas sólo al ámbito civil o administrativo. Si la ley hubiera querido reservar estas medidas al ámbito meramente civil, éstas deberían haber estado ubicadas en el Párrafo I del Título X, el cual se refiere precisamente a las acciones civiles, cuestión que no se hizo.

En relación con lo anterior, el artículo 112 señala que estas medidas proceden en asuntos que digan relación con infracciones a los derechos de propiedad industrial, sin especificar si se trata de infracciones civiles o penales, por lo que entendemos que se aplican a ambas. Además, al referirse al órgano jurisdiccional que puede otorgarlas, designa al *“Tribunal”*, sin especificar tampoco su naturaleza.

Siguiendo con los argumentos esgrimidos por el fallo en comento, el tribunal termina señalando que los antecedentes entregados por el querellante *“constituyen una presunción grave del derecho que se reclama, así como también han dejado clara la necesidad de cautela de dichas medidas y no solamente con el objeto de proteger la imagen comercial de Shell, sino también con el objeto de proceder a los consumidores de los aceites alterados”.*

Este fallo fue objeto de un recurso de apelación en virtud del artículo 158 del Código Procesal Penal, el cual fue conocido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, la cual confirmó el fallo del Juzgado de Garantía de Quilpué, consolidando la aplicación de estas medidas.²³⁷

Resulta interesante referirse a los argumentos que presentó el recurrente, el cual sostuvo que al decretar estas medidas *“se infringen los objetivos procesales de las medidas precautorias reguladas en el Código Procesal Penal, que sólo cautelan la responsabilidad civil proveniente del delito y las eventuales multas que puedan disponerse; y, al haberse solicitado éstas para impedir la reiteración de los actos maliciosos, la actividad comercial de los imputados y el funcionamiento de una red delictuosa, se excede la regulación procesal penal y se atenta contra la presunción de inocencia y el debido proceso. En estrados se añadió además, que el juez sólo puede decretar las*

237 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, fallo dictado el 9 de mayo de 2008, Rol N° 469-2008.

medidas contempladas en el título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil, disposiciones que deben interpretarse en forma restrictiva”.

Frente a este argumento, la Corte razonó señalando que *“al remitirse el Código Procesal Penal al Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, quedan comprendidas tanto aquellas medidas contenidas en artículo 290 como en el 300, ambos de este último texto. Y como el 300 admite “las demás que autoricen las leyes”, no queda sino concluir que también abarcan las autorizadas por la Ley de Propiedad Industrial, cuyas normas se han estimado infringidas, sin que tampoco se distinga en su artículo 112 entre asuntos penales o civiles, puesto que emplea la expresión “todos los asuntos”.*

Como se puede observar, la Corte, haciéndose cargo de la argumentación esgrimida por la defensa del imputado, se remite al Código de Procedimiento Civil para sostener que los artículos 290 y 300 admiten cualquier otra medida que autoricen las leyes, como por ejemplo la Ley N° 19.039, siendo perfectamente posible solicitar estas medidas en sede penal. Incluso, es posible constatar que algunas de las medidas que el citado código consagra, como por ejemplo el secuestro, la retención y el nombramiento de uno o más interventores, se encuentran establecidas tanto en el artículo 112 de la Ley N° 19.039 como en el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, y teniendo en cuenta que la última de estas normas resulta plenamente aplicable en sede penal, no se divisan inconvenientes para que las medidas especiales también se puedan utilizar.

Adicionalmente, es posible señalar que si bien las medidas precautorias se asimilan a las medidas cautelares reales contempladas en el Código Procesal Penal, no se circunscriben solamente a ellas, por lo que no tienen las limitaciones que el artículo 157 del citado cuerpo normativo contiene, sino que son más amplias, consagrando finalidades que se ajustan tanto a las medidas cautelares reales como a las medidas de protección.

Otro tribunal que ha acogido la solicitud de estas medidas en sede penal es el Juzgado de Garantía de Iquique, el cual si bien en la resolución que se pudo consultar no entrega mayores fundamentos para sostener su procedencia, resulta interesante hacer una breve referencia a la medida que fue autorizada, esto es, la descrita en la letra d) del artículo 112, ordenando *“... la prohibición de publicitar y promover de cualquier manera sea en el frontis del galpón 2 A, manzana 3 del recinto amurallado de Zona Franca de esta ciudad, en vitrinas, mostrador y repisas, todo lo que diga alusión a la marca registrada Ranco y su logo conformado por tres figuras geométricas”.*²³⁸

238 Juzgado de Garantía de Iquique, fallo dictado el 14 de julio de 2006, en causa RUC N° 0600286647-K, RIT N° 3764-2006.

PUNIBILIDAD Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LAS CONDUCTAS DE PHISHING Y FRAUDE INFORMÁTICO

Verónica Rosenblut Gorodinsky²³⁹

1. Conceptos

Por **phishing** se ha entendido comúnmente el “robo de datos personales”, o más bien, la “obtención fraudulenta de datos”, claves, cuentas bancarias, números de tarjeta de crédito y demás antecedentes, con el objeto de ser posteriormente utilizados en lugar de su titular, ya sea en perjuicio del mismo o de un tercero²⁴⁰.

Esta obtención es en efecto fraudulenta, por cuanto sea cual sea el mecanismo que para ello se utilice (por ejemplo; el envío de correos electrónicos que aparentando provenir de fuentes fiables como entidades bancarias, intentan obtener datos confidenciales del usuario), existe siempre un engaño, consistente en suplantar la imagen corporativa virtual y funcional de una compañía, del sitio web de una empresa o entidad pública existente, haciendo creer al titular de los datos que los está ingresando al sitio oficial al cual pretendía acceder.

Como se verá, existen diversas formas mediante las cuales puede realizarse este “phishing”, desde un simple mensaje a un teléfono móvil, una llamada telefónica, una web que simula una entidad una ventana emergente, entre otras, siendo las más utilizadas y conocidas por los internautas los casos de envío de un correo electrónico en que el correo fraudulento suele conducir al lector hacia sitios web que replican el aspecto de la empresa que está siendo utilizada para robar la información, y aquellos en que el ingreso de la dirección web (URL) conduce directamente al usuario a una página falsa que imita a la oficial y en la que incluso la información legal y otros enlaces no vitales pueden redirigir al confiado usuario a la página web real.

Como característica de esta forma de criminalidad, se ha observado que en general la ventana de oportunidad de los defraudadores es muy breve, ya que una vez que la compañía toma conocimiento de que sus clientes están siendo objeto de este tipo de prácticas, el servidor que aloja al sitio web fraudulento y que presta el servicio de “Hosting” se cierra en el intervalo de unos pocos días. Por lo tanto, es fundamental para el defraudador o *phisher* el conseguir una respuesta inmediata por parte del usuario. En muchos casos, el mejor incentivo es amenazar con una pérdida, ya sea económica o de la propia cuenta

239 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

240 Debe tenerse presente que el concepto de dato personal en este contexto, es empleado de forma meramente coloquial, sin hacer referencia al concepto legal contenido en la Ley N° 19.628 sobre “Protección de la vida privada o protección de datos de carácter personal”.

existente, si no se siguen las instrucciones indicadas en el correo recibido, y que usualmente están relacionadas con nuevas medidas de seguridad recomendadas por la entidad.

Como se dijo, las modalidades de “phishing” son varias, pudiendo distinguirse entre ellas las siguientes²⁴¹:

a) *Man-in-the-middle* (hombre en el medio). En esta técnica, el atacante se sitúa entre el usuario y el sitio web real, actuando a modo de puente o intermediario entre una Intranet y la conexión externa a internet. De esta manera, es capaz de conocer toda la comunicación entre ambos. Sin embargo, para que tenga éxito, debe ser capaz de redirigir al cliente hacia su servidor o *proxy* (*servidor puente*) en vez de hacia el servidor real.

b) Aprovechamiento de vulnerabilidades de tipo *Cross-Site Scripting* en un sitio web. En esta modalidad se simula una página web segura, por ejemplo la de una entidad bancaria, sin que el usuario pueda detectar anomalías en la dirección ni en el certificado de seguridad que aparece en el navegador. La simulación aquí utilizada se logra suplantando visualmente la imagen de una entidad oficial con el objeto de que el usuario facilite sus datos privados. La más empleada es la “imitación” de páginas web de bancos, siendo el parecido casi idéntico pero no oficial. También integran esta clase de “phishing” los sitios web falsos y no imitativos con señuelos llamativos, en los cuales se ofrecen ofertas irreales donde el usuario facilita sus datos personales.

c) Aprovechamiento de vulnerabilidades de Internet Explorer en el cliente. En estos casos, mediante el uso de un programa se falsea la dirección que aparece en el navegador. De esta manera, se puede redirigir el navegador a un sitio fraudulento, mientras que en la barra de direcciones del navegador se muestra la URL del sitio de confianza. Mediante esta técnica, también es posible falsear las ventanas abiertas desde una página web auténtica.

d) Otra técnica más sofisticada es la denominada *Pharming*. Se trata de una táctica fraudulenta que consiste en cambiar los contenidos del **DNS** (*Domain Name Server*, Servidor de Nombres de Dominio) ya sea a través de la configuración del protocolo o dirección IP o del archivo *lmhost*, para redirigir los navegadores a páginas falsas en lugar de las auténticas cuando el usuario accede a las mismas a través de su navegador.

Por **fraude informático**, a su turno, puede entenderse toda manipulación informática que es realizada por el *phisher* o por un tercero mediante el uso de los datos que previamente han sido obtenidos de forma fraudulenta y que irroga perjuicio patrimonial para su titular.

241 Información obtenida de sitios web <www.pandasoftware.es> y <www.wikipedia.org>

2. Posibilidad de sancionar penalmente una conducta de Phishing

A) Posibilidad de configuración de un delito informático de la Ley N° 19.223: según lo señala la doctrina²⁴², los tipos penales contenidos en la Ley N° 19.223 pueden dividirse entre figuras denominadas de “sabotaje informático” y aquellas conocidas como de “espionaje informático”, reconociéndose las primeras en los artículos 1° y 3° de la mencionada ley, y las restantes, en los artículos 2° y 4° de la misma norma.

Las conductas de sabotaje informático pueden identificarse como aquellas que atentan contra la integridad de un sistema automatizado de tratamiento de información o de sus partes componentes, contra su funcionamiento o la integridad de los datos contenidos en él. Por su parte, las conductas de espionaje informático son aquellas que tienen por finalidad la violación de la reserva u obligación de secreto de la información contenida en un sistema de tratamiento de información.

Como modalidades comisivas de las figuras de sabotaje, el artículo 1° de la referida ley admite junto a la destrucción e inutilización maliciosa de un sistema de tratamiento de información aquellas conductas tendientes a impedir, obstaculizar o modificar su funcionamiento, reconociéndose también como conductas constitutivas de sabotaje la alteración, daño o destrucción de los datos contenidos en dicho sistema, tal como establece el artículo 3°.

En cuanto a las modalidades de comisión de las figuras de espionaje informático, la misma ley en sus artículos 2° y 4° admite tanto la interceptación, interferencia o acceso a un sistema de tratamiento de información con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente la información contenida en él como la revelación o difusión de dichos datos.

En este contexto, para los efectos de determinar la eventual punibilidad de una conducta de phishing, resulta crucial atender a la modalidad que en el caso concreto haya sido empleada para realizar la obtención fraudulenta de los datos. Teniendo presente las diferentes formas de phishing más arriba explicadas, puede señalarse de forma más bien genérica que en el caso de aquellos *phishing* cuya modalidad haya implicado por ejemplo la alteración de una página web, ya sea porque se le han introducido ventanas o links por medio de los cuales se pretende captar a la víctima para que erradamente registre allí sus datos, o porque se ha modificado el navegador, de suerte que la víctima sea redireccionada a una dirección URL errónea que corresponde a la de otra página web idéntica a la que se suplanta, dichas conductas podrían ser sancionadas como delito a título de sabotaje informático del artículo 1° de la Ley N° 19.223, en la medida que para lograr la captura fraudulenta de datos se habría modificado o alterado un sistema de tratamiento de información.²⁴³

242 Magliona, Claudio; López, Macarena: *Delincuencia y fraude informático*, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p.119 y ss.

243 En cuanto a lo que debe entenderse por sistema de tratamiento de información, que conjuntamente con los datos contenidos en dicho sistema serían los objetos sobre los cuales

Sin embargo, en aquellos casos en que la modalidad de *phishing* empleada no implique tales modificaciones o alteraciones, o bien no impidan el normal funcionamiento de un sistema de tratamiento de información, como en los casos en que por ejemplo la víctima recibe un correo del *phisher* que simula ser de su banco solicitándole la actualización de sus datos, o bien un mensaje de texto a su teléfono móvil, no resultaría posible perseguir ni sancionar esa obtención fraudulenta de datos mediante un delito informático.

En apoyo de esta conclusión, resulta pertinente recordar que el bien jurídico protegido en los delitos contemplados en la Ley N° 19.223, como se señala expresamente en su Historia, es la *“calidad, pureza e idoneidad de la información en cuanto tal, contenida en un sistema automatizado de tratamiento de la misma y de los productos que de su operación se obtengan”*, sin perjuicio de que algunos autores nacionales discrepen con esta idea²⁴⁴ estimando que estos delitos no afectan la información en sí misma sino que representan una puesta en peligro masiva de bienes jurídicos individuales a partir de la vulneración de los sistemas automatizados de tratamiento de información y el acceso a la información allí contenida.

En nuestra opinión, más allá de referirnos a lo acertado del contenido dado por el legislador al bien jurídico que resulta afectado en estos delitos, lo que sí parece quedar suficientemente claro es que lo que se intenta proteger en estos casos es la integridad del sistema de tratamiento de información en cuanto contenedor de datos y el valor propio de dicho dato, en la medida que el acceso que terceros tengan a dicho sistema y al propio dato, pueda producir una afectación de bienes jurídicos del titular como serían la propiedad y la intimidad o vida privada, entre otros.

Como en este segundo grupo de casos los datos que son obtenidos fraudulentamente por el *phisher* son datos personales, por ejemplo de clientes de bancos, y por tanto, datos que no forman parte del sistema de tratamiento de información o página web a la que se está accediendo, ya que precisamente el titular debe ingresarlos para poder acceder al sitio, en el caso en que efectivamente haya funcionado el *phishing* obteniéndose los datos personales de clientes sin que se

recaen estos delitos, en el proyecto de la Ley N° 19.223 que fue enviado a la Cámara de Diputados, se hablaba de un “sistema automatizado de tratamiento de información”, entendiéndose por éste un *“programa o soporte lógico y sus datos”*. Sin embargo, durante su tramitación, en el primer trámite de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, se suprimió el término “automatizado” ya que se tuvo en vista que *“en la protección de los sistemas de información no tiene sentido discriminar según cuál sea el soporte físico en que ellos residan. De este modo quedan también protegidos los que tengan un carácter manual y estén contenidos en papel, lo mismo que otros que el desarrollo de la tecnología permita en un futuro”*. Según algunos autores, esta nueva concepción implicaría no sólo incluir dentro del concepto de sistema de tratamiento de información y junto al soporte lógico o *software*, al soporte físico o *hardware*, sino que también todo tipo de registros manuales (archivadores, carpetas).

244 Hernández Basualto, Héctor: artículo sobre *“Tratamiento de la criminalidad informática en el derecho penal chileno. Diagnóstico y propuestas”*, diciembre 2001.

haya modificado o alterado el funcionamiento del sitio del Banco afectado, no se habrá afectado la “*calidad, pureza o idoneidad de la información*” contenida en el sistema de tratamiento, por cuanto, insistimos, los datos obtenidos fraudulentamente pertenecen al titular y no forman parte de dicho sistema.

B) Posibilidad de configurar un fraude penal: como se señalé líneas más arriba, las diversas modalidades de *phishing* entrañan siempre y de forma esencial un engaño por el cual se hace incurrir al titular de los datos en la creencia errónea de que se encuentra por ejemplo en un sitio web oficial y seguro, siendo en virtud de dicha convicción que el afectado aporta sus datos personales, mas no a la empresa o entidad a la que corresponde el sitio oficial, sino que al *phisher*. En una segunda fase, lo normal será que este *phisher* u otra persona haga uso de los datos personales fraudulentamente obtenidos ocasionándole generalmente un perjuicio al titular engañado.

Si bien desde esta óptica es posible afirmar que en todo *phishing* podremos encontrar el engaño propio de la estafa y advertir la existencia del error en que a consecuencia de tal engaño incurre el titular aportando sus datos personales, habida consideración de que en la especie efectivamente ha existido un sujeto (persona) engañado y no simplemente una máquina receptora de la maniobra fraudulenta o ardid electrónico, no resulta claro que pueda completarse la estructura típica del delito de estafa que exige la doctrina, afirmando que la entrega de los datos personales satisfaga los elementos de disposición patrimonial y perjuicio.

En primer lugar, puede ocurrir que aquél que obtenga los datos no sea en definitiva quien los use, como ocurriría en el caso de que el *phisher* se dedique simplemente a comerciar con los datos fraudulentamente obtenidos sin llegar a utilizarlos nunca, caso en el que debiera de todas formas analizarse la posibilidad de sancionar su conducta como una forma de participación en el delito posterior, al haber facilitado los medios para su ejecución de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 N°3 del C.P.

En segundo lugar, y más allá de que se produzca o no el perjuicio, lo que eventualmente podría incidir solamente en la fase de ejecución en la que se encuentre el delito, la dificultad de admitir en estos casos la existencia de una disposición patrimonial perjudicial se encuentra dada por la circunstancia de que aquello de lo cual la víctima efectivamente dispone, esto es, el dato personal, por regla general no tiene en sí mismo un valor económico, como ocurre por ejemplo cuando la víctima dispone, es decir, entrega al *phisher* su clave de acceso a sus cuentas y un número de identificación, razón por la cual no existiría forma de determinar el carácter perjudicial de dicha disposición.

3. Posibilidad de sancionar penalmente el fraude informático.

En relación con esta interrogante, comenzaremos señalando que no existe consenso entre nuestros autores a la hora de señalar si se encuentra o no tipificado expresamente en nuestra legislación la figura de fraude informático, en el sentido de si aquella es posible de ser subsumida en alguna de las hipótesis previstas en

la Ley N° 19.223, o si por el contrario, debe ser sancionada a título de estafa regulada en el Código Penal.

Los autores nacionales que estiman que no se encuentra expresamente regulada en nuestra legislación ni es posible sancionar a través de alguna de las hipótesis contempladas en la Ley N° 19.223 “*aquellas conductas de manipulaciones defraudatorias, abusos o interferencias en el funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de datos, realizadas con la intención maliciosa de obtener un provecho, una disposición patrimonial, produciendo un perjuicio económico*”²⁴⁵, se fundan para ello tanto en argumentos de texto como la Historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.223.

Resumiendo brevemente lo que en tal sentido exponen estos autores, podemos decir que como argumento de texto señalan que en ninguna de las figuras tipificadas en la Ley N° 19.223 puede apreciarse la dinámica defraudatoria que suponen las conductas constitutivas de fraude informático, en el entendido que la defraudación informática tiene que tener previamente las notas configuradoras de toda defraudación, debiendo distinguirse así el fraude informático de otros hechos delictivos que no obstante ser realizados por medios informáticos no constituyen defraudaciones, como ocurre con los sabotajes o espionajes informáticos. Como señala una autora española²⁴⁶, “*el aprovechamiento de las características y peculiaridades de los sistemas de procesamiento automatizado de datos no puede mudar la naturaleza del hecho delictivo, y nada será defraudación informática que no sea previamente defraudación*”.

Sin embargo, con mucha mayor fuerza estos autores invocan la Historia de la Ley N° 19.223 como fundamento para sostener la falta de regulación expresa de esta figura, señalando que el proyecto de ley original presentado al Congreso no incluía en ningún artículo la regulación del fraude informático, y que además, tal como se dejó de manifiesto en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, las indicaciones efectuadas al proyecto de ley por el Gobierno de la época fueron todas rechazadas, encontrándose entre ellas aquella que proponía la regulación de la figura de fraude informático mediante la creación de un artículo 486 bis del Código Penal. En consecuencia, si bien el Gobierno quiso regular la figura de fraude informático, esta idea fue eliminada al interior del Congreso.

Otros autores, en cambio²⁴⁷, sostienen que pese a no resultar satisfactoria la subsunción del fraude informático en alguno de los tipos penales de la Ley N° 19.223, lo cierto es que dada la amplitud con que dichos tipos penales se encuentran redactados, en particular el contenido en el artículo 3° de la mencionada ley, aquellos ciertamente permiten sancionar sin problemas las manipulaciones

245 Magliona, Claudio; López, Macarena: op. cit. p. 238.

246 Gutiérrez Frances, María Luz: *Fraude Informático y Estafa*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1999, p. 112-113.

247 Hernández Basualto, Héctor: op. cit.

informáticas que sirven de base a la estafa, extendiendo incluso desmesuradamente el ámbito de punición.

En otras palabras, según estos autores, pese a que no haya sido esa la intención del legislador y que en el artículo 3° de la Ley N° 19.223 no se exija finalidad defraudatoria alguna, como delito de mera actividad permite castigar a título de delito consumado la mera manipulación, aunque de ella no derive perjuicio alguno. El único problema que existiría a la hora de sancionar dicho fraude por la figura del artículo 3° antes mencionado, se encontraría en el caso de defraudaciones efectivamente perjudiciales, ya que la pena aplicable no siempre reflejaría la gravedad del reproche que se expresa en las penas diferenciadas que establece el artículo 468 del C.P.

En consecuencia, para esta parte de la doctrina, el fraude consistente en la manipulación informática que pueda hacer el *phisher* o un tercero mediante el uso de los datos fraudulentamente obtenidos y que irroque perjuicio económico para su titular, puede sancionarse mediante la figura del artículo 3° antes señalado.

Visto lo anterior, el problema de determinar el título al cual puede sancionarse el fraude informático subsiste evidentemente para aquella parte de la doctrina que por las razones señaladas estima que aquél no es susceptible de ser castigado por alguno de los tipos previstos en la Ley N° 19.223, por lo que deberá necesariamente analizarse la posibilidad de reconducir esta hipótesis a alguno de los supuestos de estafa o fraude por engaño que se tipifican en el Código Penal.

Si bien a primera vista frente a un supuesto de fraude informático, como se dijo, siempre podrá apreciarse la existencia de un engaño, nuestra tradición jurídica ha tendido históricamente a descartar en estos casos la existencia de un posible engaño y un consecuente error del sistema informático, en el entendido de que el error es un fenómeno psicológico que sólo puede darse en personas naturales y no en máquinas, de suerte que el “engaño” al sistema no es sino una metáfora sin relevancia legal.²⁴⁸

Lo anterior, como se verá, no ha obstado sin embargo a que nuestros tribunales hayan optado en el último tiempo por sancionar estos casos a título de estafa del artículo 468 del Código Penal, apreciando además en algunos casos la existencia de un concurso material con el delito de espionaje informático tipificado en el artículo 2° de la Ley N° 19.223, al entender que previo a la manipulación informática que causa perjuicio patrimonial y que se ha llevado a cabo al interior de un sistema de tratamiento de información, ha existido un acceso indebido a dicho sistema, que se ha logrado precisamente porque el mismo sujeto o uno distinto, actuando como *phisher*, logró capturar fraudulentamente esos datos.

En relación con el núcleo del injusto del tipo penal de espionaje informático contenido en el artículo 2° antes mencionado, esto es, con el carácter “indebido” del acceso, resulta importante señalar que la historia de la ley contribuye al

248 Hernández Basualto, Héctor: op. cit. p. 17. En el mismo sentido Etcheberry, Garrido Montt y Politoff, Matus, Ramírez.

esclarecimiento de su sentido, al establecer que el término indebidamente significa “sin derecho”²⁴⁹. *“Sin derecho significa que la persona no tiene la posibilidad legal de acceder, sin embargo, lo hace cometiendo abuso. Quien debe determinar eso en última instancia es el magistrado. Obviamente, existen tres situaciones: en el primer caso, el sistema de información al que simplemente el público no tiene acceso, porque es privado y nadie puede tenerlo, salvo el propietario o personas que él autorice; en el segundo, puede haber sistemas de información en los que, para acceder, se cobre una determinada cuota o pago, y pudiera ocurrir que alguien ingresara a ese sistema burlando el pago correspondiente, y, en el tercero, existen sistemas de información que, además, están protegidos por ciertos resguardos de la seguridad nacional, relacionados con sistemas de información de las Fuerzas Armadas o de los aparatos de inteligencia.”*²⁵⁰

4. Tratamiento jurisprudencial del *phishing* y del fraude informático

Debiendo señalarse en primer lugar que a la fecha no existe ningún pronunciamiento de nuestros tribunales por el cual se haya sancionado penalmente la mera captura fraudulenta de datos o *phishing*, refiriéndonos ahora al fraude informático y tal como se adelantó en el apartado anterior, en los últimos años ha surgido una nueva jurisprudencia que adaptándose a la realidad tecnológica ha admitido la posibilidad de considerar configurado un delito de estafa en los casos en que existiendo modificaciones patrimoniales electrónicas que causan perjuicio, es decir, cometiéndose un fraude informático, el receptor o destinatario de la falsedad o engaño vertido por el agente es una máquina o un sistema.

Dentro de estas sentencias podemos citar en primer lugar aquella pronunciada a mediados del mes de agosto de 2005 por el TOP de Copiapó²⁵¹, en la que en un caso en que el imputado habilitó vía sistema telefónico automatizado tarjetas de crédito utilizando los datos del verdadero titular, señaló expresamente lo siguiente: *“Lo dicho anteriormente es plenamente aplicable para la situación que afectó al Banco Citibank, toda vez que, si bien en este caso el ardid se hizo a través de la utilización de un medio tecnológico, como lo es el uso de la banca telefónica, es decir, no hubo un contacto directo entre el agente y el personal que resultó engañado (...) acción que este tribunal, al igual que en el caso anterior, la estima con la fuerza suficiente para satisfacer el elemento engaño exigido por la figura penal en comento”*.

De la misma forma, a comienzos del año 2007, el Juzgado de Garantía de Valparaíso²⁵² condenó a un imputado como autor del delito de estafa del artículo 468 del C.P., en un caso en que aquél habría obtenido loggins de acceso de dos funcionarios de la empresa afectada al sistema computacional de la misma, con los cuales efectuó giros de dinero a nombre de terceras personas. El sentenciador

249 En el proyecto original el tipo del artículo 2° tenía el siguiente tenor en su parte primera: *“El que sin derecho intercepte, interfiera o acceda a un sistema...”*.

250 Boletín Oficial N° 412-07 de la Honorable Cámara de Diputados y Senadores de Chile, Cámara de Diputados, sesión N° 24, en martes 4 de agosto de 1992, p. 1970.

251 Fallo TOP Copiapó de 16 de agosto de 2005.

252 Fallo del Juzgado de Garantía de Valparaíso de fecha 24 de febrero de 2007.

estimó en dicho caso que efectivamente había existido engaño, constituido por la atribución del imputado de identidades de terceros correspondientes a los loggins y por una negociación imaginaria, induciendo a error a la víctima, esto es, a la Empresa Tur Bus, que creyó falsamente que disponía de los fondos para el pago del giro cargado en su sistema. Nótese que en este fallo el tribunal incluso supera la idea de “error psicológico” al considerar que el error ha concurrido en una persona jurídica.

Posteriormente, el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, fallando dos procedimientos abreviados que fueron sometidos a su conocimiento en una misma causa²⁵³, condenó como autores del delito de estafa a cuatro sujetos en un caso en *“que durante fines del año 2006 y principios del 2007 diversos clientes del banco Santander Santiago sufrieron defraudaciones consistentes en que los fondos de sus cuentas corrientes fueron sustraídos mediante el traspaso fraudulento de fondos a otras cuentas, mediante órdenes falsas que se dieron para generar vales vistas a favor de terceros, en un sistema denominado phishing”*. Similar parecer adoptó en el mes de marzo del presente año el Juzgado de Garantía de Collipulli²⁵⁴, al sancionar a título de estafa un caso en que unos sujetos *“procedieron a desviar dineros de diferentes cuentas corrientes, como la perteneciente a la radio carnaval de la V región, a una cuenta a la vista”*, lo que se lograba mediante *“un intercambio de datos de H. con un tercero cuyo nick es Jack y que se encuentra en el extranjero, específicamente en México, con su individualización completa, a través de Internet, obteniendo números de cuentas, identificaciones y contraseñas de aquellas.”*

Como se ve, en todos estos fallos la conducta que resultó sancionada fue únicamente la manipulación informática ocasionadora de perjuicio, y en todos ellos, mediante la figura de estafa del artículo 468, por considerar, tal como lo estableció el fallo del Juzgado de Garantía de Valparaíso, que se trataba de una conducta de *“negociación imaginaria”*, dejándose sin embargo sin sanción la conducta consistente en la utilización fraudulenta previa de los datos, realizada para ingresar al sistema de tratamiento de información.

Recordando lo que han dicho nuestros autores en relación con esta forma de engaño prevista en el artículo 468 del Código Penal, debe señalarse que bajo dicha forma especial de engaño deben entenderse comprendidas cualquier *“transacción o acuerdo de índole comercial de cualquier clase, siempre que no queden comprendidas en la noción de empresa”*, sin perjuicio de que ambas *“no deben existir en la realidad, pues el legislador exige que sean imaginarios, esto es, meros inventos o creaciones, que el agente sabe que carece de base o posibilidad real de materialización”*²⁵⁵.

253 Fallos del 8° Juzgado de Garantía de Santiago pronunciados con fecha 26 y 27 de diciembre en causa RUC N°0700157424-2.

254 Fallo Juzgado de Garantía de Collipulli de 10 de marzo de 2008, causa RUC N°0700368118-6.

255 Garrido Montt, Mario: *“Derecho Penal Tomo IV Parte Especial”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 340.

Siguiendo con la revisión jurisprudencial y a diferencia de los fallos anteriores, pero también en el marco de un procedimiento abreviado, en el mes de marzo de este año, el 8° Juzgado de Garantía de Santiago²⁵⁶ sancionó a título de estafa del artículo 468 y de delito informático del artículo 2° de la Ley N° 19.223, además del delito de usurpación de nombre, el caso de un sujeto “*que ingresó al sitio web del Banco de Chile y utilizando fraudulentamente la clave secreta de doña M.E.S., accedió a su cuenta corriente, la N° XXXXX del Banco de Chile, y efectuó una transferencia de fondos por \$800.000.- desde esa cuenta corriente a la cuenta corriente N° YYYYYYY del Banco de Chile, cuyo titular es don C.G.R. Una vez efectuada la transferencia electrónica de dinero, el acusado se comunicó con el Sr. C.G.R. y le comunicó que la transacción se había efectuado, apersonándose en las dependencias de su empresa a fin de retirar los productos comprados, identificándose como W.V.L., logrando llevarse el Notebook, sin poder retirar el celular que no estaba en stock al momento de la compra*”.

Lo curioso de este fallo, sin embargo, es que el tribunal confunde la conducta de *phishing* con el fraude informático, y este último con la conducta de espionaje del artículo 2° de la Ley N° 19.223, señalando que “*el hecho de la acusación relacionado en las motivaciones que anteceden constituye el delito del estafa calificada por la forma de engaño, previsto y sancionado en el artículo 468 y 467 N° 2 del Código Penal, delito que se encuentra en grado de desarrollo consumado, conforme lo dispone el artículo 7° del Código Penal; del delito de fraude informático, previsto y sancionado en el artículo 2° de la Ley N° 19.223...*”.

Por último, dentro de la jurisprudencia que ha sido posible recopilar en relación con estas nuevas formas de criminalidad, resulta interesante mencionar el primer fallo de juicio oral pronunciado en esta materia por el Tercer TOP de Santiago²⁵⁷ en el mes de abril del presente año, en el que conociendo de los mismos hechos a que se refirieron las sentencias dictadas en procedimiento abreviado por el 8° Juzgado de Garantía, esto es, que “*Durante fines del año 2006 y principios del 2007 diversos clientes del banco Santander Santiago sufrieron defraudaciones consistentes en que fondos de sus cuentas corrientes fueron sustraídos mediante el traspaso fraudulento de los fondos a otras cuentas o mediante órdenes falsas que se dieron para generar vales Vistas a favor de terceros, todo ello a través del mecanismo conocido como *phishing* (sic), esto es que se capturaba la información sobre claves secretas de los clientes del banco a través de correos electrónicos que se les enviaban en que les solicitaban cambiar las claves de accesos a sus cuentas, correos por los cuales se les direccionaba a páginas clonadas del Banco Santander donde los clientes entregaban sus datos y éstos eran de esa manera capturados por los sujetos que en concierto con los imputados y con terceros no individualizados procedían posteriormente a ingresar a sus cuentas corrientes, conocer sus saldos y girar sus fondos.*”; condenó a los imputados por delitos de estafa y espionaje informático.

256 Fallo 8° Juzgado de Garantía de Santiago de 14 de marzo de 2008, en causa RUC N°0700444765-9.

257 Fallo Tercer TOP de Santiago de 25 de abril de 2008, en causa RUC N°0700157424-2.

Para estos efectos, el Tribunal señaló en el considerando decimoquinto de la sentencia, *“Que los hechos así referidos, permiten establecer y configurar los delitos de espionaje informático, que está contemplado en el artículo 2° de la Ley N° 19.223 y de estafas reiteradas contempladas en el artículo 468 en relación con el inciso final del artículo 467 del Código Penal. Lo anterior se desprende de la circunstancia que personas desconocidas pudieron acceder al sistema de tratamiento de información del banco Santander, con el ánimo de apoderarse y de usar indebidamente dicha información; ello se logró a través del envío masivo de mails a clientes y titulares de cuentas corrientes de la entidad financiera, los que contenían una dirección de enlace o link, que a su vez los remitía a páginas falsas, supuestamente del banco, y al ingresar los clientes a las mismas, capturaban sus datos, permitiendo entonces hacer todo tipo de operaciones en sus cuentas, simulando ser ellos. Esto es lo que se conoce como phishing, que es una palabra compuesta por los fonemas ingleses password y fishing, vale decir, se trata de la pesca o captura de las claves”*. Sin perjuicio de que la sentencia describe en este punto de forma acertada la conducta originadora del phishing, como se verá más adelante, aún cuando le atribuye la calidad de primer paso del fraude que más tarde se sancionará, no le asigna autonomía para los efectos de sancionarla de forma independiente como conducta penalmente relevante.

Siguiendo con el desarrollo de su razonamiento, el fallo agrega en el mismo considerando que *“Una vez en posesión las personas de estos datos, se requería la intervención de otras, ligadas a las primeras, que en posesión ya de los datos y antecedentes necesarios, intervenían en cuentas corrientes de las que sabían se podía disponer de sus fondos, procediendo entonces a transferirlos vía Internet a otras cuentas, para luego ordenar, falsamente como si fueran sus titulares, para que se emitieran los vales vistas a nombre de las personas previamente reclutadas y seleccionadas que se encargaban a su vez a cobrarlos, materializando dichos trasposos y obteniendo así el dinero. En este segundo paso en esta cadena de acontecimientos se advierte la presencia de los elementos del delito de estafa, que afecta el patrimonio de las personas, entendido como patrimonio económico, un conjunto de bienes que se encuentran bajo el poder de disposición de una persona, ya que están presentes en estas conductas, el engaño, el error como consecuencia del anterior, la disposición patrimonial y el perjuicio patrimonial; el sujeto pasivo es quien soporta en su patrimonio el perjuicio, pero bien puede ser el sujeto pasivo una persona distinta de la del engañado, y ello se advierte claramente cuando se afecta el patrimonio de una persona jurídica, ya que el engaño es el medio para defraudar a otro o perjudicarlo”*.

Como puede verse, el Tribunal no profundiza mayormente en la naturaleza que debe tener el error ni en las características que debe ostentar el sujeto pasivo o engañado para que pueda estarse en presencia de un delito de estafa, ya que simplemente se avoca a señalar que la víctima del delito es aquél perjudicado patrimonialmente y que en este caso lo sería una persona jurídica, es decir, el Banco. En efecto, en este caso el fallo no supera el concepto de “error-psicológico” y por tanto exclusivo de una persona natural, ya que luego de citar líneas más adelante en el mismo considerando la definición de engaño dada por Alfredo Etcheberry, y de señalar los demás elementos que como consecuencia de aquél se generan en la estafa, concluye que *“todo lo anterior se da también en estos antecedentes, y*

*así, el engaño consistió, primero para los **cuentacorrentistas**, que al recibir un correo y acceder a una página, todo supuestamente proveniente del banco, incurrieron en error, y dejaron al descubierto sus datos y antecedentes personales, de lo cual se aprovecharon los remitentes. Pero se advierte que también el banco resultó engañado, no como la persona jurídica que es, sino a **través de sus personeros o empleados**, toda vez que en posesión de los datos y las claves necesarias, electrónicamente se hacían los traspasos de fondos por sumas cuantiosas, de una a otra cuenta, y casi simultáneamente o con muy poca diferencia en el tiempo, se daban las instrucciones para la emisión de los vales vista a nombre de las personas ya elegidas y seleccionadas para ello, y proporcionando sus datos, haciendo aparecer dichas instrucciones u órdenes, como provenientes de los titulares, y al dar cumplimiento a ello los personeros bancarios, incurrían en error, pues lo verdadero era que dichas instrucciones provenían de las personas que tenían acceso a las fuentes del banco.”(el subrayado es nuestro).*

En consecuencia, de acuerdo a lo sostenido por el Tribunal en este caso, efectivamente habría concurrido un error en personas naturales, debiendo considerarse a su entender para estos efectos, tanto el engaño que previamente sufrieron los cuentacorrentistas a causa del *phishing* del cual fueron objeto como el padecido por los empleados del banco quienes en la creencia de que eran los titulares de las cuentas quienes se encontraban operándolas, accedieron a emitir los vales vistas que fueron ordenados como consecuencia de los giros que figuraban efectuándose con cargo a las cuentas.

Sin perjuicio de que aún siendo dudoso pueda buenamente sostenerse que el contacto directo entre el engaño y el receptor del mismo se haya dado en este caso entre el uso de las claves por parte de los imputados y los empleados del Banco, quienes como operadores del sistema habrían sido quienes en definitiva resultaron engañados, nos parece que el considerar como parte del engaño típico de la estafa aquél que previamente sufre el titular de los datos que es objeto del *phishing*, excede con creces los límites temporales dentro de los cuales se desarrolla el delito de estafa que pretende configurarse en los supuestos de delitos informáticos, en la medida que en estos casos el hecho que daría principio a la ejecución sería el uso indebido de los datos fraudulentamente obtenidos y no la captura fraudulenta de los mismos.

En efecto, si se admitiera el razonamiento empleado por el fallo, esto es, que el engaño de que es objeto quien es víctima de un *phishing* ya es típico desde el punto de vista de la estafa, todos los casos en que se verificara un *phishing* aún cuando nunca se diera un uso posterior a los datos, o utilizándose los mismos, fueran empleados de cualquier otra forma que no implicara la realización de una modificación patrimonial perjudicial, deberían sancionarse a título de tentativa de estafa, planteamiento que por cierto atentaría gravemente contra los principios de lesividad y fragmentariedad del derecho penal.

En relación con la configuración del delito de espionaje informático y su relación con la posterior estafa, la sentencia señala también en el considerando decimoquinto que dicho delito *“es sancionado por la sola circunstancia de interceptar, interferir, acceder a la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, teniendo el ánimo de apoderarse, usarlo o conocerlo indebidamente. Pero los autores de*

tal conducta, avanzaron todavía más, ya que en reiteradas oportunidades, y a través del engaño ya definido y explicado anteriormente, llevaron a error a distintas personas, produciéndose la disposición patrimonial y consiguiente perjuicio ya referidos”.

Por último, en el considerando decimosexto del fallo, en relación a la situación concursal que cabe apreciar entre ambos delitos, el Tribunal señala *“Que por otra parte, se ha considerado que el delito de espionaje informático es un medio para cometer las estafas reiteradas, por cuanto no podría haber existido engaño alguno de no haber sido porque ya se había accedido a la información del banco, ya los hechores estaban en posesión de las claves mediante las cuales podían efectuar en la cuentas corrientes cualquier tipo de operación, y eso fue lo que efectivamente hicieron, en reiteradas ocasiones, valiéndose de lo anterior, y como medio necesario, se dieron a la tarea de realizar diversas acciones que lograron crear una falsa representación de la realidad –engaño, y por tanto, el consiguiente error”*, entendiendo en definitiva que existiría un concurso medial entre ambos delitos, cosa que parece acertada.

BREVE COMENTARIO ACERCA DEL FALLO PRONUNCIADO POR EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LA SERENA CON FECHA 8 DE AGOSTO DE 2007, CONDENANDO POR EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA DE COTIZACIONES PREVISIONALES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 19 DEL D.L. N° 3.500

Verónica Rosenblut Gorodinsky²⁵⁸

Comentario

I. Hechos

Tal como se relata en el primer apartado de la sentencia de fecha 8 de agosto de 2007, desde el mes de septiembre del año 2000 y hasta diciembre del año 2002, los acusados, en su calidad de representantes legales de la empresa Frigorífico Dal Nord Ltda., RUT N° 79.704.110-6, se apropiaron o distrajeron el dinero proveniente de las cotizaciones previsionales de 121 trabajadores de la empresa, dineros que fueron descontados de sus remuneraciones, declaradas ante la respectiva administradora de fondos de pensión o Instituto de Normalización Provisional, sin ser enterados o pagados en los señalados organismos previsionales, por una suma total y no inferior a \$271.297.293, y sin que las hubieran depositado en las cuentas individuales de cotización previsional de cada trabajador.

Tras ser iniciada la correspondiente investigación por la Fiscalía Local de Coquimbo, la que concluyó con la presentación de una acusación en contra de los representantes legales de la mencionada empresa como autores del delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales del artículo 19 inciso final del D. L. N° 3.500, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena dictó sentencia condenatoria en su contra, decisión que fue ratificada por la I. Corte de Apelaciones de esa ciudad, rechazando el recurso de nulidad que le fuera remitido por la Excma. Corte Suprema al declararse la inadmisibilidad de una de las causales por la cual el mismo había sido presentado. En contra del fallo pronunciado por la referida Corte de Apelaciones, la defensa recurrió de queja, recurso que fue declarado inadmisibile por extemporáneo, quedando finalmente firme y ejecutoriado el fallo del Tribunal de Juicio Oral.

258 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

II. Principales razonamientos expuestos en el fallo del Tribunal oral

1. En cuanto al tipo penal.

En base a los hechos contenidos en la acusación y a la prueba rendida en juicio, el tribunal estimó configurado un delito continuado de apropiación indebida de cotizaciones previsionales previsto en el artículo 19 inciso final del Decreto Ley N° 3500 de 1980 y castigado en el artículo 467 inciso final del Código Penal, teniendo presente para ello el valor de la UTM vigente al momento de comisión del ilícito (\$27.600 a diciembre de 2002) y el total de los fondos apropiados, que alcanzó a los \$56.553.718, dado que sólo pudo acreditarse este delito respecto de las 31 víctimas que declararon en el juicio.

Para arribar a esta conclusión, el tribunal, en el considerando cuarto de la sentencia, razonó de la siguiente manera:

a) La calidad de *empleador* que el tipo penal exige al sujeto activo se habría tenido por suficientemente acreditada no sólo con los propios dichos de la defensa de los acusados -que lejos de negar la representación legal que estos detentaban de la empresa Frigorífico Dal Nord Limitada, la invocó en cambio precisamente como una calidad insuficiente por sí misma para legitimar una atribución de tipo penal - sino que además, con la copia de la escritura pública de modificación de esta sociedad, de fecha 31 de agosto de 1993, en la que se señala expresamente que la representación legal de Dal Nord Limitada correspondía en forma exclusiva, conjunta, separada e indistinta a ambos imputados, lo que se habría corroborado también con oficios emanados de las AFP que informaron como representante a los imputados y además con los dichos de varios de los testigos que en calidad de víctimas depusieron en la audiencia, que sindicaron a uno u otro acusado o a ambos, como quienes los contrataron y con quienes estuvieron negociando permanentemente hasta antes del cierre de la empresa, lo que también reiteró la Directora del Trabajo señora María Cecilia Gómez Bahamondes.

b) De esta forma, no pudiendo discutirse la representación legal de los acusados de la empresa Frigorífico Dal Nord Limitada, el tribunal estimó que tampoco cabía discutir su condición de **obligados a declarar y retener de los sueldos que pagaban a sus trabajadores, las cotizaciones de seguridad social**, para su posterior integro en los organismos previsionales encargados de su administración, sea que acometieran tal encargo legal por sí mismos o actuando a través de algún mandatario o encargado.

A este respecto se señala en el fallo que el encargo que recibe el empleador se basa en una relación legal de derecho laboral que proviene de un contrato de trabajo y que tiene por fuente última un vínculo de confianza entre empleador y trabajador justificante del mandato legal de entregar al primero tal cometido, por lo que la detentación material que hace éste de los dineros previsionales del trabajador, es de carácter fiduciario, cumpliéndose así otro de los elementos típicos de la apropiación indebida y por ende también del tipo penal del D. L. N° 3500, como una especie de aquélla.

c) Por otra parte, el fallo señala que también habría resultado acreditada la distracción y en definitiva la apropiación efectuada por los imputados que **recayó sobre aquella parte de la remuneración de los trabajadores destinada a cotizaciones previsionales**, según se habría explicitado claramente con el informe perito-contable practicado en base a las planillas de cotizaciones de los institutos de previsión a los que se encontraban afiliados los trabajadores de Dal Nord Limitada, al certificado de deuda, a los informes de fiscalización de la Inspección del Trabajo aparejados al juicio, y a los dichos de cada uno de los testigos-víctimas que depusieron en él, que en forma conteste afirmaron el no pago de sus cotizaciones por parte de su empleador, por uno o varios meses entre diciembre de 2000 y diciembre de 2002. En base a los mismos antecedentes se habría acreditado el monto de las cotizaciones y los períodos en que fueron descontadas y no enteradas en las entidades previsionales respecto de cada uno de los trabajadores que declararon en juicio.

d) Respecto de **la conducta de los agentes**, cual es la *apropiación o distracción* de los fondos previsionales en perjuicio del trabajador o de sus derechohabientes, el tribunal estimó que no obstante requerirse en toda figura de apropiación la concurrencia de un elemento material, el apoderamiento, y uno psicológico, el ánimo de señor y dueño, y teniendo presente que tal como lo han señalado algunos autores nacionales a propósito del delito de apropiación indebida del Código Penal “*el simple retardo en la devolución de la cosa, reconociendo dominio ajeno, no constituye apropiación y por lo tanto es impune*”, en la especie los acusados habrían realizado conductas de *distracción*, desde que no les dieron a los dineros retenidos la aplicación legal a que estaban obligados, esto es, la de enterarlos en los fondos individuales de previsión de los trabajadores, reconociendo además su *ajenidad*, en la medida que se trataba de dineros declarados para dichos fines de previsión, registrándolos como pasivo en los ejercicios contables de la empresa.

Posteriormente, entre los meses de diciembre de 2002 y enero de 2003, el tribunal consideró que los acusados habrían procedido a la *apropiación (disposición)* definitiva de los fondos previsionales, puesto que la decisión de la empleadora de cerrar la empresa absteniéndose de finiquitar los contratos de los trabajadores, habría constituido una inequívoca manifestación de voluntad en orden a no devolver los fondos distraídos, en la medida que tratándose de especies fungibles (el dinero), el ánimo de apropiación no es objeto de reproche sino hasta el momento en que efectivamente se transforma en un *acto de disposición* o en un *acto de voluntad* o manifestación de *animus rem sibi habendi*, esto es, cuando el agente inequívocamente encamina su accionar a no devolver o enterar similar cantidad de dinero a la que se le entregó o retuvo por mandato legal.

e) Por último, en cuanto al **perjuicio** exigido por el tipo, el fallo señala que al igual que en la figura del artículo 470 N° 1 del Código Penal, dicho elemento operaría “limitando el ámbito de lo ilícito penalmente, como una *condición objetiva de punibilidad*”, lo que en otras palabras significa que el dolo del agente no lo comprendería, configurándose el ilícito desde que objetivamente se produce dicho perjuicio, el que debe necesariamente tener un contenido patrimonial (una disminución de la remuneración del trabajador que no aumenta por equivalencia sus fondos previsionales, sino que aprovecha a un patrimonio ajeno).

En base a ello, el tribunal estimó que el delito en análisis no se consumaba con la mera apropiación o la distracción, sino desde que, con posterioridad al apoderamiento, el agente deja definitivamente de ingresar los fondos al organismo encargado legalmente de su administración, lo que en otras palabras viene a significar que el momento de la restitución es el que determina también el perjuicio y la consumación del delito, para el caso que aquélla no se produzca. Con todo, concluye el sentenciador, dado que tal momento no ha sido fijado en la fuente de esta obligación impuesta al empleador, que es la ley (la que en cambio, sí lo hizo tratándose de la obligación de declaración de los fondos en los institutos de previsión), deberá estarse al análisis de los hechos, análisis que en la especie llevaría a fijarlo en el mes de diciembre de 2002, cuando, según lo sostuviera la Directora del Trabajo, quien declaró en calidad de testigo en el juicio, se tuvo la última conversación con los representantes de la empleadora para el pago de la deuda previsional acumulada, a la que siguió luego el cierre de la empresa y el autodespido de los trabajadores.

2. En cuanto a la naturaleza del delito.

En su considerando quinto, la sentencia señala que los hechos materia de la acusación constituyen un *delito continuado* de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, y que además escapan al régimen concursal común atendida la evidente indeterminación probatoria relativa a cada una de las ocasiones en que aquellos pudieron haberse verificado, así como del detalle de los actos que en cada caso los fueron integrando.

Esa falencia probatoria derivaría de la natural imposibilidad de pesquisar acotadamente cada una de las realizaciones típicas en razón de la naturaleza de este tipo de ilícitos, condiciones a las que cabría agregar los demás requisitos que la jurisprudencia y doctrina nacionales unánimemente han aceptado para estimar que se está ante un delito continuado, a saber: *“la unidad de autor; la identidad del tipo penal realizado en diversas ocasiones (un solo derecho violado); que esas realizaciones tengan lugar en un lapso prolongado de tiempo, y la unidad de propósito en el agente”*, todos los que en este caso habrían concurrido.

3. En cuanto a la participación de los acusados.

En su considerando sexto, la sentencia señala que, en base a las pruebas rendidas en juicio y recogidas en el mismo libelo, se habría arribado a la convicción de que en los hechos le habría cabido a los acusados una participación a título de coautores, dado que a lo menos se habría evidenciado el conocimiento que aquellos tenían de la circunstancia de no haberse enterado el dinero correspondiente a las cotizaciones previsionales, realizando además actos que inequívocamente permitieron suponer la consumación de la apropiación que hicieron de tales fondos, como aprobar los ejercicios contables anuales de la empresa en que se contabilizaron como pasivos los montos adeudados por las cotizaciones y realizar diversas negociaciones con los trabajadores y ante la autoridad fiscalizadora, asumiendo compromisos frente a ellas y ante otras autoridades para pagar las cotizaciones adeudadas, cosa que nunca hicieron, debiendo en consecuencia

entenderse que tomaron parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

En base a lo razonado, el fallo agrega que debían desestimarse los argumentos esgrimidos por la defensa en el sentido de que la acusación adolecía de indeterminación en relación con las conductas imputadas, por cuanto a juicio del sentenciador la conducta sí se habría determinado y acreditado suficientemente como realizadora del tipo penal, siendo de suyo obvio, por la gran cantidad de hechos así como por los montos y períodos involucrados, que dicha determinación se debía completar con el análisis de la prueba de cargo ofrecida en la audiencia de preparación del juicio oral en sede de garantía y a la que tuvo acceso la defensa. En este sentido agrega la sentencia que un detalle completo de la descripción de las conductas de los acusados obligaría en este tipo de delitos a acusaciones in extensas, de considerables dimensiones y por lo mismo también de poca inteligibilidad, lo que tampoco puede corresponder a un afán perseguido por el legislador para considerar debidamente trabada la litis procesal penal en estos casos.

Acerca del argumento de la defensa tendiente a resaltar la insuficiencia de la representación legal como justificante de un reproche penal, los sentenciadores se manifestaron completamente de acuerdo, pero aclararon que en el caso en análisis, la prueba rendida en lo relativo a la serie de actuaciones llevadas a cabo por los acusados, en conjunto con representantes de los trabajadores y ante autoridades de la zona, no habría dejado dudas acerca del conocimiento que aquellos siempre tuvieron de la distracción de los fondos, sino que además dicha distracción era fruto de su actividad, por sí o a través de encargados de confianza, siendo tal circunstancia y no la representación legal en cuanto tal, el fundamento de la atribución que se les efectuaba en la acusación y que también fue recogido por la sentencia.

4. En cuanto a la incompetencia del tribunal.

En su considerando séptimo el fallo señala que si bien los hechos en que se fundó la acusación se iniciaron con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, y no obstante que resulta discutible aceptar que el Fiscal pudiera recién en su alegato de apertura circunscribirlos a una época en que el tribunal resultaba competente, fue de su parecer que pudiéndose castigar tales hechos en la forma de un delito continuado, y correspondiendo tal nomenclatura a una entelequia que la doctrina y jurisprudencia han elaborado para comprender determinados hechos que en forma aislada pudieran constituir diversos ilícitos, pero que por razones de falta de determinación probatoria de las conductas en cuanto a las épocas de inicio y de término, a razones de proporcionalidad en el castigo de variadas conductas que se repiten en el tiempo afectando de similar manera un mismo bien jurídico, a la indeterminación precisa de fechas, etc., sólo reunidos en un único hecho se hace posible su persecución penal, se debe concluir, entonces, que también puede quedar entregada al juzgador la determinación y por ende su persecución, a contar de una época en que su castigo es posible, de acuerdo a la competencia de dicho tribunal, que es lo que estos sentenciadores

precisamente habrían hecho, al momento de acotar su competencia a los hechos a contar del 16 de diciembre de 2000.

El tribunal estima que al procederse de esta forma no se ha afectado ningún principio de ejecución, sino que sólo se han dejado de considerar hechos que pudiendo constituir un ilícito separado y haberse unido para efectos del delito continuado en un único hecho, correspondía excluirlos por carecer de competencia el tribunal para entrar a su juzgamiento.

5. En cuanto a la falta de individualización de las víctimas.

En cuanto a la alegación formulada por la defensa, en orden a que la falta de determinación de las víctimas en la acusación resultaba imposible de ser suplida si no se conocía la querella a la que aquella se remitía, afectándose así el derecho a defensa, también en el considerando séptimo el tribunal señaló que si bien podía compartirse que la fórmula empleada por el acusador para referirse a la persona de las víctimas del delito haciendo referencia a las personas individualizadas en una querella no era la más apropiada, no era menos cierto que en un momento procesal determinado dicha actuación sí habría formado parte del procedimiento incoado en contra de los acusados, lo que habría venido a legitimar cualquier referencia hecha por el acusador público para completar la exposición de los hechos de su acusación, instante aquél en que también la defensa de los acusados debió tomar suficiente conocimiento de los datos de tales personas y, en consecuencia, de los períodos de cotizaciones involucrados, por lo que resultaría exagerado alegar indefensión por desconocimiento del exacto contenido de los hechos que se contuvieron en la acusación, y que habrían sido abundantemente concretados con la prueba documental y pericial rendida en el juicio.

Según el sentenciador, en la acusación que motivó estos antecedentes, “*aunque en forma esmirriada*”, el acusador sí habría alcanzado a establecer suficientemente los términos y límites de su actividad persecutora, de modo de permitir a su contendora una debida defensa, desde que junto con establecer una época de ocurrencia de los hechos, señaló en qué consistieron de acuerdo a la figura típica propuesta, e hizo referencia a las víctimas, invocando un acto procesal que en ese momento tenía existencia real en el proceso (la querella), lo que debe estimarse como antecedente suficiente para que los acusados plantearan eficientemente su defensa en el juicio.

III. Comentarios

El fallo pronunciado por el Tribunal de Juicio Oral de La Serena constituye la primera sentencia condenatoria por delito de apropiación indebida de cotizaciones provisionales que se dicta en reforma por un Tribunal Oral, hecho que resulta indiscutiblemente relevante si se piensa que con ello se han venido a superar una serie de dificultades que en general plantea la investigación y juzgamiento de este delito, como la determinación del sujeto activo y la imputación de responsabilidad, la determinación de los montos apropiados y de los períodos

involucrados o la consideración del momento o actuación que conllevará su consumación, entre otros.

En cuanto al contenido de este fallo, si bien se coincide plenamente con lo señalado en su parte resolutive, en el sentido de que mediante las pruebas rendidas durante el juicio pudo acreditarse plenamente la comisión por parte de los imputados del delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, es necesario hacer presente que varios de los razonamientos utilizados por el tribunal para los efectos de arribar a tal convicción, principalmente en lo relativo a la fuente de la obligación del empleador de enterar las cotizaciones previsionales; al momento consumativo del delito; a la naturaleza del elemento perjuicio, y a la naturaleza del delito perpetrado, se alejan de las posturas que frente a este delito, y en general, frente a las figuras de fraude, han sido sostenidas por este Ministerio Público²⁵⁹.

1. Fuente de la obligación de descontar y enterar las cotizaciones previsionales.

Tal como se señaló en el apartado anterior, la sentencia señala en su considerando cuarto, al referirse a la conducta típica, que la fuente de la obligación que asiste al empleador de declarar, retener y enterar las cotizaciones previsionales, cuyo incumplimiento, conjuntamente con la apropiación, conforman la conducta exigida por el tipo, se encontraría en *“una relación legal de derecho laboral que proviene de un contrato de trabajo y que tiene por fuente última un vínculo de confianza entre empleador y trabajador, justificante del mandato legal de entregar al primero tal cometido, por lo que la detentación material que hace éste de los dineros previsionales del trabajador, es de carácter fiduciario, cumpliéndose otro de los elementos típicos de la apropiación indebida y por ende también del tipo penal del D. L. N° 3.500, como una especie de aquella”*.

A diferencia de lo expresado en el fallo, este Ministerio Público ha sostenido que el título del cual emana la obligación cuyo incumplimiento en conjunto con las demás exigencias típicas da lugar al delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales sería la propia ley y no el contrato de trabajo, diferencia que no resulta superflua en la medida en que con la interpretación sostenida en el fallo pudiera llegarse al absurdo que mediante el acto contractual las partes pudieran acordar relevar al empleador de la obligación de declarar, retener y enterar los dineros correspondientes a las cotizaciones previsionales, convención que fuera de ilegal no tendría la virtud de producir efecto jurídico alguno, precisamente porque es la ley la que constituye la fuente de dicha obligación y no el contrato de trabajo.

259 Ver Oficio FN N°1115-2006 sobre el delito de Apropiación Indebida de Cotizaciones previsionales y su Investigación.

2. Momento de consumación del delito.

En cuanto al momento en que debe entenderse consumado el delito, si bien la sentencia señala en un principio, de forma acertada, que el delito debe entenderse consumado con posterioridad al apoderamiento, esto es, cuando el agente deja definitivamente de ingresar los fondos al organismo encargado legalmente de su administración, concluye luego de forma errada, que *“dado que tal momento no ha sido fijado en la fuente de esta obligación impuesta al empleador, que es la ley (la que en cambio, sí lo hizo tratándose de la obligación de declaración de los fondos en los institutos de previsión), deberá estarse al análisis de los hechos, análisis que en la especie lleva a fijarlo en el mes de diciembre de 2002, cuando según lo sostuviera la Directora del Trabajo, quien declaró en calidad de testigo en el juicio, se tuvo la última conversación con los representantes de la empleadora para el pago de la deuda previsional acumulada, a la que siguió luego el cierre de la empresa y el autodespido de los trabajadores”*.

Fuera de resultar contradictorio que a propósito de este tema la sentencia declare ahora que la fuente de la obligación que asiste al empleador sería la ley, el tribunal asocia erróneamente, a nuestro juicio, la consumación del delito con una especie de negativa a restituir, justificando tal conclusión al señalar que no existiría un plazo legal que permitiera determinar cuándo se ha producido la apropiación que realiza el tipo penal.

Sobre esta materia, este Ministerio Público ha señalado que el momento consumativo del delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales debe ser situado al proceder el empleador a descontar las cotizaciones de la remuneración de sus trabajadores sin enterarlas dentro del plazo legal en la institución previsional correspondiente, apropiándose de ellas o distrayéndolas, y sin que sea necesario esperar a que se verifique la negativa de entrega o restitución por parte del empleador, al igual que ocurriría en el caso del delito de apropiación indebida común previsto en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, cuando se ha señalado un plazo o época para la entrega o restitución.

3. Naturaleza del elemento perjuicio.

En relación con este punto, la idea expuesta por el fallo implica un grave retroceso a lo que ha venido sosteniendo modernamente la jurisprudencia en materia de fraudes, en el sentido de que mientras la sentencia considera al elemento perjuicio como *“una condición objetiva de punibilidad”*, la tendencia jurisprudencial y doctrinal más reciente, al igual que la postura defendida por este Ministerio Público, ha sido considerar que dicho perjuicio constituye uno más de los elementos del tipo penal y que en esa medida, si bien su concurrencia se requiere para la consumación del delito, la falta del mismo no impedirá sancionar la figura en sus fases imperfectas de ejecución.

4. Calificación del ilícito como delito continuado.

Por último, en lo que dice relación con el carácter de delito continuado que le atribuye la sentencia a la figura en análisis, el fallo nuevamente en este punto

se aleja de la visión sostenida por este Ministerio Público, en la medida en que se estima que en los casos en que las apropiaciones indebidas se suceden mes a mes respecto de un mismo trabajador, debe considerarse la existencia de una reiteración de delitos, en desmedro de la posibilidad de hablar de un delito continuado.

En consecuencia, siendo el delito en análisis una especie dentro del género de las apropiaciones debidas, debe sostenerse a su respecto el mismo criterio, particularmente si se considera que en el evento de estimar que nos encontraríamos aquí frente a un único delito, ello llevaría a que al empleador, luego de apropiarse una vez de las cotizaciones de sus trabajadores, no sufriera ninguna consecuencia penal por las apropiaciones posteriores, en la medida que no superase los umbrales de pena que hagan aplicable un marco penal superior, conforme al artículo 467 del Código Penal.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LA SERENA.

La Serena, ocho de agosto de dos mil siete.

Vistos:

Ante la Tercera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de La Serena, constituida por los jueces Jaime Vicente Meza Sáez, quien la presidió, Jorge Pizarro Astudillo y Juan Carlos Espinosa Rojas, entre los días 30 de julio y 3 de agosto del actual, se llevó a efecto el juicio RUC 0300075420-9, destinado a conocer la acusación que el Ministerio Público, representado en el juicio por el fiscal adjunto de Coquimbo, don Sergio Vásquez Díaz, domiciliado en calle Melgarejo 847, de esa ciudad, dedujo en contra de **Osciel Lautaro Velásquez Leyton**, natural de Coquimbo, casado, jubilado, nacido el 21 de marzo de 1932, cédula nacional de identidad N°2.099.359-6, domiciliado en calle Los Granados N° 70, Coquimbo, y de **Claudio Fernando Velásquez Hernández**, natural de La Serena, nacido el 18 de junio de 1963,

casado, contador, cédula nacional de identidad N° 9.135.309-1, domiciliado en Avenida Costanera 890, Coquimbo, como **autores del delito de apropiación indebida de cotizaciones provisionales**, previsto y sancionado en el artículo 19 del DL 3500 en relación con el artículo 467 inciso final del Código Penal, en grado de consumado.

El acusado estuvo representado por el defensor particular abogado señor José Ilabaca Sáez, con domicilio en calle Pedro Pablo Muñoz 420, oficina 10, La Serena.

Según se expresa en el auto de apertura, el Ministerio Público funda su acusación en los siguientes hechos: “Desde el mes de septiembre del año 2000 y hasta diciembre del año 2002, los acusados, en su calidad de representantes legales de la empresa Frigorífico Dal Nord Ltda., RUT N° 79.704.110-6, se apropiaron o distrajeron el dinero proveniente de las cotizaciones provisionales de 121 trabajadores de la empresa Frigorífico Dal Nord Ltda., (individualizados en la querella), dineros que fueron descontados de sus remuneraciones, declarados ante la respectiva administradora de fondos de pensión, A.F.P. Plan Vital,

A.F.P. Magíster, Cuprum, A.F.P. BBVA-Provida, A.F.P. Bansander y A.F.P. ING-Santa María, como también en el Instituto de Normalización Previsional (I.N.P.), pero que no fueron enterados o pagados en los señalados organismos provisionales, por una suma total y no inferior a \$271.297.293, sin que a la fecha los hayan depositado en las cuentas individuales de cotización previsional de cada trabajador”.

Calificó la fiscalía dichos hechos en la forma ya señalada, estimó que favorecía a los acusados la atenuante de la irreprochable conducta anterior y previas citas legales, terminó pidiendo se los castigara a cada uno a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales de inhabilitación absoluta para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y a pagar una multa de UTM 25, con costas.

En su alegato de apertura el Ministerio Público confirmó la acusación, aunque precisó que los hechos se deben entender desde diciembre de 2000 en razón de la competencia del tribunal, haciendo presente que los incumplimientos laborales de los acusados vienen de fechas anteriores. Señaló que si bien por razones de economía en su oportunidad se hizo referencia a las víctimas invocando la individualización que de éstas se hizo en la querella presentada, ahora procedería a consignar la nómina de las 121 personas, a fin de poder cuantificar el perjuicio irrogado a cada una de ellas con la revisión de las nóminas que en su momento tuvieron a la vista los entes fiscalizadores de la Dirección del Trabajo, a saber : Ruth Narváez Pizarro, Deyse Arancibia García, Nevenka Alvarado Fuente,

Mónica Cofré Codoceo, Cecilia de Lourdes Villarroel Videla, Herminia Manterota Fajardo, María Andrea Acosta Macrín, María Rojas González, Filomena Olivares Olivares, Berta Cuello Villalobos, Nancy Hidalgo Vergara, Teresita Araya Castillo, Uberlinda González Marín, Lilian Gahona Castillo, Marta Cortés Araya, Lidia Vega Vega, Lidia Pastén Santes, Sandra Núñez Madrid, Juana Alfaro Contreras, Paola Fernández Parra, Rosa Arancibia Flores, Margarita Santelices Castañeda, Margarita Chirino Vega, Eduvina Pastén Pastén, Gladys Rosario Collao, Vilma Letelier Vallejos, Gabriela Rivera Pizarro, Soledad Vega Rivera, Yasna Torrecilla Araya, Roberto Villalobos Vera, Rosa Vega Robles, Claudia González Brant, Norma Morales Morales, Hernán Ortiz Villalobos, Clotilde Bugueño Moya, Pabla Castillo, Quisi Aguirre González, Sandra Donoso Malebrán, Judy Muñoz Cortés, Francis Flores Valdivia, Olga Carolina Tabilo Marín, Gladis Leyton Sola, Jacqueline Martínez Olivares, Cándida del Carmen Godoy, Sofía Alberta Sánchez Lobos, Laura Garcés Olivares, Cristina Montenegro Galleguillos, Margarita Milla Vega, Alicia Araya Piñones, Mirta Jara Farias, Elizabeth Maribel Arraigada Calderón, Eliana Véliz Véliz, Carmen González Marín, Irene Castillo Muñoz, Yolanda Ogalde Morales, Rosa García Morales, Julia García García, Margarita del Tránsito León Hicks, Rosa Rojas Espinoza, Juana Apablaza Portilla, Marlene Rosario Muñoz Ossandón, Fabiola Cortés Araya, Iris Avalos Yáñez, Claudia Aracena González, Myriam Inostroza Guzmán, Mirna Campusano Días, Rosa García García, Miriam del Rosario Vega Alamos, Rosa Muñoz Rojas, María Pontivo

Villavicencio, Teresa Campusano Días, Raquel de la Cruz Araya Rojas, Myriam Luz Araya Guardia, Cecilia Barraza Munizaga, Ernesto Araya Alucema, Sara Herrera Díaz, Nancy del Carmen Castillo Barraza, Paola Alejandra Alvarado Briceño, Aura Contuliano Monardes, María Vera Olivares, Ana María Codoceo Toro, Vilma Irrázabal Aguirre, Lucía Pérez Geraldo, Juana Cerda García, Eliana Guerrero Guerra, Iris Reinoso Opazo, Mariza Ramona Ramos Soto, María Inés Pichintini Meza, Francisco del Rosario Aguilera Alvarado, Cristian Andrés Cortés Guerra, Christian Corrotea Alfaro, Erick Acosta Castillo, Verónica Guerra González, Claudio Meriño Godoy, Guillermo Osvaldo Olivares Díaz, Claudio Velásquez Yáñez, Jeannette del Carmen Codoceo Castillo, Silvia Arraigada Vega, Yanet Vega Vega, María Villanueva Mardones, Miriam Vargas Pizarro, Pedro Campos Pizarro, Irma Rivera García, Eduvina Portilla Espinosa, Cecilia del Rosario Olguín Orellana, Selene Pastén Concha, Manuela Francisca Yáñez Yáñez, Daisy Allendes Aracena, Verónica Flores Barraza, Elizabeth Márquez Reyes, Beatriz Vera Olivares, Viveca del Carmen Arqueros Carmona, Gustavo Hidalgo Marambio, Atilano Luis Araya Peña, Christian Guillermo Salinas Chirino, Luis Arya Díaz, Patricia Lazcano Barraza, Eliana del Carmen Chirino Barraza, Wilson Valenzuela Zamora, Marisol del Rosario Rojas Milla y Norma Aguirre Santander. Agregó que todas estas personas fueron víctimas, a partir de diciembre de 2000, de que los representantes de su empleador —Frigorífico Dal Nord Limitada—, no cumplieran su obligación legal de enterar respectivamente las cotizaciones previsionales que habían

descontado de sus remuneraciones. Finalmente hizo referencia a que el bien jurídico protegido en el delito del artículo 19 del DL 3.500, era el orden público económico, según una sentencia que citó del Tribunal Constitucional, de fecha 24 de abril de 2007, e instó por una sentencia condenatoria. En la clausura, luego de analizar la prueba rendida y haciéndose cargo de los planteamientos de la defensa, insistiría en tal solicitud de condena.

La defensa de los encartados, en tanto, solicitó la absolución de los cargos formulados, en razón de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, afirmó que nos encontramos con un vicio insubsanable de nulidad, cuál es, que la acusación no contiene una relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos, ni a su calificación jurídica, ni tampoco señala cuáles son los trabajadores supuestamente afectados con las conductas que se imputan, según lo exige el artículo 259 letra b) del Código Procesal Penal, lo que no puede ser subsanado con la sola mención que de ellos se hizo en el alegato de apertura por el Sr. Fiscal, conforme que éstos no fueron mencionados en el escrito de la acusación, circunstancia ésta que afecta sustancialmente el derecho de defensa, al no conocer los hechos de la acusación, atento que al no saber de qué trabajadores estamos hablando, no es posible saber a qué remuneraciones y períodos corresponden los hechos y, por tanto, tampoco a qué cotizaciones se hace referencia, a qué instituciones de previsión pertenecen, etc. Tal situación la estima irremediable a esta altura del procedimiento, desde que la querella a que se hace referencia es un documento ajeno al juicio y fue declarada abandonada, por lo que la

acusación no se basta así misma; reitera que esto configura un claro vicio de indeterminación de la acusación; y al no ser acusados los imputados, conforme la ley lo ordena, implica que su defensa sea un acto meramente tentativo; indica que el derecho de defensa se encuentra contemplado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, y en los artículos 93, 102 y siguientes del Código Procesal Penal. Expone que la acusación cumple una función primordial, cual es, la determinación del objeto del proceso, lo que en este caso no está presente, ya que no se han indicado los sujetos pasivos de este delito, lo que equipara a acusar a alguien por el delito de homicidio, sin señalar quien es la persona del fallecido. De la misma manera, una acusación efectuada en los términos descritos, impide determinar el alcance de la cosa juzgada, pues el día de mañana no podrá saberse a qué se extiende la decisión de una sentencia definitiva. Añade que de acuerdo a lo señalado en el artículo 160 del Código Procesal Penal, corresponde presumir de derecho que existe un vicio cuando la infracción impide el pleno ejercicio de las garantías y los derechos reconocidos en la Constitución o en las demás leyes de la República, que es lo que acontece frente a esta situación; y agrega que, además, el artículo 163 de la misma normativa citada, reconoce la posibilidad, incluso, de anular de oficio y en cualquier momento el procedimiento, cuando estamos en presencia de aquellos vicios que el artículo 160 referido presume de derecho.

En segundo lugar, sostuvo que la acusación adolece de una omisión aún más grave que la anterior, y que se encuentra mezclado con un gravísimo error jurídico que ha quedado de manifiesto en el alegato de apertura del

señor fiscal, cuál es aquél de haberse acusado a sus defendidos de un ilícito, en su calidad de representantes legales. De aceptarse esto, señala, se acabaría el derecho penal. Expone que la representación legal permite una presunción de responsabilidad exclusivamente en los procedimientos de cobranza de cotizaciones de la Ley N° 17.322, pero que en este caso no estamos frente a un procedimiento ejecutivo de cobro de imposiciones, sino que estamos en un juicio penal, que tiene por objeto juzgar la responsabilidad respecto de un ilícito penal, por lo que evidentemente la acusación debe señalar, cual es la participación que tienen sus defendidos, elemento esencial para la descripción de los hechos, cuya omisión no se subsana con lo señalado en el artículo 259 letra d), ya que aquello se refiere a una calificación jurídica, sino con una descripción de cuál es la conducta desplegada por los agentes; que en este caso la imputación que se hace a sus representados es “por ser representantes legales”, pero debe recordarse que el empleador que no ha cumplido o pagado con esta obligación contractual aquí es una persona jurídica, la que sabemos no tiene responsabilidad penal, ya que por ella responden las personas naturales que han intervenido, encontrándose vedado presumir de derecho responsabilidades penales, atento a lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política.

En tercer lugar, sostuvo la Defensa que los acusados deben ser absueltos porque se les atribuye un hecho que no es constitutivo de delito; que tanto es así, que existen mociones legislativas para corregir esta situación; que en Chile nadie ha sido condenado por un delito de esta especie, en razón de que el tipo penal adolece de una deficiencia,

puesto que el ilícito se produce cuando se declaran las imposiciones y no se pagan, lo que supone que exista efectivamente un pago previo de remuneraciones, del que se debe descontar la cantidad correspondiente para cotizaciones provisionales, la que luego se distrae o se apropia; pero, como es sabido, el delito de apropiación indebida supone un elemento subjetivo especial, que es el *animus res sibi habendi*, que es la intención de apropiación con ánimo de lucro, pero que cuando se declaran las imposiciones, al igual que cuando se declaran los impuestos, se produce un crédito en contra del empleador, en que éste reconoce la existencia de una obligación, de manera que cualquier no pago u omisión en ese sentido, no puede ser entendido como ánimo de lucro, con lo que al declararse las imposiciones desaparece la posibilidad de comisión de este delito.

En cuarto lugar, sostuvo la defensa que procede la absolución de sus representados, por cuanto la conducta que se les debió haber imputado, no la han cometido, es decir, éstos jamás se han apropiado o distraído parte de los dineros de sus trabajadores. Ellos son empresarios, en un tiempo bastante exitosos en la ciudad de Coquimbo, que conformaron un grupo empresarial dedicado a la pesca, a quienes la autoridad limitó en un momento las cuotas de pesca, ocasionándoles un fuerte impacto en los flujos, lo que les impidió pagar remuneraciones, abonándose pagos de éstas, lo que derivó en los innumerables juicios de los trabajadores tratando de obtener el pago de sus remuneraciones; es decir, simplemente se acabaron los flujos, lo que no permitirá probar la conducta de apropiación de recursos ajenos, ya que así como no se pagaron las remuneraciones,

tampoco se pagaron los insumos de energía eléctrica, combustibles etc., lo que derivó en el cierre de esta empresa y del conjunto de otras del sector.

Finalmente, también señaló, que tal como lo esbozó la fiscalía, existiría una virtual incompetencia de este tribunal, ya que la acusación se refiere a hechos anteriores a la vigencia de la nueva ley procesal penal, lo que haría incompetente a este tribunal, puesto que se indica en la acusación que los hechos comenzaron en septiembre de 2000 y, teniendo presente que estos tienen todas las características que la doctrina ha reconocido para considerarlos un delito continuado, su principio de ejecución se remonta a un periodo anterior a la vigencia de la reforma procesal penal.

En la clausura, dicho litigante insistiría en tales planteamientos, de modo más lato, analizando la prueba rendida, de todo lo que se hará cargo este tribunal en los razonamientos que más adelante se expondrán.

Considerando:

PRIMERO: Que se imputó a Osciél Lautaro Velásquez Leyton y Claudio Fernando Velásquez Hernández, la comisión de un delito de apropiación indebida de cotizaciones provisionales, previsto y sancionado en el artículo 19 inciso final del DL 3.500 en relación con el artículo 467 inciso final del Código Penal;

SEGUNDO: Que en orden a acreditar tal ilícito y participación imputada, el Ministerio Público rindió los siguientes medios de prueba:

1) Atestado de **Sofía Alberta Sánchez Lobos**, 73 años de edad, quien manifestó que actualmente se encuentra

desahuciada y no puede trabajar, lo que hizo por casi diez años en la empresa Dal Nord, ingresando el 26 de noviembre de 1993, hasta el 18 de diciembre del año 2003, en la función de ayudante de cocina, mediante un contrato, siendo su remuneración inicial equivalente a un ingreso mínimo, el que ascendía a la suma de \$ 42.000, y que paulatinamente subió a \$ 60.000 y hasta \$80.000. Agrega que en sus liquidaciones de sueldo se le hacían, entre otros, los descuentos correspondientes a la AFP Provida y que actualmente mantiene un préstamo que aun no paga, lo que la tiene mal de la cabeza. Que cuando terminó la relación laboral tenía 68 a 69 años, y actualmente sólo recibe una jubilación estatal que se la dieron por intermedio del consultorio de San Juan, concedida por el Alcalde. Que al terminar su relación laboral, no pudo seguir trabajando y que no conoce el monto de las cotizaciones que se le adeudan;

2) Declaración de **Pedro Campos Pizarro**, quien expresó que trabajó en la empresa Dal Nord durante siete años, desde el año 1995 al año 2003, y que la relación laboral terminó, junto con la de otros 152 trabajadores, por el cierre de la empresa que tuvo lugar cuando volvían de vacaciones que se les habían otorgado con ocasión del término de una negociación colectiva; que como operario su última remuneración era cercana a los \$100.000 mensuales y que sabe que se le hacían los descuentos legales de salud y cotizaciones y que luego no se pagaban estas últimas, pues era dirigente sindical y tenía que estar pendiente de tales cosas; que con ocasión del no pago de las cotizaciones y en su calidad de presidente del sindicato solicitaron de la Directora del Trabajo que viajara desde Santiago a fin de que

constatara que las cotizaciones provisionales se estaban adeudando por casi dos años (años 2001 y 2003); que el 20 de enero del 2003, los trabajadores de los sindicatos 1 y 2, en un número de 120, se autodespidieron en razón del no pago de remuneraciones, cotizaciones de salud y previsionales, por parte de la empresa. Agrega que a raíz de esto existieron muchas conversaciones para intentar solucionar los problemas que se estaban ocasionando por estos incumplimientos, ya que había personas que no podían jubilar, otras tenían problemas con las mutuales, otras no podían acceder a créditos hipotecarios, etc. Agrega que ayudaron a la empresa a obtener aumento de las cuotas de captura de pesca, mediante una lucha conjunta ante las autoridades a fin de darle solución a los problemas que se estaban presentando, lo que se obtuvo, pero sin que la empresa cumpliera con ellos; que se hicieron convenios con el antiguo Intendente de la Cuarta Región, firmándose “un papel” en que ellos se comprometían a mantener la fuente laboral a los trabajadores a cambio de que los ayudaran a pedir más cuotas de captura, con participación de diputados, senadores y el alcalde, para que se mantuviera la fuente laboral. Asevera que la empresa Dal Nord ha sido privilegiada respecto a las cuotas de captura, a nivel nacional, la que más cuota ha conseguido y que la mantiene en la actualidad. Añade que la empresa Dal Nord nunca ha terminado de funcionar, pues don Claudio Velásquez sigue en el rubro en una empresa en que si bien no aparece como jefe, si lo son su cónyuge y su madre, con la misma cuota de captura. Indica que acudieron a la AFP y que también presentaron demandas laborales; que en a lo menos tres ocasiones

se produjeron conversaciones para superar el problema, donde siempre se les prometió pagar, pero nunca se hizo. Finalmente, indicó que don Claudio Velásquez era el representante legal en aquel entonces y que varias veces se reunieron con la Sra. Cecilia Gómez, que era la Directora del Trabajo.

3) Dichos de **Deyse del Carmen Arancibia García**, 38 años de edad soltera, operaria de producción; quien expresó que desde el año 1995 al 2002, efectuó tal actividad en la empresa de los acusados Frigoríficos Dal Nord, teniendo para ello un contrato de trabajo y laborando a trato, esto es, se le pagaba según lo que producía, recibiendo el sueldo mínimo como base, con lo que su remuneración ascendía semanalmente entre \$25.000 a \$30.000 mil pesos, es decir, unos \$110.00 a \$120.000 mensuales, más lo que produjera, recibiendo a veces \$140.00 o \$145.000; que en las liquidaciones de sueldo aparecían los descuentos por imposiciones previsionales, las que no fueron enteradas en la AFP Hábitat, indicando que antes incluso hubo algunas lagunas, pero que después del año 2001 y hasta el 2002 se declaraban pero no se pagaban y que en algunos meses ni siquiera se declararon, pero que igualmente recibía su liquidación de sueldo; que durante el año 2001 a 2002, en varias ocasiones fueron a fiscalizar la empresa desde la Inspección del Trabajo; que ella salió el 30 octubre del 2002 con fuero maternal, sin regresar a la empresa, que durante el fuero maternal no se le pagaron la remuneraciones, pero lo hizo la caja hasta el mes de marzo, y después no recibió remuneraciones. Que nunca vio un término de contrato; y que como las cotizaciones no estaban pagadas, su hijo no tuvo derecho a salud, por lo cual tuvo que buscar otras fórmulas para que

lo atendieran, ya que no tenía acceso a Fonasa, a nada, y tampoco pudo postular a una casa en Serviú, ya que no tenía pagadas las cotizaciones;

4) Testimonio de **Berta Cecilia Cuello Villalobos**, 47 años de edad, quien expresó haber trabajado como operadora (*descoladora*) en la empresa Dal Nord, desde septiembre del año 1994 a diciembre de 2002, recibiendo una remuneración a trato, en que se ganaba de acuerdo a lo que se producía, con un piso del ingreso mínimo de \$114.000, el que después subió a \$125.000, los que se fueron reajustando en el tiempo; que advirtió en las planillas de pago los descuentos de cotizaciones previsionales y de salud, las que fue a revisar cuando les empezaron a pagar irregularmente, comprobando que las cotizaciones estaban declaradas pero no pagadas, y que en su caso correspondieron a veintisiete meses declarados y no pagados; que entre el año 2000 al 2002, los meses estaban “saltados”, en tanto que en el año 2002 sólo declarados, y en el año 2001 intercalados, apareciendo algunos meses declarados y pagados; y que el terminó de su relación laboral en enero del año 2003;

5) Atestado de **Teresita Soledad Araya Castillo**, 41 años, quien refiere que trabajó durante seis años en la empresa Dal Nord, en la que laboraba a trato con la base del sueldo mínimo de \$120.000, donde les pagaban de acuerdo a lo que producían, y que en la liquidación de sueldo, aparecían los descuentos de la AFP Provida, seguro de vida, y otras cosas; que fue a preguntar a la AFP y le dijeron que sus cotizaciones por los años 2001 a 2003 estaban solo declaradas pero no pagadas;

6) Declaración de **Uberlinda Adriana González Marín**, 48 años, quien

manifestó haber laborado tres años para la Pesquera Dal Nord, desde el día 5 de julio de 1999, hasta el año 2002 o 2003, realizando funciones de operaria, por una remuneración de aproximadamente \$25.000 semanales. En cuanto a la situación previsional, señaló haber observado en sus liquidaciones de sueldo que le descontaban la AFP y que posteriormente comprobó que estaban impagas, lo que se mantiene “hasta el día de hoy”, por el período de los años 2002 al 2003; que Ociel Velásquez era quien representaba a la empresa, asegurando que éste fue quien la contrató; que sabe que de la Dirección del Trabajo fueron a la empresa; y que todos los trabajadores presentaron demanda en contra de la empresa, alrededor de 200 personas, donde reclamaban su plata, por concepto de asignaciones familiares, años de servicio, AFP, remuneraciones y vacaciones impagas;

7) Testimonio de **Marlen Lilian Gahona Castillo**, 50 años, quien expresó haber trabajado nueve años en la empresa Dal Nord, desde el año 1.993 al 2.002, como descoladora por un sueldo a trato con el sueldo mínimo de base, sin recordar el monto de aquello, pudiendo llegar a ganar \$ 120.00 a \$ 150.000 mil pesos. Indicó que cerraron la empresa, sin darles ningún aviso; que la empresa la representaban don Ociel Velásquez padre, después Ociel hijo y al último Claudio Velásquez; que le adeudan más de dos años de cotizaciones previsionales en la AFP Provida, entre los años 2.000 y 2.001 y unos meses del año 2.002, donde se encuentran unas cotizaciones declaradas y otras pagadas;

8) Testimonio de **Cecilia de Lourdes Villarroel Videla**, 42 años, que refirió

haber trabajado nueve años, siete meses, quince días para Dal Nord, desde el día 1° de mayo de 1993 y hasta enero del año 2003, cumpliendo la función de descoladora, donde se le pagaba según lo que hacía, con la base del sueldo mínimo, recibiendo alrededor de \$150.000 líquidos. Agregó que constantemente se preocupó por sus cotizaciones y demandó su pago por intermedio de la AFP Provida; que desde septiembre de 2001 y hasta el 2002, aparecen como declaradas y no pagadas ininterrumpidamente, lo que le ha provocado numerosos perjuicios, como no tener acceso a préstamos bancarios, problemas en la caja de compensación, indicando que sus deuda de cotizaciones asciende a la suma de \$355.828, al 2007. Afirmó que representaban a la empresa don Claudio Velásquez, y don Ociel Velásquez, pero que el primero era el que estaba a cargo de la empresa. También sabe que la empresa fue fiscalizada por la Inspección del Trabajo, donde se le aplicaron muchas multas.

Contestó al defensor, que las cotizaciones declaradas y no pagadas y que consecuentemente se le adeudan correspondían al período del mes de septiembre del año 2.000 a diciembre del año 2.002, que las remuneraciones a veces se pagaron íntegramente y que en el último tiempo, hasta diciembre de 2002, sólo se hacían abonos;

9) Testimonio de **Rosa Elvira Vega Robles**, 49 años, quien manifestó haber trabajado cerca de ocho años en la empresa Dal Nord, desde el día 18 de mayo de 1998 al 2002, por ingresos de acuerdo a su productividad, con la base del sueldo mínimo, el que ascendía entre \$200.000 a \$300.000 y que les descontaban lo relativo al INP;

que sin embargo en el INP no figuran los pagos pertinentes; que en el mes de diciembre del año 2002 terminó la relación laboral, y que la inexistencia de los pagos de cotizaciones referidas le ha significado no tener acceso a atenciones de salud y que posteriormente negoció con la empresa sus años de servicios, porque tenía necesidad, lo que otra gente también hizo;

10) Testimonio de **Pabla Yolanda Castillo**, 71 años, que señaló haber trabajado diez años para la empresa Dal Nord, desde el año 1993 hasta el año 2003, efectuando la labor de operaria, donde percibía sueldo mínimo, cerca de \$ 115.000 mil pesos, con otros ingresos por producción; que verificó el no pago de las cotizaciones en la AFP Plan Vital, desde el año 2000 al 2002, aunque no sabe a cuánto asciende ello;

11) Dichos de **Mirta del Carmen Jara Farias**, 44 años, quien señaló haber trabajado para la empresa Dal Nord durante ocho años, en los años 1.996 al 2.002 como descoladora, donde recibía el sueldo base, más el trato, percibiendo sumas que oscilaban entre \$200.000 a \$300.000; que en las liquidaciones constaban los descuentos por AFP, pero dichas cotizaciones sólo eran declaradas y no pagadas, las que en su caso corresponden a dos años y medio; que la empresa fue cerrada sin que se indicaran razones, no haciéndoseles los finiquitos y que los que representaban la empresa eran las personas de los acusados;

12) Dichos de **Yolanda Cecilia Ogalde Morales**, 49 años, quien expresó que durante once años, desde 1993 a 2002, cumplió las funciones de operaria en la empresa Dal Nord, remunerada con un sueldo fijo más lo que se hacía a trato

según producción; que en un principio siempre le pagaron las cotizaciones en la AFP, pero posteriormente ello dejó de ocurrir, ya que averiguó que éstas solo fueron declaradas pero no pagadas, por el término de dos años y medio, lo que advirtió meses antes del año 2002, pero expresa no saber cuánto le dejaron de pagar por dicho concepto. Indicó además que le dejaron de pagar remuneraciones en el mes de diciembre del año 2002, y antes en otros períodos, se pagaban atrasadas, porque no había plata;

13) Testimonio de **Miriam Mercedes Vargas Pizarro**, 57 años de edad, quien señaló que prestó servicios en la empresa Dal Nord, desde el día 13 de marzo 1998 a enero del 2001 aproximadamente, hasta cuando cerró la empresa, en la que se desempeñó como operadora de producción o descoladora, por un sueldo que se conformaba sobre la base del sueldo mínimo y el resto correspondía a lo que producían, siendo relativos los ingresos, los que a veces se pagaban semanalmente. Añade que en las liquidaciones de sueldo aparecían los descuentos legales, entre ellos los de AFP y después se enteró que dichos descuentos estaban declarados pero no pagados; que se le deben alrededor de dos años de cotizaciones, sin recordar el período exacto, pero si tiene conocimiento que aparecen algunos meses pagados y otros sólo declarados y agregó que algunos miembros de la empresa, entre ellos don Claudio Velásquez, se comprometieron a pagar las cotizaciones previsionales antes que la empresa cerrara, además de lo pendiente por concepto de sueldos; que estos últimos se pagaron ante la Inspección del Trabajo, quedando en cambio las imposiciones pendientes; que se les dijo por el mencionado

representante que se pagarían éstas con la venta de unos terrenos de la empresa; que ellos en su condición de trabajadores pidieron unas cuotas de pesca para la empresa, para que hubiese producción y más trabajo, pero que sin embargo, tiene conocimiento que dichas cuotas de pesca se vendieron, e igualmente quedaron sin trabajo. Refirió también que no fue despedida de su trabajo, que tuvieron un paro y después quedaron sin trabajo; que el último mes que trabajó fue hasta diciembre del año 2002, cuando cerró la empresa, y las remuneraciones se las pagaron al parecer en el mismo mes. Asimismo dijo que hubo muchas fiscalizaciones de la Inspección del Trabajo. Respondiendo al defensor, también refirió que la empresa estaba mal, por lo que conversaron con Felipe Sandoval en Valparaíso, respecto de la cuota de pesca que era muy baja para la región, las que en algún momento se rebajaron, sin poder precisar la data de aquello, agregando que había días con bastante producto y otros en que llegaba muy poco, y que antes que existieran problemas con las cuotas, no había problemas con los pagos;

14) Testimonio de **Verónica Carmen Flores Barraza**, 32 años, quien manifestó haber trabajado para Frigorífico Dal Nord Limitada desde el mes de marzo del año 1998 hasta el año 2003, precisando que efectivamente trabajó en la citada empresa hasta diciembre del año 2002, aunque recibió pago de remuneraciones atrasadas hasta febrero de 2003; expresó además que cumplía la función de operaria en el proceso de *descolación* de productos marinos; que sus ingresos partían del sueldo mínimo y el resto era a trato; que en las liquidaciones de sueldo aparecían los descuentos legales, entre ellos,

las cotizaciones provisionales, pero al concurrir a la AFP comprobó que estaban declaradas y no pagadas; que don Claudio Velásquez, uno de los acusados, sabía de la deuda grande de las imposiciones de los trabajadores, comprometiéndose a pagarla en una reunión que hubo con la Directora del Trabajo. Agregó que se encontraba afiliada en la AFP Suma Bansander, correspondiendo los períodos impagos a los años 2000 y 2002; reiteró que Claudio Velásquez prometió pagar las cotizaciones previsionales, para lo cual vendería un terreno que tenía; que éste nunca ha negado la deuda que tiene con los trabajadores, comprometiéndose con ellos; que los empleadores tenían muchos bienes que después traspasaron a otros familiares, por lo que los siguen teniendo y continúan exportando productos. Afirmó que la relación laboral terminó con el autodespido, porque los empleadores cerraron la empresa, pero que nunca han quebrado y sigue vigente; y que muchos trabajadores por necesidad fueron a negociar sus años de servicios, a los que al parecer se les pagó el cincuenta por ciento de ellos, pero que ella no negoció.

Manifestó al defensor, que alrededor de ciento veinte trabajadores pusieron término al contrato, con el auto despido, asesorados con un abogado, entre otras razones porque se cerró la empresa y no la abrían, y además por el no pago de las cotizaciones y remuneraciones, además de malos tratos, y porque no llegaban a ningún acuerdo con don Claudio, no obstante existir los compromisos de pagar lo adeudado;

15) Testimonio de **Maria Olivia Pontivo Villavicencio**, 55 años de edad, quien expuso haber prestado

servicios en la empresa Dal Nord desde el 3 de mayo de 1993 hasta diciembre de 2002, desarrollando labores en la cocina, recibiendo como remuneración mensual el sueldo mínimo. Agregó que se le adeudan cotizaciones desde el año 2000 al 2002; que en las liquidaciones de sueldo de ese período aparecían los descuentos de las imposiciones en la AFP Provida, pero que un año después, en 2002, verificó que no fueron pagados, adeudándosele cuatro meses del año 2000 y después ininterrumpidamente desde el año 2001 al 2002. Agregó que don Claudio (el acusado Claudio Velásquez) se comprometió a vender un departamento y unos terrenos que tenía para pagarles, a lo menos, las cotizaciones, pero después éste no se presentó más a las reuniones;

16) Atestado de **Ana Maria Codoceo Toro**, 50 años, que refirió haber prestado servicios en la empresa Frigorífico Dal Nord desde el día 4 de abril de 1994 hasta diciembre del año 2002, o al parecer enero del 2003, cumpliendo funciones de operaria de producción, percibiendo ingresos a trato, con montos de \$ 200.000 o el sueldo mínimo, en consideración a lo realizado. Aseguró que le deben muchas cotizaciones en el INP, lo que averiguó, sin saber los montos o cantidad de estas mismas, existiendo años en que aparecen pagadas y otros no;

17) Atestado de **Cecilia del Rosario Olguín Orellana**, 40 años, quien señaló haber prestado servicios a la empresa Dal Nord por el término de siete años, desde el 15 enero de 1995 hasta el 18 de febrero del años 2003, por una remuneración a trato que iba entre los \$200.000 y \$300.000 mensuales, o el mínimo legal; que verificó en sus liquidaciones los descuentos de las

cotizaciones, las que no obstante no le fueron pagadas en la AFP entre el año 2000 y 2003, pero cree que también habían períodos impagos durante 1999, aunque en forma intermitente; que en su calidad de presidenta del sindicato era buscada por la gente para que se instara por el pago de las cotizaciones; que la mayoría de los trabajadores (120 o más), tenían impagas las cotizaciones; que los sueldos les fueron pagados hasta el 18 de febrero de 2003; que cuando se terminó la relación laboral la empresa había cerrado, aunque tenía todo para seguir operando: infraestructura, trabajadores, embarcaciones y cuotas de crustáceos que ellos consiguieron, después de viajar a Valparaíso; que actualmente los Sres. Velásquez tienen el 70 % de la cuota nacional y los productos los procesan en otras empresas, siendo los trabajadores los únicos afectados, pues no se les pagaron las cotizaciones y los años de servicios; que se sienten engañadas porque confiaron en ellos, pues se comprometieron a vender unos terrenos y un edificio para solucionar esto, lo que nunca hicieron; que las negociaciones tardaron varios años y que desde 1999 al 2003 siguieron trabajando, a pesar de las falencias observadas; y que la empresa reconoció ante la Inspección del Trabajo una deuda de ochenta millones de pesos por concepto de cotizaciones previsionales impagas;

18) Dichos de **Clotilde Miriam Bugueño Moya**, 53 años, quien manifestó que desde el día 6 de marzo del año 1996 y hasta el año 2.003, prestó servicios en la empresa Frigorífico Dal Nord, donde trabajaba a trato, cumpliendo la función de operaria; que dentro de los descuentos legales que se hacían en las liquidaciones, venía lo relativo a la AFP y Fonasa, pero que

averiguando en la AFP supo que las cotizaciones estaban declaradas y no pagadas, aunque no puede recordar los periodos en forma específica, pero sí que era por más de un año. Agregó que el término de la relación laboral se produjo con ocasión de volver de unas vacaciones colectivas que les dieron, en que encontraron la empresa cerrada;

19) Dichos de **Lucia Angelina Pérez Jeraldo**, 52 años, quien manifestó haber trabajado como operaria *descoladora* desde el año 1992 hasta el 2003 en la empresa de los acusados; que un principio las remuneraciones se pagaron normalmente, y que éstas se cumplían y percibían mediante ingresos a trato, los que semanalmente eran de \$30.000 a \$40.000, es decir, \$120.000 mensuales, percibiendo los sueldos hasta el año 2003; que de los sueldo se le efectuaban los descuentos legales en la AFP, sin haber concurrido a ver que pasaba con las cotizaciones; que, sin embargo, después se enteró que éstas no estaban pagadas, desde el 2000 al 2003:

20) Testimonio de **Manuela Francisca Yáñez Yáñez**, 48 años, la que expuso haber trabajado para la empresa Frigoríficos Dal Nord desde el 20 junio de 1996, sin recordar la fecha en que terminó de hacerlo. Y que en dicha empresa cumplía las funciones de aseo, donde le pagaban el sueldo mínimo, efectuándosele los descuentos legales para la AFP Provida; sabe que dichas cotizaciones no se le pagaron, pero no tiene claro los montos adeudados;

21) Testimonio de **Wilson Hernán Valenzuela Zamora**, 41 años, quien señaló haber prestado servicios de operario a Frigorífico Dal Nord desde el año 1997 al 2003, por el sueldo mínimo que ascendía a la suma aproximada de

\$105.000; que en el sueldo se le hacían los descuentos legales, pues aparecían en sus liquidaciones, entre otros, las cotizaciones previsionales. Precisa que pertenecía a la AFP Provida, y que desde el año 1999 al 2.000 fueron pagadas las cotizaciones, pero que después, desde el 2000 al 2003, eran declaradas y no pagadas; que trabajó hasta el año 2003, cuando la empresa dejó de funcionar, lo que cree fue en el mes de marzo. Agregó que todos sus sueldos le fueron pagados, no así las cotizaciones, como tampoco los años de servicio. Asimismo, señaló haber sabido de las reuniones que se hicieron para ofrecerles pagar las cotizaciones, donde participaron Ociel Velásquez padre, Ociel Velásquez hijo y Claudio, otro de los hijos del primero, hecho que ocurrió meses antes de terminar la relación laboral, aproximadamente unos cinco meses antes, asegurándoseles que venderían para ello unos terrenos de su propiedad, pero que, sin embargo, nunca fueron pagadas las cotizaciones de los trabajadores;

22) Testimonio de **Eduvina del Carmen Pasten Pasten**, 43 años de edad, la que indicó que desde el día 2 de abril 1998 hasta enero de 2003, prestó servicios como descoladora, en la empresa Frigorífico Dal Nord, y que sus ingresos se calculaban a trato, ascendiendo sus últimas remuneraciones a la suma de \$160.000; que en las liquidaciones de sueldos, en las planillas aparecían los descuentos legales, pero que al ver el estado de las cotizaciones en la AFP Provida, no estaban pagadas, aunque sí declaradas, no recordando con precisión los períodos pertinentes; afirmó que se le pagaron todos los sueldos hasta febrero de 2003, pero que no le entregaron finiquito y que les prometieron que les iban a pagar las cotizaciones adeudadas;

23) Testimonio de **Gladys del Rosario Collao Olivares**, 50 años, que señaló que trabajó como operaria para Frigorífico Dal Nord desde el mes de mayo de 1993 a marzo de 2002, donde recibía una remuneración relativa que se calculaba de acuerdo a lo que se producía, y cuando no llegaba mucha producción se les pagaba el sueldo mínimo; que en las liquidaciones de sueldos aparecía los descuentos de AFP Santa María, pero algunas de éstas eran declaradas y no pagadas, sin recordar los períodos; que con ocasión del término de la relación laboral, lo que se produjo porque la empresa no la abrieron, a mediados de enero del 2003, les pagaron los sueldos, pero les quedaron adeudando las cotizaciones previsionales;

24) Testimonio de **Irene Antonia Castillo Muñoz**, 55 años, quien refirió haber trabajado para la empresa Frigorífico Dal Nord desde el día 27 julio de 1993 hasta diciembre del año 2002, indicando que los sueldos se los pagaron hasta noviembre o diciembre del año 2002; que lo que percibían respondía al sistema de trato, en que recibía más o menos semanalmente \$8.000 o \$22.000 pesos, es decir, \$100.000 como mínimo al mes; que en las liquidaciones aparecían los descuentos por AFP Habitat, pero dichas cotizaciones, con intermitencias, no se pagaban desde el año 1998 y hasta el 2002, apareciendo unas declaradas y no pagadas y otras pagadas. Indicó que junto a las cotizaciones previsionales, tampoco le fueron pagados los años de servicio y que no existió finiquito; por último, señaló que su patrón era don Claudio Velásquez, y que cuando entró a trabajar lo era el papá de éste;

25) Testimonio de **Margarita del Carmen Milla Vega**, 43 años de edad,

quien señaló haber trabajado de operaria, desde el año 1996 a diciembre del año 2002, en la empresa Frigorífico Dal Nord, percibiendo una remuneración de \$160.000 a \$180.000; que en las liquidaciones aparecían los descuentos por imposiciones, la que después supo algunas estaban declaradas pero no pagadas, y otras declaradas y pagadas, adeudándosele tres a cuatro años de deudas de cotizaciones, por períodos intercalados, sin poder precisar las datas de éstos, pero que era cerca del 2001 al 2002. Añadió que se cerró la empresa, sin indicarse motivos, pero que sus remuneraciones se las pagaron todas;

26) Testimonio de **Margarita del Transito León Hicks**, 60 años de edad, quien dijo haber cumplido la función de descoladora en la empresa Frigorífica Dal Nord, por el término de siete años, desde el año 1996 y hasta el día 18 de enero de 2003; que su sueldo era relativo, ya que éste partía en el ingreso mínimo, percibiendo \$25.000 a \$30.000 semanales, ascendiendo a la suma de \$100.000 mensuales, practicándosele descuentos como imposiciones, seguros, y las cotizaciones previsionales se las hacían para AFP Concordia y después para Hábitat. Afirmó que le quedaron debiendo dos años de imposiciones, correspondiendo a los dos últimos años que trabajó, es decir, 2001 y 2002, donde aparecen algunas declaradas y otras pagadas; que ahora está en el trámite para jubilar y le faltan los dos años señalados para acceder a su jubilación, por lo que tendría que hacerlo con lo que tiene; y que en la citada empresa sí le pagaron todos los sueldos;

27) Declaración de **Mariza Ramona Ramos Soto**, 37 años, quien dijo haber

prestado servicios desde el año 1998 al 2003 en el frigorífico Dal Nord, donde los sueldos eran variables, con pagos semanales y por un monto de \$150.000 al mes; que en las liquidaciones de sueldo aparecían descuentos para la AFP, salud y préstamos; que primero perteneció a Provida y después a Santa María; que se le descontaban las cotizaciones, pero no se le pagaban, no recordando el periodo en que se debían; que en el mes de marzo les pagaron los sueldos que se les adeudaban, además del familiar porque estaba embarazada, pero no las cotizaciones;

28) Declaración de **Marta Rosa Cortes Araya**, 45 años de edad, quien manifestó que trabajó para Frigorífico Dal Nord como operaria desde marzo del año 1998 y hasta enero del año 2003, por una remuneración que ascendía a un monto aproximado de \$150.000 mensuales; que en las liquidaciones aparecían los descuentos de las imposiciones por AFP Provida, pero que comprobó que las cotizaciones estaban declaradas y no pagadas, en su caso en los años 2000, 2001 y 2002, por lo que le adeudan dos años y medio por dicho concepto. Precisó que los sueldos se los pagaron todos; que las cotizaciones previsionales se prometió que se iban a pagar con la venta de un terreno, lo que no ocurrió;

29) Dichos de **Myriam Ana Inostroza Guzmán**, 53 años, quien relató que desde el año 1993 hasta el 2003 trabajó en la empresa Frigorífico Dal Nord Ltda., como operaria *descoladora*, por un sueldo de tipo variable de aproximadamente \$15.000 semanales; que le pagaron todos los sueldos; que en las liquidaciones de éstos se le hicieron los descuentos para la AFP Provida, pero que las cotizaciones sólo resultaron declaradas, mas no pagadas;

30) Testimonio de **Raquel de la Cruz Araya Rojas**, 50 años, quien manifestó haber trabajado desde el día 12 de junio de 1996 hasta el 18 enero de 2003 en Dal Nord, donde se hacía su sueldo trabajando como operaria de producción, ya que trabajaba a trato, percibiendo a veces \$90.000 y en otras oportunidades el sueldo mínimo, sin recordar el monto; indicó que en la citada empresa se le pagaron todos los sueldos; que en sus liquidaciones se hacían los descuentos para la AFP Santa María, pero que averiguó después que dichas cotizaciones no llegaron a esta entidad previsional, no obstante sí habérselas declarado; y que no puede precisar los periodos de tales cotizaciones impagas;

31) Testimonio de **Rosa García García**, 47 años de edad, quien señaló haber trabajado en el Frigorífico Dal Nord desde el día 5 de diciembre de 1995 hasta 18 enero 2003, como operaria, recibiendo una remuneración cuyo monto no recuerda; que en las liquidaciones de sueldos se apreciaban los descuentos, entre otros, de AFP Habitat, por concepto de cotizaciones; que hasta el año 2003 le apagaron todos sus sueldos, pero que se le deben las cotizaciones previsionales, aunque no sabe los periodos y montos;

32) Atestado de **María Cecilia Gómez Bahamondez**, Directora Regional del Trabajo, quien manifestó que en el desempeño de su cargo le correspondió fiscalizar a la empresa Frigorífico Dal Nord Limitada y participar en mesas de diálogo con los representantes de ésta, es decir los acusados presentes en la audiencia, además de otro pariente, con miras a prevenir los problemas sociales que se estaban derivando de los incumplimientos de las normas laborales; que durante el 2002 y parte del

2003 las fiscalizaciones fueron reiteradas y llegaron a veinticinco, cumpliéndose con el pago de todas las remuneraciones, siendo las últimas pagadas en marzo de 2003, en la Inspección del Trabajo, cuando la empresa ya estaba cerrada; que por los incumplimientos laborales se cursaron multas a Osciél Velásquez Leyton y a Claudio Velásquez, ya que éstos conformaban una empresa familiar que además del Frigorífico comprendía a Astillero Servel, Pesquera Bravamar y Pesquera Siruis Archernar, acreditadas en el registro nacional como armadores, por lo que podían acreditar barcos y embarcaciones, que todavía tienen; que de las veinticinco fiscalizaciones practicadas, hubo dos por cotizaciones declaradas y no pagadas, efectuadas en septiembre y diciembre de 2002, correspondiéndole como autoridad sólo constatar el no pago y constituir la deuda previsional. Agrega que dicha deuda era reconocida por la empresa, pues figuraba en los balances del año 2001, por 78 millones de pesos, y de 2002, por 65 millones de pesos, ascendiendo entre ambos años a 150 millones de pesos; que por la Ley Bustos no se pudo finiquitar a los trabajadores, atento a que esta normativa exigía acreditar previamente la declaración y pago de las cotizaciones previsionales, salvo que existiera acuerdo o renuncia de los trabajadores, pero éstos tampoco podían renunciar, ya que con ello perdían los años de servicios; que por ello la fórmula usada para poner término a la relación laboral con los trabajadores, fue la de darles vacaciones, para después proceder al cierre de la empresa, cierre que también dispuso la Dirección del Trabajo, funcionando luego ellos desde otra de las empresas familiares, por lo que el término de la relación laboral con los trabajadores fue de hecho, no

obstante que pudieron incorporarlos a la otra empresa que siguió funcionando. Agregó que en septiembre, octubre y diciembre de 2002, los representantes de la empresa se comprometieron a pagar la deuda previsional, pero que luego no cumplieron;

33) Testimonio de **María Cristina Von Caprivi Caro**, funcionaria de la Policía de Investigaciones, quien deponiendo al tenor de su informe pericial contable N° 2 de fecha 19 de enero de 2007, que reconoció en audiencia al momento de su incorporación, señaló que le correspondió efectuar dicha pericia para determinar el monto total de las cotizaciones previsionales declaradas y no pagadas por Frigorífico Dal Nord Limitada, respecto de 121 trabajadores; que para dicha labor la fiscalía le envió un archivador con información del Instituto de Normalización Previsional y algunas AFP y adjuntándose también la querella del abogado señor Bravo; que con dicha información se tabularon los montos declarados y no pagados de imposiciones, determinándose una deuda previsional histórica total de \$49.979.000 de cotizaciones declaradas y no pagadas, correspondiendo a BBVA-Provida alrededor de 33 millones de pesos, a AFP Hábitat 7 millones, a AFP ING-Santa María, 5 millones; que además se determinó en forma separada una deuda reajustada a una distinta fecha por similar concepto al INP, por \$220.997.000 millones de pesos y a AFP Provida por \$340.000. Contestó que los períodos examinados eran de diciembre de 2000 a diciembre de 2002; que para la determinación de los trabajadores afectados y períodos impagos, se usaron las planillas de los organismos previsionales, verificándolo también con la querella; y que no recordaba algún nombre de los querellantes

ni tampoco montos individuales;

34) **La documental** consistente en a) Copia simple de **certificado de la deuda previsional** de las empresas Velásquez, emitido por la Dirección Regional del Trabajo IV Región, que da cuenta de la deuda previsional total que la empresa Frigorífico Dal Nord mantiene con sus trabajadores, en un número de 150, como de las fiscalizaciones y multas aplicadas; b) **Oficio N° 2764** de 30 de noviembre de 2006 de la Superintendencia de Quiebra, por el que se certifica que Frigorífico Dal Nord no se encuentra declarada en quiebra ni en convenio judicial al 29 de noviembre de 2006; c) **Egreso de Fiscalización** de la Inspección del Trabajo N° 0404/2006/704 de 21 de marzo de 2006, que da cuenta del resultado de la fiscalización del funcionario Jimmy Estuardo Miranda a la empresa Dal Nord Limitada; d) **Ordinario N° 15427** de 12 de diciembre de 2006, del Instituto de Normalización Previsional, por el que se informa sobre la situación de cobranza de la deuda previsional de Dal Nord Limitada en relación a los trabajadores afiliados a esa institución, entre diciembre de 2000 a mayo de 2002, adjuntándose tres listados de dichos trabajadores, con sus respectivos períodos impagos; e) **Oficio de 27 de septiembre de 2006 de AFP Cuprum** y documentos adjuntos, que dan cuenta de los períodos de las cotizaciones declaradas y no pagadas de Frigorífico Dal Nord Limitada a trabajadores afiliados; f) **Oficio de 23 de junio de 2006 de AFP Plan Vital** y anexos, que dan cuenta de similar información respecto a trabajadores afiliados; g) **Oficio de 6 de julio de 2006 de AFP Hábitat** y anexos, que dan cuenta de similar información respecto a sus afiliados; h) **Oficio de**

26 de diciembre de 2006 de AFP Provida y anexos, que dan cuenta de similar información respecto de sus afiliados; i) **Oficio de 29 de junio de 2006 de AFP Bansander** y anexos, que dan cuenta de similar información respecto de sus afiliados; j) **Copia de correo electrónico de 17 de enero de 2007 de AFP ING Santa María** y anexo, entregando similar información respecto de trabajadores afiliados; k) **Informe de fiscalización N° 593** y anexos, de la Dirección del Trabajo Provincial Coquimbo, de fecha 15 de abril de 2002, que contiene la nómina de los trabajadores de Frigorífico Dal Nord Limitada, a marzo de 2002; l) **Informe de fiscalización N° 687** y anexos, de 26 de abril de 2002, de la misma repartición, con la nómina de trabajadores de la citada empresa, actualizada a abril de 2002; m) **Informe de fiscalización N° 1309** y anexos, de 12 de julio de 2002, de la misma repartición, con similar información, a junio de 2002; n) **Informe de fiscalización N° 1726** y anexos, de 23 de agosto de 2002, de la misma repartición, con igual información, a julio de 2002; ñ) **Informe de fiscalización N° 1869** y anexos, de 6 de septiembre de 2002, de la misma repartición, con similar información, a agosto de 2002; o) **Informe de fiscalización N° 1957** y anexos, de la misma repartición, con similar información, a agosto de 2002; p) **Informe de fiscalización N° 1996** y anexos, de 17 de septiembre de 2002, de la señalada repartición, que contiene similar información, a agosto de 2002; q) **Informe de fiscalización N° 2187** y anexos, de 15 de octubre de 2002, de la misma repartición, con similar información, a septiembre de 2002; r) **Informe de fiscalización N° 2704** y anexos, de 11 de diciembre de 2002,

de la señalada repartición, con similar información, a noviembre de 2002 y que contiene además copia simple de la escritura pública de modificación de la sociedad Frigorífico Dal Nord Ltda., de fecha 31 de agosto de 1993, donde se estipula que la administración y uso de la razón social corresponde exclusivamente a Osciel Lautaro Velásquez Leyton, Claudio Fernando Velásquez Hernández y Jorge Mauricio Velásquez Hernández; s) **Oficio de 29 de enero de 2007 de AFP Cuprum**, que informa que la representación legal de Frigorífico Dal Nord Ltda., le corresponde a Osciel Lautaro Velásquez Leyton; t) **Oficio de 26 de enero de 2007 de AFP Plan Vital**, que entrega la misma información del oficio de la letra precedente.

TERCERO: Que estos antecedentes conforman un cúmulo de indicios que apreciados conforme al artículo 297 del Código Procesal Penal, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, se les considera revestidos de fuerza probatoria suficiente para tener por establecido la ocurrencia de los siguientes hechos: Que en un período de tiempo que va desde el 16 de diciembre de 2000 (fecha a contar de la cual comenzó a regir el actual sistema de enjuiciamiento penal en la Región de Coquimbo) y hasta diciembre de 2002, los acusados Osciel Lautaro Velásquez Leyton y Claudio Fernando Velásquez Hernández, actuando como representantes de la empresa Frigorífico Dal Nord Limitada, empleadora de las personas mencionadas en la motivación precedente bajo los números 1 a 31 como testigos ex trabajadores de ésta, descontaron de sus remuneraciones, en los períodos y por los montos que se indicarán, aquella

parte destinada al pago de cotizaciones previsionales, sin proceder a su integro en las respectivas instituciones de previsión, apropiándose así de estos valores, a saber, de **Sofía Alberta Sánchez Lobos**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$ 1.789,265, por los meses de Febrero, Marzo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Pedro Pablo Campos Pizarro**, afiliado al Instituto de Normalización Previsional, de \$1.789,441, correspondiente a los meses de Febrero, Marzo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Deyse del Carmen Arancibia García**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$2.142,213, correspondiente a los meses de Febrero, Marzo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Berta Cecilia Cuello Villalobos**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$ 2.004.656, correspondiente a los meses de Febrero, Marzo, Abril, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Teresita Soledad Araya Díaz**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$1.597,414, correspondiente a los meses de Enero, Febrero, Marzo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001; Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Uberlinda Adriana González Marín**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$1.873.882, correspondiente a los meses de Febrero, Marzo, Abril, Junio, Julio, Agosto, Septiembre,

Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Marlen Lilian Gaona Castillo**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$1.713,329, por los meses de Marzo, Abril, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Cecilia de Lourdes Villarroel Videla**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$ 1.540.081, por los meses de Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001, Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Rosa Elvira Vega Robles**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$ 2.684.064, por los meses de Diciembre de 2000, Enero, Febrero, Marzo, Abril, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Pabla Yolanda Castillo**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$ 1.363.333, por los meses de Enero, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001, Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Mirta del Carmen Jara Farías**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$ 2.024.408, por los meses de Febrero, Marzo, Abril, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Yolanda Cecilia Ogalde Morales**, afiliada al instituto de normalización previsional, de \$1.808,034, por los meses de Diciembre de 2000, Enero, Febrero, Marzo, Abril, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre y Noviembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Miriam Mercedes Vargas Pizarro**,

afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$ 1.762.566, por los meses de Enero, Marzo, Abril, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **María Olivia Pontivo Villavicencio**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$2.205.101, por los meses de Febrero, Marzo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001, Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Ana María Codoceo Toro**, afiliada del Instituto de Normalización Previsional, de \$2.281.656, por los meses de Diciembre de 2000, Enero, Febrero, Marzo, Abril, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre, y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Cecilia del Rosario Olguín Orellana**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$2.050,330, por los meses de Febrero, Marzo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Clotilde Miriam Bugueño Moya**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$1.590.613, por los meses de Febrero, Marzo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Lucía Angelina Pérez Jeraldo**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$ 2.141.415, por los meses de Febrero, Marzo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Manuela Francisca Yáñez Yáñez**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$ 1.779,480, por los meses de Febrero, Marzo, Abril, Junio, Julio, Agosto,

Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Wilson Hernán Valenzuela Zamora**, afiliado al Instituto de Normalización Previsional, de \$2.221,969, por los meses de Febrero, Marzo, Abril, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Eduvina Pastén Pastén**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$ 1.536.112, por los meses Marzo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001; Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Gladys del Rosario Collao Olivares**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$ 1,931.052, por los meses de Febrero, Marzo, Abril, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001; Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Irene Antonia Castillo Muñoz**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$ 1.813.675, por los meses de Marzo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Margarita del Carmen Milla Vega**, afiliada al Instituto de Normalización Previsional, de \$1.704,936, por los meses de Febrero, Marzo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Margarita del Tránsito León Hicks**, Instituto de Normalización Previsional, de \$ 1.864, 327, por los meses de Febrero, Marzo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Mariza Ramona Ramos Soto**, Instituto de Normalización Previsional, de

\$1.891,610, por los meses de Enero, Febrero, Marzo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001, Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Marta Rosa Cortés Araya**, Instituto de Normalización Previsional, de \$1.352,508, por los meses de Febrero, Marzo, Abril, Junio, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Myriam Ana Inostroza Guzmán**, Instituto de Normalización Previsional, de \$ 1.816,035, por los meses de Febrero, Marzo, Abril, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001, Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Raquel de la Cruz Araya Rojas**, Instituto de Normalización Previsional, de \$2.189.818, por los meses de Febrero, Marzo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001, Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; de **Rosa Miriam García García**, Instituto de Normalización Previsional, de \$ 1.768,698, por los meses de Febrero, Marzo, Abril, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2002; y de **Verónica Flores Barraza**, afiliada a AFP Bansander, de \$321.697, por los meses de Enero, Febrero, Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2002;

CUARTO: Que tales hechos configuran un delito continuado de apropiación indebida de cotizaciones previsionales descontadas y no pagadas, previsto en el artículo 19 inciso final del Decreto Ley N° 3500 de 1980 y castigado en el artículo 467 inciso final del Código Penal, teniendo presente para ello el valor de la UTM vigente al momento

de comisión del ilícito (\$27.600 a diciembre de 2002) y el total de los fondos apropiados, que alcanzó a los \$56.553.718.

Para dicha conclusión se ha considerado que la prueba rendida ha permitido establecer que los acusados, en su calidad de empleadores de los trabajadores indicados en la motivación que antecede y prevaliéndose de su obligación legal en cuanto agentes de declaración, recaudación, retención y entero de las cotizaciones de seguridad social en las instituciones previsionales –únicos organismos encargados, también por mandato legal, de su administración–, procedieron por sí mismo o a través de sus encargados y en perjuicio de tales trabajadores, a distraer y finalmente a apropiarse de los dineros descontados de sus remuneraciones y que se encontraban declarados ante tales organismos para ser aplicados a fines previsionales.

Así, y en primer término, se debe decir que la condición de **empleador** que exige el tipo penal respecto del sujeto activo de este ilícito, se debe tener por suficientemente asentada no sólo con los propios dichos de la defensa de los acusados –que lejos de negar la representación legal que estos detentaban de la empresa Frigorífico Dal Nord Limitada en el período establecido de ocurrencia de los hechos, la invocó en cambio precisamente como una calidad insuficiente por sí misma para legitimar una atribución de tipo penal–, sino, además, con la copia de la escritura pública de modificación de esta sociedad, de fecha 31 de agosto de 1993, otorgada ante el notario de Coquimbo Alberto Mozo Aguilar e inscrita en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de

Coquimbo, a fojas 191 bajo el número 169 del año 1993, aparejada en el informe de fiscalización N° 2704 según se explicitó pertinentemente a propósito de la prueba documental de cargo, en la que se señala que la representación de Dal Nord Limitada corresponde en forma exclusiva, conjunta, separada e indistinta a Osciel Lautaro Velásquez Leyton, Claudio Fernando Velásquez Hernández y Jorge Mauricio Velásquez Hernández, lo que se corroboró también con los oficios de enero de 2007, emanados de las AFP Cuprum y Planvital, consignados bajo las letras “s” y “t” como prueba documental en la motivación segunda, que informaron como representante a Osciel Lautaro Velásquez Leyton, y además con los dichos de varios de los testigos que en calidad de víctimas depusieron en la audiencia, que sindicaron a uno u otro acusado o a ambos, como quienes los contrataron y con quienes estuvieron negociando permanentemente hasta antes del cierre de la empresa, lo que también reiteró la Directora del Trabajo señora María Cecilia Gómez Bahamondes. De esta forma, no pudiendo discutirse la representación legal de los acusados de la empresa Frigorífico Dal Nord Limitada, tampoco cabe discutir su condición de **obligados a declarar y retener de los sueldos que pagaban a sus trabajadores, las cotizaciones de seguridad social**, para su posterior integro en los organismos previsionales encargados de su administración, sea que acometieran tal encargo legal por sí mismo o actuando a través de algún mandatario o encargado. Tal encargo que recibe el empleador se basa en una relación legal de derecho laboral que proviene de un contrato de trabajo y que tiene por fuente última un vínculo de confianza entre empleador y

trabajador, justificante del mandato legal de entregar al primero tal cometido, por lo que la detentación material que hace éste de los dineros previsionales del trabajador, es de carácter fiduciario, cumpliéndose otro de los elementos típicos de la apropiación indebida y por ende también de este tipo penal del DL 3500, como una especie de aquélla.

Por otra parte, también resultó indiscutible que la distracción y en definitiva apropiación que hicieron los agentes, **recayó sobre aquella parte de la remuneración de los trabajadores destinada a cotizaciones previsionales**, según se explicitó claramente con el informe perito-contable de la profesional María Cristina Von Caprivi Caro, informe éste que, según sus dichos, se practicó en base a las planillas de cotizaciones de los institutos de previsión a que se encontraban afiliados los trabajadores de Dal Nord Limitada y, por tanto, eran dineros retenidos de las remuneraciones y declarados para fines previsionales, esto es, dineros ajenos. De igual manera, tanto el certificado de deuda como los informes de fiscalización de la Inspección del Trabajo aparejados al juicio, referidos todos a una deuda previsional acumulada y los dichos de cada uno de los testigos-víctimas que depusieron en el juicio, que en forma conteste afirmaron el no pago que sufrieron de sus cotizaciones de parte de su empleador, por uno o varios meses entre diciembre de 2000 y diciembre de 2002, también dieron suficiente cuenta del objeto material de este ilícito. En cuanto al monto de las cotizaciones y a los períodos en que fueron descontadas y no enteradas en las entidades previsionales, por cada uno de los trabajadores precedentemente indicados, dicha pericia, refrendada

por la documental pertinente aparejada que fue dando cuenta del estado de la deuda, constituyeron elementos de comprobación suficiente también para establecer y determinar el monto, período y trabajador a que se encontraba referida las respectivas cotizaciones que constituyeron el objeto del delito de la acusación.

Respecto de **la conducta de los agentes**, cual es la *apropiación o distracción* que deben hacer de los fondos previsionales, en perjuicio del trabajador o de sus derechohabientes, no obstante requerirse en toda figura de apropiación la concurrencia de un elemento material, el apoderamiento, y uno psicológico, el ánimo de comportarse como señor y dueño, debe dejarse consignado, siguiendo a Politoff, Matus y Ramírez a propósito del delito de apropiación indebida, que aquí el apoderamiento consiste en un acto de *disposición*, pues la cosa ya se encuentra en poder del agente o bien cualquier otro acto de voluntad que exteriorice el *animus rem sibi habbendi*, atento que “el simple retardo en la devolución de la cosa, reconociendo dominio ajeno, no constituye apropiación y por lo tanto es impune” (Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial, Edit. Jur., 2004, p. 437 y 438, citando además una jurisprudencia de la CA Talca). En la especie, los agentes primeramente distrajeron tales fondos previsionales, desde que no les dieron la aplicación legal a que estaban obligados, que era la de acumularse a los fondos individuales de previsión de los trabajadores mediante su integro en los respectivos institutos de seguridad social, pero lo hicieron reconociendo su *ajenidad*, desde que se trataba de dineros declarados para dichos fines de previsión, registrándolos como pasivo en los ejercicios

contables de la empresa (dichos de Gómez Bahamondes, Directora del Trabajo y aceptado por el defensor en su alegato de clausura) y mantuvieron sendas negociaciones con representante de los trabajadores y ante la autoridad fiscalizadora para proceder a su devolución o integro legal, comprometiéndose a ello en septiembre, octubre y diciembre de 2002 (dichos de la citada funcionaria, ratificados por la mayoría de los testigos-víctimas que con menos precisión, pero en forma consistente y permanente se refirieron una y otra vez a estas negociaciones y ofrecimientos de solución de la deuda previsional). Y, seguidamente, los agentes procedieron a la *apropiación (disposición)* definitiva de los fondos previsionales, a partir del cierre de la empresa Frigorífico Dal Nord Limitada y autodespido consecuente que le siguió de numerosos trabajadores (sindicatos 1 y 2 según el testigo y ex-dirigente Pedro Campos Pizarro, y de igual forma, aunque con menos precisión, los testigos Verónica Flores Barraza, Cecilia Olguín Orellana, Margarita Milla Vega y Gladys Collao), esto es, entre diciembre de 2002 y enero de 2003, puesto que dicha decisión de la empleadora (cerrar la empresa absteniéndose de finiquitar los contratos de los trabajadores), se evidencia como inequívoca manifestación de una voluntad no dispuesta a devolver los fondos distraídos.

Ahora bien, debiendo recaer este tipo penal exclusivamente en una cosa fungible (una suma de dinero), natural se hace colegir que la condición de retenedor legal que le impone la ley al agente, lo autoriza a una distracción de los dineros con ánimo de señor y dueño y de obtención incluso de un lucro, atento a que el título de entrega

en este caso se asimila a la tradición, pero con cargo a enterar en su momento en la institución de previsión similar cantidad de dinero. Por ello, no pueden compartirse los argumentos de la defensa, en sus alegatos de apertura y cierre, cuando discutió la ilicitud de una conducta como la endilgada a los acusados en la acusación, desde que existiendo declaración previa de los fondos previsionales de cada trabajador no podría existir ánimo de apropiación, con lo que desaparecería una exigencia típica de la apropiación indebida, de cuyo género la figura del artículo 19 de DL 3500 constituye una especie. Por el contrario, estos sentenciadores estiman que dicho ánimo de apropiación sí puede existir y de hecho existe desde un primer momento y no sólo a propósito del tipo especial del Art. 19 del DL 3500, sino también en la figura del artículo 471 N° 1 del Código Penal, cuando el apoderamiento recayere sobre especies fungibles como el dinero, en razón de que el título por el que se entregaron esos fondos, cualquiera sea su clase, necesariamente deviene aquí en tradición. Lo anterior lleva, entonces, a concluir que en el tipo penal analizado y también en la apropiación indebida de dinero y demás cosas fungibles del citado artículo 471 N° 1 del Código Penal, el ánimo de apropiación típico se encuentra situado a nivel de la conducta exterior del agente en que se manifiesta la intención de no proceder a la devolución o integro de los dineros distraídos, mas no en el simple apoderamiento que, salvo que los dineros entregados lo hayan sido en un cofre cerrado, lo natural es que lo habiliten a disponer de ellos, pero con cargo de devolverlos en similar cantidad. De lo anterior, cabe ahora colegir otra consecuencia, cual es la de que en

estos casos el ánimo de apropiación debe necesariamente presumirse, pero no es objeto de reproche sino hasta el momento en que efectivamente, siguiendo a los autores referidos, se transforme en un *acto de disposición* o en un *acto de voluntad que exteriorice al animus rem sibi habendi del tipo*, esto es, cuando el agente inequívocamente encamina su accionar a no devolver o enterar similar cantidad de dinero a la que se le entregó o retuvo por mandato legal, todo lo que permite darle inteligibilidad a la norma que describe el tipo penal del artículo 19 del DL 3500.-

En cuanto al **perjuicio** de la víctima, que también exige este tipo penal, debe decirse que al igual que en la figura del artículo 471 N° 1 del Código Penal y de nuevo siguiendo a los autores señalados, dicho elemento “opera limitando el ámbito de lo ilícito penalmente, como una *condición objetiva de punibilidad*” (p. 438), lo que en otras palabras significa que el dolo del agente no lo comprende, configurándose el ilícito desde que objetivamente se produce dicho perjuicio, el que debe necesariamente tener un contenido patrimonial (una disminución de la remuneración del trabajador que no aumenta por equivalencia sus fondos previsionales, sino que aprovecha a un patrimonio ajeno). Por lo expuesto, este delito no se consuma con la mera apropiación o la distracción, sino desde que, con posterioridad al apoderamiento, el agente deja definitivamente de ingresar los fondos al organismo encargado legal de su administración, lo que en otras palabras viene a significar que el momento de la restitución es el que determina también el perjuicio y la consumación del delito, para el caso que aquélla no se produzca. Con

todo, dado que tal momento no ha sido fijado en la fuente de esta obligación impuesta al empleador, que es la ley (la que en cambio, sí lo hizo tratándose de la obligación de declaración de los fondos en los institutos de previsión), impondrá estarse al análisis fáctico específico para su determinación, el que en la especie, cabe fijarlo en diciembre de 2002, cuando según sostuviera la testigo representante máxima de la entidad fiscalizadora del cumplimiento de las normativas laborales, se tuvo la última conversación con los representantes de la empleadora para el pago de la deuda previsional acumulada, a la que siguió luego el cierre de la empresa y el autodespido de los trabajadores (dichos de testigos Campos Pizarro, Flores Barraza, Olguín Orellana, Pontivo Villavicencio), puesto que allí se exteriorizó definitivamente el ánimo de apropiación de los agentes.

Finalmente, los hechos de la acusación sólo pudieron tenerse por acreditados en relación a los trabajadores que, en su condición de víctimas de los mismos, comparecieron ante estrados a declarar, como ya se asentara precedentemente, desde que la prueba rendida se demostró incapaz de producir convicción en relación a los demás ex trabajadores, habida cuenta que de los dichos de algunos de los testigos compareciente se dejó entre ver que existieron y se llevaron a cabo también negociaciones individuales de la empresa con algunos trabajadores tendientes a finiquitar o solucionar algunas prestaciones adeudadas, cuyo detalle de éstas no fue mayormente explicitado;

QUINTO: Que para estimar que los hechos constituyen un *delito continuado* de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, tal como se adelantó

en la deliberación, y no obstante encontrarse asentado que los hechos se verificaron en forma reiterada durante un determinado lapso de tiempo, se ha tenido especialmente en consideración que en la especie los hechos escapan al régimen concursal común atendida la evidente indeterminación probatoria relativa a cada una de las ocasiones en que ellos pudieron haberse verificado (sobre todo para determinar en cada una de las distracciones de fondos el momento preciso a partir del cual la conducta de los agentes se encaminaba definitivamente a la apropiación), así como del detalle de los actos que en cada caso los fueron integrando, falencia probatoria ésta, por lo demás, derivada de la natural imposibilidad de pesquisar acotadamente cada una de las realizaciones típicas en razón de la naturaleza de este tipo de ilícitos, condiciones a las que cabría agregar los demás requisitos que la jurisprudencia y doctrina nacionales unánimemente han aceptado para estimar que se está ante un delito continuado, a saber, “la unidad de autor; la identidad del tipo penal realizado en diversas ocasiones (un solo derecho violado); que esas realizaciones tengan lugar en un lapso prolongado de tiempo, y la unidad de propósito en el agente” (Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Ed. Jur., 2004, p.448-449, citando jurisprudencia y las opiniones de Etcheberry y Garrido Montt), todos los que en la especie claramente concurren. A lo anterior se agregan los juicios de los tratadistas Mezger y Beling, señalando el primero que queda siempre un margen de arbitrio del juez para apreciar la *continuación* y estimando el segundo, por su parte, que el delito continuado es un concepto de valor, que debe dejarse entregado

a la ponderación judicial (citados por Etcheberry Alfredo, en Derecho Penal, T.IV, 2ª edición, Edit. Gabriela Mistral, p. 65 y ss.).

SEXTO: Que en cuanto a la **participación** que le cupo a los acusados en la perpetración del ilícito materia del juicio, los mismos elementos, como se ha indicado, también han dado convicción suficiente para atribuírselas, a título de co-autores, dado que a lo menos evidenciaron el conocimiento que tenían de no haberse enterado dichos dineros, ya descontados de las respectivas remuneraciones de los trabajadores, en los organismos previsionales a que éstos se encontraban afiliados y claramente realizaron actos que inequívocamente permitieron suponer la consumación por ellos de la distracción y en definitiva de la apropiación que hicieron de tales fondos (asentamiento en los ejercicios anuales de la empresa del monto total de tales cotizaciones como pasivo de la misma, diversas negociaciones con los trabajadores y ante la autoridad fiscalizadora, asumiendo compromisos frente a ellas y ante otras autoridades, peticiones de aumento de cuotas de captura de langostino, ofertas de ventas de inmuebles, etc.), por lo que debe considerarse que tomaron parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Por lo anterior, cabe desestimar los argumentos de la defensa explicitados en su alegato de apertura y desarrollados en mayor extensión en el de cierre, en cuanto estimó que en razón de la falta de descripción de las conductas que se atribuían a los acusados en la acusación, así como su sola calidad de representantes legales de Frigorífico Dal

Nord Ltda., no permitía establecer a su respecto un juicio de reprochabilidad penal, citando además el artículo 22 inciso 1° de la Ley N° 17.322 que señalaba precisamente que el descuento y entero de las cotizaciones previsionales se podía hacer no sólo por los representantes de la empresa sino también por otros encargados y mandatarios. Más allá de poder compartir con dicho litigante que se echó de menos en la acusación una descripción más determinada de los hechos y circunstancias en que se hicieron consistir las numerosas distracciones de fondos previsionales que tuvieron lugar respecto del período acotado en la acusación, lo cierto es que la conducta de los agentes exigible en el tipo penal sí se determinó suficientemente, cuál es la de apropiarse o distraer el dinero proveniente de las cotizaciones que se hubieren descontado de las remuneraciones del trabajador, indicando el período durante el cual dicha conducta se repitió, siendo de suyo obvio, por la gran cantidad de estas conductas así como por los montos y períodos involucrados, que dicha determinación se debía completar con el análisis de la prueba de cargo ofrecida en la audiencia de preparación del juicio oral en sede de garantía y a la que tuvo acceso la defensa. Un detalle completo de la descripción de las conductas de los acusados, obligaría en este tipo de delitos a acusaciones in extensas, de considerables dimensiones y por lo mismo también de poca inteligibilidad, lo que tampoco puede corresponder a un afán perseguido por el legislador para considerar debidamente trabada la litis procesal penal en estos casos. En fin, acerca del argumento de la insuficiencia de la representación legal como justificante de un reproche penal, estos

sentenciadores están absolutamente de acuerdo, pero en el caso que nos ocupa, la prueba rendida, en lo relativo a la serie de actuaciones llevadas a cabo por los acusados, en conjunto con representante de los trabajadores y ante autoridades de la zona, como ya se tuviera por acreditado según se ha venido consignando, no dejó dudas acerca no sólo del conocimiento que siempre tuvieron los encausados de la distracción de los fondos, sino de que además dicha distracción era fruto de su actividad, por sí o a través de encargados de confianza, siendo tal circunstancia y no la representación legal en cuanto tal, el fundamento de la atribución que se les hace en la acusación y que también se recoge en esta sentencia;

SÉPTIMO: Que haciéndose cargo de otros vicios e inconsistencias denunciados por la defensa de los encartados en relación a la acusación, y respecto de los cuales no se ha hecho todavía precedentemente un pronunciamiento, se procederá a su análisis y dilucidación en la forma que pasa a consignarse.

Primeramente y en cuanto a una eventual incompetencia respecto de los hechos que fundan la acusación, desde que éstos se hicieron iniciar en una época anterior a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, debe decirse que aún cuando pueda parecer discutible que en su alegato de apertura el fiscal pudiera recién circunscribirlos, en cuanto a su inicio, a una época en que este tribunal era competente, es del parecer de estos jueces que pudiéndose castigar tales hechos en la forma de un delito continuado, y correspondiendo tal nomenclatura a una entelequia que la doctrina y jurisprudencia han elaborado para comprender determinados

hechos que en forma aislada pudieran constituir diversos ilícitos, pero que por razones de falta de determinación probatoria de las conductas en cuanto a las épocas de inicio y de término, a razones de proporcionalidad en el castigo de variadas conductas que se repiten en el tiempo afectando de similar manera un mismo bien jurídico, a la indeterminación precisa de fechas, etc., solo reunidos en un único hecho se hace posible su persecución penal, se debe concluir, entonces, que también puede quedar entregado al juzgador la determinación y por ende su persecución, a contar de una época en que su castigo es posible, de acuerdo a la competencia de dicho tribunal, que es lo que estos sentenciadores precisamente han hecho, al momento de acotar su competencia a los hechos a contar del 16 de diciembre de 2000, la data de entrada en vigencia en esta región del país del nuevo sistema de enjuiciamiento penal. Al así proceder no se ha afectado ningún principio de ejecución, sino que sólo se dejaron de considerar hechos que pudiendo constituir un ilícito separado y haberse unidos para efectos del delito continuado en un único hecho, correspondía excluirlos por carecer de competencia el tribunal para entrar a su juzgamiento.

Por otra parte, también la defensa argumentó que la falta de determinación de las víctimas en la acusación, incumplía el artículo 259 letra b) del Código Procesal Penal, que exige como contenido imprescindible de ésta, la relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica, lo que en el caso de la figura penal propuesta en la acusación se hacía más imprescindible aún, desde que se trata de una especie de apropiación indebida cuyo bien jurídico son las

cotizaciones previsionales, las que recaen en un trabajador con nombre y apellido, y que el empleador se encuentra en la obligación de devolver a virtud de un título que le impone dicha obligación, de suerte que al no hacerlo le causa un perjuicio a una persona determinada. Agregó que tal dato esencial no ha sido aportado en parte alguna de la acusación, con lo que tampoco se pueden conocer los períodos y montos apropiados y que cabe preguntarse acerca de quiénes son las víctimas, o si pueden serlo los trabajadores que comparecieron al juicio o si lo son los que no comparecieron, o aquellos comprendidos en una querella a que se hace referencia en la acusación, entre paréntesis, es decir como un dato accesorio, o si pueden serlo todas las personas mencionadas por el acusador en su alegato inicial (permitiéndosele así no sólo probar los hechos de la acusación sino también probar cuál es la acusación). Todas estas cuestiones, agregó, son imposibles de resolver si no se conoce la querella a que se remite la acusación, la que sin embargo fue abandonada y no se aparejó al juicio. Que así se ha afectado el derecho de defensa de sus representados, derecho de defensa que no sólo tiene que ver con que se haya tenido efectivamente o no la posibilidad de conocer esta información, durante las etapas prece- dentes del procedimiento, sino además porque se ha expuesto a los acusados a un juicio en que los sentenciadores no tienen los elementos para dictar sentencia.

Sobre tales planteamientos, sin perjuicio de lo ya argumentado en la motivación precedente y anteriores en lo pertinente a este punto, cabe agregar que pudiéndose también compartir por el tribunal que la fórmula empleada por

el acusador para referirse a la persona de las víctimas del delito haciéndose referencia a las personas individualizadas en una querella, no era lo más apropiado, desde que no se podía tener certeza acerca de la suerte que correría dicha actuación particular en el devenir del procedimiento, al punto que la misma fue abandonada, no lo es menos que en un momento procesal determinado dicha actuación sí formó parte del procedimiento incoado en contra de los acusados, lo que vino a legitimar cualquiera referencia hecha por el acusador público para completar la exposición de los hechos de su acusación, instante aquél en que también la defensa de los acusados debió tomar suficiente conocimiento de los datos de tales personas y, por consecuencia, de los períodos de cotizaciones involucrados, por lo que asaz exagerado resulta pretender ahora indefensión por desconocimiento del exacto contenido de los hechos que se contienen en la acusación, y que se encuentran abundantemente concretados en la prueba documental y pericial rendida en el juicio. Como ya dijéramos con anterioridad, nos encontramos aquí con un tipo penal que razonablemente impone una formulación más o menos genérica de los hechos, con los elementos típicos que le son propios, pero que su completa exposición en cuanto a cantidades exactas y períodos involucrados quedará entregado a lo que en definitiva pueda probarse en el juicio. En la acusación que ha motivado estos antecedentes, aunque en forma esmirriada, el acusador sí alcanzó ha establecer suficientemente los términos y límites de su actividad persecutora, de modo de permitir a su contendora una debida defensa, desde que junto con establecer una época de

ocurrencia de los hechos, ha señalado en que consistieron éstos de acuerdo a la figura típica propuesta, y ha hecho referencia a las víctimas, invocando un acto procesal que en ese momento tenía existencia real en el proceso (la querella), todo lo que debe estimarse suficiente información para que la parte de los acusados planteara eficientemente su defensa en el juicio.

OCTAVO: Que entonces la acción delictiva resultó verificada en los términos propuestos en la acusación del Ministerio Público, dado que los agentes en su condición de empleadores y encargados legales, en perjuicio de los trabajadores indicados en la motivación tercera, y por el período señalado pero delimitado por el tribunal a una fecha a partir de la cual tenía competencia, distrajeron y se apropiaron de aquella parte de la remuneración destinada a fines de seguridad social y que previamente habían declarado al efecto ante las instituciones de previsión respectiva;

NOVENO: Que de igual modo, según ya se concluyó precedentemente, este tribunal estima suficientemente acreditado que los acusados, siendo imputables, actuando voluntariamente de manera contraria a derecho, y en forma culpable, esto es, con conciencia de la ilicitud de su conducta, completaron las exigencias normativas respecto de la conducta y actividad necesaria del tipo delictivo que se les imputó, en grado de delito consumado, tomando parte en su ejecución de una manera inmediata y directa, lo que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, les confirió la calidad de autores del mismo;

DÉCIMO: Que desde otro orden de consideraciones, también se dejó sentado que el tipo penal descrito en el

inciso final del artículo 19 del DL 3.500, sea cuales fueren las consideraciones que puedan haber respecto de sus especiales características en cuanto especie de una apropiación indebida, impone a estos sentenciadores una interpretación que dé vigencia al mandato legal que ha través de dicho tipo se expresa, desde que en él se manifiesta la voluntad soberana de la comunidad a través del representante constitucional llamado a expresarla, cual es el órgano legislativo, con miras a desincentivar prácticas laborales que ponen en peligro las relaciones laborales y se constituyen en focos de inestabilidad social y económica.

UNDÉCIMO: Que favorece a ambos acusados la circunstancia aminorante de responsabilidad de su irreprochable conducta anterior, atento el mérito que emana de sus extractos de filiación y antecedentes aparejados al juicio, exentos de reproches penales;

DUODÉCIMO: Que siendo la pena asignada al delito un grado de una divisible y concurriendo en favor de los acusados una circunstancia atenuante y no perjudicarles ninguna agravante, se les impondrá ésta en su mínimo.

Por estas consideraciones y de acuerdo además con los artículos 1, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 26, 29, 67 y 467 inciso final, del Código Penal; artículo 19 inciso final del DL 3500 del año 1980; y 1°, 47, 295, 297, 340, 341, 342, 348, 483 y 484 del Código Procesal Penal, se resuelve:

I.-Que se condena a los acusados Osciel Lautaro Velásquez Leyton y Claudio Fernando Velásquez Hernández, ya individualizados, como co-autores del delito continuado de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, previsto en el artículo 19 inciso final del DL 3500 y sancionado

en el inciso final del artículo 467 del Código Penal, cometido en Coquimbo entre el 16 de diciembre de 2000 y el mes de diciembre de 2002, en perjuicio de las personas individualizadas en la motivación tercera, por un monto total de \$56.553.718, a padecer cada uno la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, a pagar una multa de treinta Unidades Tributarias Mensuales y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena;

II.-Que desprendiéndose del tenor de los informes presentenciales de los condenados, que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario para una efectiva readaptación y resocialización, y reuniéndose los demás requisitos del artículo 15 de la Ley N° 18.216, se les concede a ambos el beneficio de la libertad vigilada, debiéndose someter al control de Gendarmería por el mismo término de la pena privativa de libertad impuesta y dar cumplimiento a las demás exigencias del artículo 17 de la misma ley;

III.- Que se absuelve a los acusados Osciel Lautaro Velásquez Leyton y Claudio Fernando Velásquez Hernández de los cargos de la acusación en relación a los demás ex-trabajadores de Frigorífico Dal Nord Limitada a que hizo referencia el acusador en su alegato de apertura;

IV.-Que se los condena en costas.

Devuélvanse al Ministerio Público los documentos y antecedentes acompañados al juicio.

Una vez ejecutoriada esta sentencia, remítase una copia autorizada al Juzgado

de Garantía de Coquimbo a fin de que le dé oportuno cumplimiento.

Regístrese, dense las copias autorizadas que correspondan y archívese en su oportunidad.

Redactada esta sentencia por el juez Espinosa Rojas.

Rol único de causa : 0300075420-9.

Rol interno de Tribunal : 80-2007.

Pronunciada por los jueces titulares de la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, Jaime Meza Sáez, Jorge Pizarro Astudillo y Juan Carlos Espinosa Rojas.

SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA QUE DECLARA INADMISIBLE LA CAUSAL DE NULIDAD DEL ARTÍCULO 373 LETRA A) DEL C.P.P. Y ORDENA REMITIR LOS ANTECEDENTES A LA I. CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA.

Santiago, veintinueve de octubre de dos mil siete.

Vistos:

1° Que la defensa de Osciél Velásquez Leyton y Claudio Velásquez Hernández, recurre de nulidad contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, por la cual fueron condenados como autores del delito continuado de apropiación indebida de cotizaciones previsionales.

2° Que en primer término, se ha invocado la causal contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, estimándose vulnerado el artículo 7 párrafo 7 y 9 del Pacto de San José de Costa Rica, porque se

califica como delito un hecho que no es tal y que infringe la prohibición de imponer a una persona, prisión por deudas. Luego, analiza los elementos del tipo por el cual han sido condenados sus representados y concluye que no se ha demostrado la existencia de todos ellos.

En forma subsidiaria, alega la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por similares consideraciones a las esgrimidas respecto de la letra a).

Y nuevamente, en forma subsidiaria otra vez, invoca la causal de la letra a) del artículo 373, por haberse vulnerado los artículos 19 N° 3 de la Constitución Política en cuanto al derecho a defensa y al proceso previo legalmente tramitado y denuncia también, infracción al artículo 8° párrafo 2° b) del Pacto de San José y a los artículos 259 b), 277 b), 341 y 374 f) del Código Procesal Penal, porque el hecho materia de la acusación, no fue debidamente informado al acusado y la sentencia condenó por hechos no contenidos en ella, ya que se trata de una narración circunstanciada de hechos, que supone la inclusión de tiempo de comisión, personas afectadas, montos apropiados, períodos no pagados y también, la forma de apropiación o distracción.

3° Que el Ministerio Público, ha solicitado la declaración de inadmisibilidad del primer fundamento de la causal a) del artículo 373 invocada, ya que se solicita la nulidad de la sentencia y sentencia de reemplazo, en circunstancias que correspondía pedir nulidad del juicio y de la sentencia. Sobre el segundo capítulo de la letra a), del artículo 373, pide que sea reconducido a la Corte de Apelaciones respectiva,

porque en realidad se trata de la causal f) del artículo 374.

4° Que sobre la primera causal a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, cuya competencia corresponde a esta Corte, valga decir que si bien es cierto se asila en una disposición de carácter internacional que establece una garantía para los ciudadanos, en realidad lo que se hace por el recurso, es impugnar el tipo penal, sus elementos, la acreditación de sus supuestos y su penalidad, de modo que no se trata en la especie, de la infracción específica de una disposición constitucional, sino que de la errónea interpretación del derecho, lo que no se ajusta a la causal invocada, sino que a la contenida en la letra b) del artículo 373, razón por la cual en cuanto a este acápite, el recurso será declarado inadmisibile.

5° Que, sobre el segundo fundamento que sirve a la invocación subsidiaria de la letra a) del artículo 373, tal como lo sugiere el Ministerio Público, lo que en realidad se impugna, es la falta de congruencia entre la acusación y la condena, vicio que debe ser denunciado a través de la causal f) del artículo 374 del Código Procesal Penal, razón por la cual, se procederá en la forma que autoriza el artículo 383 de ese cuerpo legal.

Por estas consideraciones y disposiciones legales citadas, **se declara inadmisibile el primer acápite de la causal a) del artículo 373 del Código Procesal Penal y en cuanto a las demás, remítanse estos antecedentes a la Corte de Apelaciones de La Serena** para que, si estima admisible el recurso interpuesto por la defensa, conozca del mismo y proceda a fallarlo.

A fs. 112, como se pide, a costa del solicitante.

A fs. 113, téngase presente.

Regístrese y remítase con su agrado.

Rol N° 4583-07

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

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

SENTENCIA I. CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA QUE RECHAZA EL RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO.

La Serena, veinticuatro de diciembre de dos mil siete.

Vistos:

A fs. 13 comparece don José Ilabaca Sáez, abogado defensor, por los condenados Osciel Lautaro Velásquez Leyton y Claudio Velásquez Fernández en causa por apropiación indebida interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada el 8 de Agosto último por el Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, por la cual se les condenó a la pena privativa de libertad de CUATRO AÑOS de presidio menor en su grado máximo y accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y a inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena, y multa de TREINTA UNIDADES TRIBUTARIAS mensuales y costas de la causa por su responsabilidad como autores del delito continuado de apropiación indebida de cotizaciones

provisionales previsto y sancionado en el artículo 19 del Decreto Ley N° 3.500, con relación al artículo 467 inciso final del Código Penal perpetrados entre el 16 de Diciembre de 2002 y el mes de Diciembre de 2002 en perjuicio de 31 trabajadores de la empresa Frigorífico Del Nord Limitada por un monto total de \$ 56.553.718. La misma sentencia los absolvió del mismo delito respecto de los demás ex trabajadores de la empresa.

Funda su recurso en lo concerniente a la competencia de esta Corte, subsidiariamente en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo a fin de que se anule la sentencia y se dicte una de reemplazo, aplicando correctamente el artículo 19 del Decreto Ley 3500 puesto que el hecho como se tuvo por establecido en el fallo no satisface los requerimientos del tipo penal y se absuelva a los imputados.

Declarado admisible el recurso se llevó a efecto la audiencia correspondiente y se fijó para la lectura del fallo el veintiséis de Diciembre en curso a las doce horas.

Considerando:

PRIMERO: Que a través del presente recurso se pretende la invalidación de la sentencia en alzada que condenó a los imputados a las penas de CUATRO AÑOS de presidio menor en su grado máximo y accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y a inhabilitación absoluta para cargos y oficios

públicos mientras dure la condena, y multa de TREINTA UNIDADES TRIBUTARIAS mensuales y costas de la causa argumentando que habría incurrido el tribunal al pronunciar sentencia, en la causal de errónea aplicación del derecho, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, cuando dicho fallo, califica como delito un hecho que no es tal porque no satisface los requerimientos del tipo penal, y ha aplicado penas cuando correspondía absolverlos.

SEGUNDO: Que el recurrente funda la errónea aplicación del derecho en que la correcta aplicación del artículo 19 del Decreto Ley 3.500 supone la constatación de la concurrencia de todos los elementos que integran el tipo penal, entre ellos la existencia efectiva del **objeto material del delito:** del dinero proveniente de las cotizaciones que se hubiere descontado de la remuneración del trabajador, no se tuvo como hecho acreditado por el fallo ni se rindió prueba alguna sobre su existencia en el juicio, y la concurrencia del **ánimo apropiatorio** que no concurre en la especie porque no concurre en la especie porque no puede haber tal ánimo si el objeto material sobre el cual recae no existe verdaderamente y porque el empleador reconoció esta obligación declarando las cotizaciones provisionales a las respectivas instituciones.

TERCERO: Que si consideramos que la pretensión punitiva ha de concretarse, en cada caso, en la imputación de uno o más hechos que, con arreglo a la ley penal sustantiva configuran un determinado delito, serán hechos relevantes o pertinentes aquellos que acreditan o excluyen la presencia de los componentes del delito, la participación culpable del hechor y las circunstancias modificatorias

de su responsabilidad criminal comprendidas en la acusación. Esta idea de la relevancia la encontramos, bajo la denominación sinónima de pertinencia, en el artículo 276 del Código Procesal Penal cuando se refiere a las pruebas que fueren manifiestamente imperitinentes y a la reducción del número de testigos o documentos cuando se desee comprobar circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia sometida al conocimiento del tribunal del juicio oral. Que, en el caso sub-lite, si bien los imputados no hicieron apropiación material del dinero, no es menos cierto que su patrimonio se vio incrementado por los montos no desembolsados en el cumplimiento de sus obligaciones previsionales. A este respecto en el fundamento CUARTO del fallo en estudio, el Tribunal señala las razones que tuvo para establecer el tipo delictivo del inciso final del artículo 19 del Decreto Ley N°3.500 en relación con el artículo 467 inciso final del Código Penal, porque lo sancionado es la apropiación o distracción del dinero proveniente de las cotizaciones previsionales descontado a los trabajadores, predicamento que estos sentenciadores comparten.

CUARTO: Que en estas condiciones no ha habido una errónea aplicación del derecho que haya influido en lo dispositivo del fallo por lo que habrá de rechazarse el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia en estudio por este capítulo.

QUINTO: Que subsidiariamente la Excma. Corte Suprema ha determinado que la causal subsidiariamente interpuesta corresponde al motivo absoluto de nulidad del artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, esto es la supuesta falta de congruencia entre el contenido de la acusación y de la sentencia.

SEXTO: Que, por lo pronto, conviene destacar que **aun cuando la sentencia condenatoria no puede exceder los términos de la acusación** y por ende no es posible castigar por hechos o circunstancias no comprendidos en aquélla, como lo preceptúa el artículo 341, inciso primero, del Código Procesal Penal, so pena de incurrir en el motivo absoluto de nulidad del juicio y su fallo, consagrado en la letra f) del artículo 374 del mismo ordenamiento y que también se ha esgrimido subsidiariamente por el recurrente, tampoco puede perderse de vista que la inobservancia de la extensión de **el artículo 270 de la referida recopilación legal citada. Y esta sola situación resulta** la congruencia fáctica que aduce la defensa, a la acusación y sentencia a que se refiere el inciso final del artículo 259 produce otro efecto distinto de la nulidad que se pretende, desde el momento que la actuación viciada da origen a la necesidad de subsanar la acusación del modo consignado en bastante para desestimar esta causal de impugnación en examen.

SÉPTIMO: Que, sin embargo y a mayor abundamiento, cabe tener en cuenta que los hechos contemplados en la formalización de la investigación son definitivos, en el sentido que después de realizados no pueden ampliarse y, en consecuencia, la acusación debe contener la relación circunstanciada de los hechos atribuidos y de su calificación jurídica, ya que sólo así puede controlarse la congruencia antes aludida y permite al encausado preparar adecuadamente su defensa sin temor a sorpresas ni sucesos extraños a la acusación. En otras palabras, los cargos no pueden alterarse a base de nuevos hechos punibles atribuibles a los imputados. Esta es la esfera del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, al igual de lo que acontece con

la sentencia definitiva condenatoria que no puede exceder el contenido de la acusación, conforme lo prescribe el artículo 341 del mismo texto, sin perjuicio que, tal como en el evento anterior, el tribunal puede darle a los hechos una calificación jurídica diferente o apreciar la concurrencia de elementos agravantes de la responsabilidad criminal no incluidos en la acusación, siempre que se hubiere advertido a los intervinientes de esta situación durante la audiencia.

OCTAVO: Que todavía es menester dejar en claro que en la litis penal, de acuerdo con el derecho al juicio previo y a la presunción de inocencia, el Estado tiene impuesta la carga de demostrar en grado de certeza todos los extremos de la imputación delictiva, o sea, todos aquellos hechos que, individualmente o en su conjunto permiten establecer los ingredientes del delito o, por el contrario, cuestionarlos.

NOVENO: Que esta noción adquiere interés si se repara en que las narraciones de los hechos de la acusación y de la defensa, en el contexto del debate contradictorio, aparecen plagadas de circunstancias accidentales carentes de mayor importancia para la resolución de la controversia y cuya demostración tiende muchas veces al entorpecimiento de los objetivos perseguidos por el proceso penal. Y en este ámbito se insertan los elementos accidentales que reclama el recurrente alteran lo probado, más allá de toda duda razonable.

Y visto además lo señalado en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal se **RECHAZA** el recurso de nulidad interpuestos don José Ilabaca Sáez, abogado defensor, por los condenados Osciél Lautaro Velásquez Leyton y Claudio Velásquez Fernández en contra de la sentencia de ocho de Agosto último, dictada por el

Tribunal Oral en lo Penal de La Serena por la cual se les condenó a CUATRO AÑOS de presidio menor en su grado máximo y accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y a inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena, y multa de TREINTA UNIDADES TRIBUTARIAS mensuales y costas de la causa declarándose que la sentencia no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de doña María Angélica Schneider Salas, Ministro titular.

Rol N° 283-2007.-

COMENTARIOS ACERCA DEL PRIMER FALLO PRONUNCIADO EN EL MARCO DEL NUEVO PROCESO PENAL POR DELITO DE INTERRUPCIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA LEY N° 12.927 SOBRE SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO

Rodrigo Garay Rojas²⁶⁰

1. Antecedentes

Con fecha 21 de febrero del año en curso, las dependencias del Centro de Justicia de Santiago fueron alertadas, mediante llamadas telefónicas efectuadas de forma anónima, de la presencia de un artefacto explosivo en sus dependencias, siendo adjudicada esta acción a la Coordinadora Mapuche Arauco Malleco.

Sin embargo, una vez iniciadas las gestiones investigativas, se comprobó que las llamadas no provenían de la Coordinadora en cuestión, sino que las había efectuado una persona desde Santiago, a través de un celular, que resultó ser de un asesor tributario, quien por no poder asistir a una audiencia, hizo estas llamadas a fin de que dicha audiencia fuera suspendida.

Las alertas de bomba antes referidas afectaron el normal funcionamiento del Centro de Justicia de Santiago, interrumpiéndose de este modo las audiencias programadas con antelación y postergándose la realización de otras, debiendo ser desalojados los funcionarios de los distintos Tribunales que allí funcionan, todo lo cual generó un importante despliegue de funcionarios policiales y Gendarmes, necesarios para revisar exhaustivamente el lugar y prevenir fugas de las personas privadas de libertad.

Esta interrupción de funciones se prolongó por aproximadamente dos horas, causando gran alarma entre las personas que allí se encontraban, además de generar importantes costos, producto de los recursos materiales y humanos que debieron ser utilizados en la revisión exhaustiva de las distintas dependencias del Centro de Justicia de Santiago, en el desalojo de las personas que allí se encontraban y en la interrupción de las audiencias y juicios programados.

Frente a estos hechos, el Ministerio Público, a través de la Fiscalía Metropolitana Oriente, formuló acusación en contra de este sujeto por su responsabilidad como autor del delito consumado de Interrupción de Servicio Público, previsto y sancionado en la letra c) del artículo 6 de la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado.

Es así como, en Procedimiento Abreviado, el imputado, quien previamente reconoció los hechos motivo de la acusación, fue condenado por el 8° Juzgado

260 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

de Garantía de Santiago a sufrir la pena de dos años de presidio menor en su grado medio y accesorias de suspensión de cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, por su responsabilidad en calidad de autor del delito antes mencionado.

2. Comentarios

Los avisos de presencia de artefactos explosivos (mayoritariamente a través de llamadas telefónicas) en distintas dependencias de instituciones públicas o privadas, cuya ocurrencia no fue poco frecuente durante el primer semestre del presente año, constituyeron conductas mediante las cuales se atentó en contra de la seguridad individual y la integridad física de las personas, además de vulnerarse mediante las mismas el orden público y la tranquilidad pública, entendida esta última como el derecho de la sociedad a no verse expuesta a hechos que alteren el normal desarrollo de sus actividades y funciones básicas. De ahí la relevancia de combatir esta clase de delitos, por cuanto los bienes que se protegen son de notable relevancia, precisamente, porque en virtud de los mismos se pretende el mantenimiento del orden social en el marco del Estado de Derecho que debe ser respetado por todos los sujetos que forman parte de él.

En este orden de ideas, resulta del todo relevante analizar el contenido y razonamientos del primer fallo pronunciado desde el inicio de la Reforma Procesal Penal en nuestro país, por un delito cometido contra la Ley de Seguridad Interior del Estado, sin perjuicio de que para estos efectos deba analizarse previamente la estructura típica del delito sancionado, esto es, del delito de Interrupción de Servicio Público de la letra c) del Artículo 6° de la Ley N° 12.927.

a. Análisis del delito contemplado en el Artículo 6 letra c) Ley N° 12.927²⁶¹. Delito contra el Orden Público.

En primer lugar, en lo que dice relación con la identificación del bien jurídico que habría querido proteger el legislador con la tipificación de esta figura, diremos que existe consenso en cuanto a que con la comisión de este delito se afectaría el “Orden Público”, sin perjuicio de que para que esta afirmación cobre sentido, sea necesario ahondar en cuanto al contenido del cual aquél debe entenderse dotado.

Así, en ciertas oportunidades, este concepto se utiliza para designar el conjunto de principios fundamentales político-jurídicos que rigen una sociedad, definición

261 Título III, *Delitos contra el orden público*. Art. 6° Cometen delito contra el orden público: c) Los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen, paralicen, interrumpen o dañen las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad Pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales de comunicación, de transporte o de distribución, y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos

que sin embargo se considera muy amplia y ambiciosa, pareciendo razonable sostener en cambio, siguiendo a Etcheberry²⁶², que el contenido que debe darse al concepto de Orden Público para estos efectos debe ser más bien acotado, atribuyéndosele por tanto simplemente el significado de “Tranquilidad Pública”, entendida esta como la confianza en el normal y pacífico desenvolvimiento de las actividades ciudadanas.

Pero, además, resulta importante señalar que el delito tipificado en el artículo 6 letra c) de la Ley N° 12.927, haciéndose cargo de la finalidad de prevención general del derecho penal, protege igualmente el bien jurídico “Seguridad Pública”, atendido que mediante aquél se pretende castigar los hechos que provocan intranquilidad en la población, un clima de desorden y de inseguridad, sobretodo cuando mediante aquellos se intenta impedir el normal funcionamiento de servicios públicos o de diversas actividades importantes para la sociedad.

En efecto, de acuerdo con su descripción típica, mediante esta figura se castiga toda conducta mediante la cual se incite, promueva, fomenta, destruya, inutilice, paralice, interrumpa o dañe instalaciones, medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, valorando el legislador al momento de establecer su marco penal, la afectación de otros bienes jurídicos como la vida e integridad de las personas, al preverse la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si se diere muerte a alguna persona o se le infirieren lesiones graves; la de presidio mayor en su grado mínimo, si se infiere cualquier otra lesión; y la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, en los demás casos.

b. Análisis del fallo dictado por el 8° Juzgado de Garantía de Santiago que condena en Procedimiento Abreviado por delito de Interrupción de Servicios Públicos.

En primer término, resulta importante señalar que al pronunciar el fallo, el tribunal no cuestiona la procedencia de la aplicación del tipo penal cuya consumación fue invocada por el Ministerio Público, lo que constituye un importante antecedente a considerar en todos aquellos futuros casos en que siendo procedente la aplicación de esta misma figura, se pretenda instalar la idea de considerar este tipo de actos como simples amenazas que no se consuman, evitándose así entrar de lleno en la discusión doctrinal que analiza el valor de una amenaza y su relación con un acto preparatorio de un delito, en el sentido de la posibilidad de persecución penal y en base también a su punibilidad²⁶³.

262 Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo IV, págs. 261 y ss.

263 La discusión doctrinal a la que hacíamos referencia es en el siguiente tenor: la amenaza no es un acto preparatorio, sino que sólo expresa la intención (interna) de cometer un delito. El acto preparatorio, en cambio, es ya una conducta externa, aunque preliminar, de poner en práctica esa resolución, precisando que ha de tratarse de una “amenaza seria y verosímil”. Esta regla implica que la amenaza de artefacto explosivo, si es seria (efectiva) y verosímil (creíble,

En segundo término, y más allá de que al someterse al procedimiento abreviado el imputado haya debido reconocer los hechos, admitiendo en consecuencia que su actuar produjo temor en la población, que se violentó la tranquilidad pública y el normal y correcto desarrollo de una actividad esencial para la población, quizás la nota más interesante de este fallo esté dada por la forma en que en él se refleja y resuelve el debate que sostuvieron las partes en relación con la magnitud del daño que se ocasionó con la conducta, y la forma en que el mismo debía ser valorado al momento de imponerse la pena, atendido que la defensa esgrimió que aquél habría sido sólo temporal, al señalar que *“el daño causado con el delito, el que no pasó más allá del atraso en poco más de dos horas de las audiencias del Centro de Justicia”*; mientras que la Fiscalía a su turno expresó que *“el daño causado con el actuar ilícito del acusado no es ínfimo –como pretende su defensa– sino que de una importante magnitud, especialmente porque la postergación que en definitiva sufrieron las audiencias programadas y las de control de la detención afectaron a innumerables personas, generando incluso graves riesgos para su seguridad”*, oponiéndose en consecuencia a la aplicación de la pena en su mínima entidad dentro del tramo.

En efecto, pronunciándose sobre este debate, en su considerando sexto, la sentencia señala que *“Dentro del grado, y haciendo aplicación de lo dispuesto por el artículo 69 del Código Penal, cabe considerar que de los múltiples antecedentes invocados por el Ministerio Público ha quedado suficientemente acreditada la interrupción absoluta del funcionamiento del Centro de Justicia por un lapso de entre 2 a 3 horas, provocada por el imputado, el día 21 de febrero de 2008. Además, se comprobó que con ello se produjo la interrupción y postergación de numerosas audiencias programadas, ya de juicio oral, como de Garantía y también de controles de detención, tanto de adultos como de adolescentes”*.

Establecido el ámbito en el cual fueron irrogados estos daños, el fallo precisa en el mismo considerando *“Que con ello, resulta claramente establecido que muchos ciudadanos que esperaban una resolución de sus causas, vieron postergadas sus legítimas aspiraciones por un prolongado lapso de tiempo, siendo de especial relevancia la consideración de la situación de quienes, privados de libertad, esperaban que un tribunal controlara sus detenciones y, eventualmente decretara su liberación.”*, y que de la misma forma, *“la rápida evacuación de los intervinientes, puso indudablemente en riesgo las medidas regulares de seguridad que se adoptan en el Centro de Justicia, tanto en materia de control y resguardo de los imputados privados de libertad, como en materia de prevención y control de accidentes en la circulación interior del edificio”*.

de acuerdo a los antecedentes), constituye per se un delito, siendo un caso especialmente legislado del delito de Amenazas. Esta figura tiene importancia práctica, pues, además de penalizar las simples amenazas, permitirá encauzar investigaciones en aquellos casos en que éstas hayan existido por parte de persona determinada, pero sin que se le pueda imputar a ella el delito mismo (en el evento que se haya cometido) por falta de pruebas. En este sentido Garrido Montt, Mario: *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 261 y ss.

Pero sumado a lo anterior, el tribunal concluyó, en base a un razonamiento fundado en las reglas de la lógica y máximas de la experiencia, *“que el despliegue de las fuerzas de seguridad que ingresan, empadronan y registran la zona, acarrea un costo personal –costo oportunidad del empleo de los funcionarios en otras labores– y económico al Estado que, dado el tamaño de la instalación no puede considerarse un costo menor”*.

En base a lo razonado, el fallo finaliza señalando que no puede sino disentir de la opinión de la defensa en cuanto a que el daño causado fue mínimo y por ello procedió a regular la cuantía de la pena corporal a aplicar, teniendo presente que no se acreditó perjuicios mayores, como la eventual fuga que temía el querellante, o accidentes al momento de evacuar el edificio, en dos años de presidio menor en su grado medio.

Como puede verse, al condenar el tribunal en base a los razonamientos expuestos a lo largo de este fallo, estableció claramente que los hechos realizados por el imputado provocaron la vulneración a la tranquilidad pública, viéndose alterado en definitiva el normal y correcto desarrollo de una actividad de importancia pública como es el normal funcionamiento de la administración de justicia.

Sentencia:

Santiago, lunes veintiséis de mayo de dos mil ocho.-

Vistos y considerando:

1º. Que en causa RIT 2164-2008, de este Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, en audiencia realizada conforme a las normas del procedimiento abreviado, el Ministerio Público, representado por el Fiscal Adjunto don Ezio Braghetto, formuló acusación verbal en contra de VICTOR HUGO YAVAR COLLANTES, cédula de identidad No. 9.494.043-5.-, asesor tributario, con domicilio en Diagonal José María Caro No. 3005, Dpto. D-402, Recoleta, solicitando que se le sancione, en caso de aceptación del procedimiento abreviado, con la pena de 3 años de presidio menor en su grado medio, accesorias y sin costas, por su responsabilidad como autor del delito consumado de Interrupción de Servicio Público, previsto y sancionado

en la letra C) del artículo 6 de la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado, toda vez que: El día 21 de febrero de 2008, entre las 09:15 y las 10:00 horas aproximadamente, el acusado, realizó tres llamadas telefónicas en las que señalaba que en las dependencias del Centro de Justicia de Santiago, ubicado en Avda. Pedro Montt Nº 1606, Santiago, se había instalado un aparato explosivo. Tales llamadas fueron realizadas por el acusado desde el teléfono móvil Nº 078220100, de la empresa de telecomunicaciones Móviles Claro, a los siguientes números, primero al 5872600, correspondiente al 8º Juzgado de Garantía de Santiago, el acusado, se comunica en primera instancia con la funcionaria Paulina Contreras Marini, a quien le señala que se ha instalado un aparato explosivo en el edificio para que se tomen las medidas del caso. Posteriormente dicha llamada es derivada al Jede de Atención de Público de este Tribunal, Juan Carlos Parra Parada, a quien le señala la misma

información. Después, el segundo llamado al número 5872700 correspondiente al 9º Juzgado de Garantía de Santiago, el acusado se comunicó con el Funcionario José Hernández Espinoza, Asistente de Servicios del mismo a quien le señaló expresamente lo siguiente: "Somos de la Coordinadora Arauco, defendemos la causa Mapuche, colocamos una bomba en tu edificio de Garantía, para que sepan lo qué es justicia". Finalmente un llamado al 133, correspondiente a la Central de Comunicaciones de Carabineros, CENCO, y en ese llamado el acusado señaló que en el Centro de Justicia de Santiago, se había instalado un aparato explosivo, adjudicando esta acción a la Coordinadora Arauco Malleco.

Las tres alertas de bomba, antes referidas, atentaron al normal funcionamiento del Centro de Justicia de Santiago, interrumpiéndose de este modo las audiencias programadas con antelación y postergándose la realización de otras, debiendo ser desalojado los funcionarios de los distintos Tribunales que allí funcionan, seis Juzgados de Garantía y seis Tribunales Orales en lo Penal, además de Fiscales, Defensores, Gendarmes, Testigos, Imputados y público en general, lo que generó un importante despliegue de funcionarios policiales y Gendarmes, necesarios para revisar exhaustivamente el lugar y prevenir fugas de las personas privadas de libertad.

Esta interrupción de funciones se prolongó por aproximadamente dos horas, causando gran alarma entre las personas que allí se encontraban, además de generar importantes costos, producto de los recursos materiales y humanos que debieron ser utilizados en la revisión exhaustiva de las

distintas dependencias del Centro de Justicia de Santiago, en el desalojo de las personas que allí se encontraban y en la interrupción de las audiencias y juicios programados.

El Ministerio Público, fundamentó la pena pedida en que al acusado le asistían dos circunstancias atenuantes, a saber; la atenuante de irreprochable conducta anterior, por contar con un extracto de filiación libre de anotaciones pretéritas y la de colaboración sustancial al éxito de la investigación, de los numerales 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal respectivamente, lo que habilitaría para rebajar en un grado la pena correspondiente al ilícito, por no concurrir en la especie agravantes de responsabilidad.

Presente en la audiencia por la parte querellante el abogado Carlos Chacón, adhirió a la acusación.

2º. Que los antecedentes de la investigación que fundan la imputación, dados a conocer en la audiencia por el Fiscal del Ministerio Público consisten en síntesis en: Parte policial N° 5 de la 2º Comisaría de Carabineros de Santiago, que da cuenta de los hechos, llamados telefónicos recibidos en el Octavo y Noveno Juzgado de Garantía de Santiago y Cenco y de la consecuente evacuación total del Centro de Justicia; declaración de Paulina Alejandra Contreras Marini, funcionaria del Octavo Juzgado de Garantía, quien recibiera uno de los llamados telefónicos del imputado, señalando que la Coordinadora Arauco Malleco habría puesto un artefacto explosivo en el edificio; Declaración de José Patricio Hernández Espinoza funcionario del Noveno Juzgado de Garantía, quien recibiera otro de los llamados telefónicos del imputado señalando también que la

Coordinadora Arauco Malleco habría puesto un artefacto explosivo en el edificio; Declaración de Juan Carlos Parra Parada, Jefe de la unidad de servicios del Octavo Juzgado de Garantía, a quien le fue transferido el llamado telefónico; Disco compacto NUE 120651, que contiene la grabación de las llamadas telefónicas efectuadas por el acusado, la detección de su identidad a través de las escuchas de un pedido de gas a la casa de su hermana y la mención de su lugar de trabajo; Informe pericial de análisis de las llamadas telefónicas efectuadas por el acusado en que, comparada la voz del emisor, concluye que atendidas las concordancias, los llamados pudieron haber sido efectuados por la misma persona; recortes de diarios con la noticia, diarios La Segunda, La Hora, La Tercera, La Nación, El Mercurio, Publimetro, tendientes a demostrar el impacto público del hecho; Informe de la Dirección Nacional de Inteligencia de Carabineros, en relación a la averiguación de quién realizó los llamados; Autorización de informe de tráfico de llamadas a la Empresa Claro, correspondiente al número telefónico utilizado por el acusado, que registra 9 llamadas telefónicas el día de los hechos, entre las 09:13 y las 10:03 horas, al Octavo y Noveno Juzgados de Garantía y a CENCO; Informe de Investigación del Equipo Multidisciplinario de Carabineros de Chile, Dirección Nacional de Inteligencia, que da cuenta de todos los llamados recibidos en esos días con alarma falsa de bomba, que comprende desde el 06 de febrero de 2008 y el 24 de marzo de 2008; declaración del acusado, reconociendo haber realizado los llamados telefónicos contenidos en la acusación explicando que lo hizo motivado por eludir su responsabilidad

profesional frente a un cliente, con quien debía encontrarse el día de los hechos en audiencia, respecto de quien se había sobreseído definitivamente la causa; Informe de la Dirección de Investigación Delictual y Drogas, Departamento de Investigaciones de Organizaciones Criminales de Carabineros de Chile, que da cuenta de la detención del acusado y de la incautación del teléfono celular, de fecha 24 de marzo de 2008; Acta de Entrada y Registro a lugar cerrado; tres fotografías de una CPU incautada al acusado; Informe relativo a la pericia que se realizó al teléfono incautado al acusado, efectuada por OS 9 de Carabineros; Informes de los Juzgados de Garantía y Tribunales Orales, que dan cuenta del perjuicio ocasionado por la interrupción del servicio, en relación al retraso en el comienzo de las audiencias y a las audiencias suspendidas, producto del tiempo que demoró el desalojo y de la revisión exhaustiva de las distintas dependencias del Centro de Justicia de Santiago; Oficio de Mauricio Vargas Lizana, Coordinador del Centro de Justicia, que da cuenta de la suspensión de audiencias en Juzgados de Garantía y Tribunales Orales; Informe de Gendarmería, que da cuenta de las medidas adoptadas el día de los hechos, para la evacuación y desalojo del Centro de Justicia tanto de jueces, intervinientes y público, como de los imputados que se encontraban ese día esperando audiencias; Informe del Control de la Detención, que da cuenta que las audiencias del bloque AM, de las 11:00 horas, comenzaron entre las 13:00 y las 14:00 horas del día de los hechos; oficio emitido por la Universidad UNIAC y Universidad de Chile, que dan cuenta que el acusado fue alumno regular de dichas instituciones

educacionales, pero que a la fecha, ya no lo es y no cursa ningún ramo y querrela criminal presentada por el Ministro del Interior, presentada ante el Octavo Juzgado de Garantía con fecha 24 de marzo de 2008.

3º. Que el acusado -que en la audiencia fuera asistido por su defensores particulares José Benito Ojeda y Claudio Álvarez- manifestando su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado; con pleno conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundan; libre y espontáneamente según constató el tribunal, los aceptó expresamente.

La defensa, conformándose con la calificación jurídica del ilícito y el grado de desarrollo, pidió en primer lugar que la pena a aplicar sea de 541 días, dentro del mismo tramo del presidio menor en su grado medio, debido al mínimo daño causado con el delito, el que no pasó más allá del atraso en poco más de dos horas de las audiencias del Centro de Justicia.

Como segunda petición, los defensores piden que se reconozca como abono a la pena a aplicar, cualquiera sea su cuantía, los 62 días que el imputado ha estado privado de libertad por esta causa.

Por último, luego de allegar una serie de antecedentes que comprueban las características de la buena conducta del acusado con anterioridad a la comisión del ilícito, sus redes de apoyo y familiares, básicamente contenidas en el Informe social elaborado por un perito de la Defensa, doña Mónica Hernández Gutiérrez el 09 de abril de 2008 y un documento emanado del Gerente General de la empresa Tributa.cl, donde el acusado trabajaba

hasta el día de su detención, en que deja constancia que su trabajo lo espera para cuando recupere la libertad, pide el beneficio de la Remisión Condicional de la pena.

Que ni el Sr. Fiscal ni el querellante se opusieron a esta última petición, pero sí hicieron presente que el daño causado con el actuar ilícito del acusado no es ínfimo -como pretende su defensa- sino que de una importante magnitud, especialmente porque la postergación que en definitiva sufrieron las audiencias programadas y las de control de la detención afectaron a innumerables personas, generando incluso graves riesgos para su seguridad. Con ello, se opusieron a la aplicación de la pena en su mínima entidad dentro del tramo.

4º. Que la referida aceptación del imputado, prestada en los términos exigidos por el artículo 409 del Código Procesal Penal en el ámbito de la auto incriminación permitida, confrontado con los antecedentes de investigación, conduce al tribunal a tener por establecido tanto el hecho materia de la acusación, en cuya calificación jurídica coincide con el Ministerio Público, como la participación del acusado en calidad de autor del mismo, toda vez que el día de los hechos, éste, por medio de llamadas amenazantes realizadas tanto a tribunales de justicia como a fuerzas policiales, generó en estos un fundado temor de ser objeto de un atentado explosivo, lo que tuvo como consecuencia la evacuación del Centro de Justicia por un lapso de 2 horas y media aproximadamente interrumpiendo así las actividades de dicho servicio público e impidiendo el libre acceso a sus instalaciones.

5º. Que efectivamente favorece al imputado la atenuante de responsabilidad

de colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos, prevista en el artículo 11 número 9 del Código Penal, acreditada mediante el expreso reconocimiento del Sr. Fiscal. Así mismo, le beneficia la minorante del número 6 del mismo artículo, por no poseer antecedentes en su extracto de filiación.

6º. Que la pena asignada al delito de acuerdo a sus circunstancias es la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Por aplicación del artículo 68 del Código Penal, concurriendo en la especie dos atenuantes y sin agravantes, procede rebajar la pena en un grado, como lo ha solicitado el Sr. Fiscal, quedando entonces en presidio menor en su grado medio.

Dentro del grado, y haciendo aplicación de lo dispuesto por el artículo 69 del Código Penal, cabe considerar que de los múltiples antecedentes invocados por el Ministerio Público ha quedado suficientemente acreditada la interrupción absoluta del funcionamiento del Centro de Justicia por un lapso de entre 2 a 3 horas, provocada por el imputado, el día 21 de febrero de 2008. Además, se comprobó que con ello se produjo la interrupción y postergación de numerosas audiencias programadas, ya de juicio oral, como de Garantía y también de controles de detención, tanto de adultos como de adolescentes.

Que con ello, resulta claramente establecido que muchos ciudadanos que esperaban una resolución de sus causas, vieron postergadas sus legítimas aspiraciones por un prolongado lapso de tiempo, siendo de especial relevancia la consideración de la situación de quienes, privados de libertad, esperaban

que un tribunal controlara sus detenciones y, eventualmente decretara su liberación.

Que asimismo, la rápida evacuación de los intervinientes, puso indesmentiblemente en riesgo las medidas regulares de seguridad que se adoptan en el Centro de Justicia, tanto en materia de control y resguardo de los imputados privados de libertad, como en materia de prevención y control de accidentes en la circulación interior del edificio.

Por último, aplicando las reglas de la lógica y máximas de la experiencia, es dable concluir que el despliegue de las fuerzas de seguridad que ingresan, empadronan y registran la zona, acarrea un costo personal –costo oportunidad del empleo de los funcionarios en otras labores– y económico al Estado que, dado el tamaño de la instalación no puede considerarse un costo menor.

Con ello, esta Juez no puede menos que disentir de la opinión de la defensa en cuanto a que el daño causado fue mínimo y por ello, regulará la cuantía de la pena corporal a aplicar, teniendo presente que no se acreditó perjuicios mayores, como la eventual fuga que temía el querellante, o accidentes al momento de evacuar el edificio.

7º. Que considerando los antecedentes personales del acusado, se tendrá por acreditado a su respecto la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 4 de la ley 18.216 y, no habiéndose opuesto el Ministerio Público, ni la parte querellante, se le concederá el beneficio de la Remisión Condicional de la Pena.–

Y visto además lo dispuesto por los artículos 1, 3, 11 Nos. 6 y 9, 15 No. 1, 24, 30, 50, 68, 69 del Código Penal; 45, 47, 406 y siguientes del Código

Procesal Penal; 4 y siguientes Ley 18.216; se resuelve:

I.- Que se condena a VICTOR HUGO YAVAR COLLANTES, ya individualizado, a sufrir la pena de 2 (dos) años de presidio menor en su grado medio y accesorias de suspensión de cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, por su responsabilidad como autor en el delito consumado de Interrupción de Servicios Públicos, delito contra el orden público, previsto y sancionado en el artículo 6 letra c) de la Ley 12.927.- sobre Seguridad del Estado, perpetrado en la jurisdicción de este tribunal, el día 21 de febrero de 2008.

II.- Que reuniéndose los requisitos previstos en el artículo 4 de la Ley 18.216, se le Remite Condicionalmente la Pena por el término de dos años, debiendo en este periodo, sujetarse a los controles de Gendarmería. Si el beneficio le fuere revocado y deba ingresar a cumplir la pena impuesta, esta se le empezará a contar desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono los 62 (sesenta y dos) días que permaneció privado de libertad en la presente causa, hasta hoy.

III.- Que habiendo renunciado a su derecho a un juicio oral, se exime al sentenciado del pago de las costas de la causa.-

IV.- Que tratándose de la primera condena del imputado con beneficios, el Servicio de registro Civil e Identificación hará aplicación de lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 18.216.-

Regístrese.

Habiendo renunciado los intervinientes a los recursos legales, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal y hecho, archívese.

RUC 0800256769-6

RIT 2164-2008

Pronunciada por doña Ely Rothfeld Santelices, Juez Titular del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN
RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE Y
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

REGULACIÓN Y EFECTOS DE LAS ANOTACIONES PRONTUARIALES DE LOS ADOLESCENTES

*Iván Fuenzalida Suárez*²⁶⁴

Nuestro sistema de responsabilidad penal juvenil no contiene normas que regulen especialmente los efectos que deban asignarse a las anotaciones prontuariales que generen las condenas que se imponen a los adolescentes, como tampoco regula los efectos de esas anotaciones una vez cumplida la mayoría de edad. En este escenario, las reglas aplicables son las que existen respecto de los adultos, por lo que los menores de dieciocho años se encuentran sujetos a idénticos mecanismos de eliminación de anotaciones prontuariales que los adultos, siendo procedente fundar alegaciones de reincidencia durante la adultez en delitos cometidos durante la minoría de edad. Sólo las anotaciones que hayan sido eliminadas del prontuario por vía del mecanismo reglado en el D.L. N° 409 quedan al margen de esta posibilidad, dado que quien cumple con todos los requisitos establecidos en esta norma debe ser considerado como si nunca hubiere delinquido para todos los efectos legales y administrativos. Los restantes mecanismos de eliminación de anotaciones son, en realidad, modalidades de omisión de anotaciones en los certificados de antecedentes y conservan su validez debiendo ser incluidas en los certificados que se agregan a un proceso criminal. El marco normativo vigente tampoco distingue entre los jóvenes que registran un único delito de escasa gravedad de aquellos que poseen una larga trayectoria marcada por ilícitos graves. Parece razonable aspirar a que el ordenamiento jurídico se haga cargo de regular especialmente esta materia, conforme a criterios político criminales que posibiliten la respuesta diferenciada que el derecho internacional demanda para los adolescentes.

Si bien la Ley N° 20.084 no contiene normas que regulen en detalle cómo se administran las anotaciones prontuariales a que da lugar la condena de adolescentes por ilícitos penales, ni cuales son sus efectos en relación con la restante normativa penal, es un hecho que esas anotaciones existen y que a su respecto pueden resultar aplicables diferentes cuerpos normativos. La problemática más relevante en esta materia dice relación con la posibilidad de que esas anotaciones den o no lugar a la aplicación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. A este respecto, la postura que se adopte debe hacerse cargo, necesariamente, del carácter especial del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, de las prescripciones contenidas en los instrumentos internacionales vinculantes y del ineludible equilibrio que debe buscarse entre los principios que inspiran este sistema y la demanda de justicia que el aparato público de enjuiciamiento criminal está llamado a satisfacer.

264 *Abogado, Director de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.*

En la búsqueda de respuestas a la interrogante planteada debe tenerse en cuenta el carácter jurídico del problema en sentido amplio, es decir, el análisis debe incorporar no sólo la dimensión normativa en sentido estricto, sino también la valoración de la realidad que las normas están llamadas a regular. Dicho de otro modo, el marco normativo delimita un margen de acciones jurídicas cuyos énfasis o alcances son determinados por la política de persecución. Esta última -la política de persecución- debe orientar el accionar de los agentes de control de modo que el resultado de sus acciones sea el funcionamiento adecuado del sistema, respetuoso de cada uno de los principios que los inspiran y que, en los casos en que estos principios colisionen, resuelva los conflictos del modo que mejor convenga al equilibrio entre el interés público y los intereses particulares comprometidos.

En concreto, la definición político criminal que nos plantean las anotaciones prontuariales registradas durante la adolescencia de una persona y la posibilidad de usarlas para agravar o atenuar su responsabilidad por delitos cometidos durante la adultez, debe ajustarse al marco jurídico y permitir que los conflictos que subyacen en cada caso particular se resuelvan de modo que la respuesta penal concreta satisfaga los propósitos preventivos generales del sistema penal y actualice la prevención especial positiva de un modo suficiente y sin excesos.

1. Normas Jurídicas aplicables

En concreto, el problema planteado discurre en un marco normativo que contempla las siguientes normas jurídicas:

1. Ley N° 20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal.
2. D.L. N° 645, de 1925, que crea el Registro Nacional de Condenas.
3. D.L. N° 409, de 1932, sobre Regeneración y Reintegración del Penado a la Sociedad.
4. D.S. N° 64, de 1960, que reglamenta la Eliminación de Prontuarios Penales, de Anotaciones y el Otorgamiento de Certificados de Antecedentes.

En la determinación de las normas jurídicas aplicables, debe tenerse presente que el artículo 2° inciso final de la Ley N° 20.084 dispone que, en su aplicación, se tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño *y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*.

De acuerdo con esta norma, el único instrumento internacional sobre derechos de la infancia y la adolescencia que cumple con los requisitos de haber sido ratificado por Chile y encontrarse vigente es la Convención de los Derechos del Niño. Sin embargo, al margen de los principios generales que se desprenden de su texto, la Convención no contiene normas expresas que se refieran específicamente al tema que nos ocupa.

Se ha discutido si el artículo 2 de la Ley N° 20.084 se refiere a los instrumentos internacionales que no tienen carácter de tratado. En rigor, se trata de concluir que un instrumento internacional que en sí mismo no tiene carácter vinculante se transforme en una norma de aplicación obligatoria en virtud de la remisión contenida en esta norma de nuestra legislación interna. Con este propósito se arguye que el artículo 2° no habla de tratados sino de instrumentos internacionales, por lo que cabrían en este concepto otros instrumentos como las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Sin embargo, en términos estrictos, la norma habla de “*instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”, requisitos que sólo cumple la Convención de Derechos del Niño. Luego, aparte de este último, no existen otros instrumentos internacionales que reúnan la condición de estar ratificados y vigentes y que se refieran a infancia y adolescencia y su relación con la justicia penal. Siendo así, las Reglas de Beijing mantienen su carácter de recomendaciones en el ámbito internacional, mismas que los Estados pueden tener presente y acoger en el diseño normativo de sus instituciones y ordenamientos internos, de modo que sólo si así ocurriera podrían tener carácter vinculante. Específicamente, la regla N° 21.2 de Beijing refiere que las anotaciones prontuariales generadas en la adolescencia no serán consideradas en etapa adulta de una persona. Esta recomendación no ha sido, hasta ahora, recogida por ninguna norma interna, de modo que la eventual utilización de estas anotaciones debe quedar sujeta al marco normativo efectivamente vinculante y vigente en Chile.

2. Generación de anotaciones prontuariales

De acuerdo con nuestro sistema de enjuiciamiento criminal de adultos, como es sabido, las únicas resoluciones judiciales que motivan su registro en el prontuario penal son las sentencias condenatorias por crimen, simple delito o falta. Respecto de las faltas existe una situación particular, puesto que el prontuario penal se abrirá sólo a partir de la tercera condena, según dispone el artículo 3° del D.S. N° 64, de 1960.

En términos generales, respecto de los adolescentes, también se registrarán en el prontuario penal las sentencias condenatorias por crimen o simple delito, existiendo una situación especial respecto de las faltas. Sabemos que en la Ley N° 20.084 se establece que los adolescentes pueden ser perseguidos penalmente por las faltas sólo si son mayores de 16 años y han cometido alguna de las contempladas en el inciso tercero del artículo 1°. Siguiendo la regla del artículo 3° del D.S. N° 64, de 1960, sólo la tercera condena por faltas permitirá registrar la anotación en el prontuario. Sin embargo, el Servicio de Registro Civil e Identificación ha dispuesto que, excepcionalmente, se registrará la anotación de la primera condena si se trata de aquellas faltas contempladas en los artículos 494 N° 19, sólo respecto del artículo 477, 494 bis y 495 N° 21 del Código Penal.²⁶⁵

265 Sobre esta materia, el Registro Civil ha dictado instrucciones contenidas en los oficios 627, de 2006, y 126 y 402, de 2008, a los que no se pudo tener acceso para este trabajo.

3. Inclusión u omisión de las anotaciones prontuariales en los certificados de antecedentes²⁶⁶

Por regla general, los certificados de antecedentes que expide el Servicio de Registro Civil e Identificación deben incluir todas las anotaciones vigentes que una persona registre en su prontuario penal. Por excepción, algunas anotaciones deben omitirse en algunos certificados, como ocurre, por ejemplo, con las condenas impuestas con alguna de las medidas alternativas de la Ley N° 18.216, mientras la medida se esté cumpliendo. Como contraexcepción -siguiendo con el ejemplo-, estas medidas deben siempre incluirse en los certificados que se expidan para postular a las Fuerzas Armadas, de Orden, Gendarmería de Chile y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.

En el caso de los adolescentes, la situación en la práctica se invierte. A este respecto el inciso final del artículo 2° del D.L. N° 645, de 1925, que crea el Registro Nacional de Condenas, señala que *“Los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y a la Policía de Investigaciones o para los fines establecidos en el inciso primero del presente artículo”*.

De acuerdo con lo anterior, para los adolescentes la regla general será la omisión de las anotaciones prontuariales en los certificados que se emitan a su respecto y, por excepción, deberán consignarse en aquellos que se expidan para postular a las instituciones mencionadas y en los que soliciten el Ministerio Público y los tribunales de justicia con competencia criminal.²⁶⁷

4. Eliminación de las anotaciones prontuariales de los adolescentes, según D.S. N° 64, de 1960

La posibilidad de hacer uso de las anotaciones prontuariales generadas por delitos cometidos durante la adolescencia, para fundar alegaciones relativas a la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal en la adultez, depende, en definitiva, de la vigencia que esas anotaciones tengan después de cumplida la mayoría de edad.

En principio, cualquier anotación vigente puede servir de fundamento a la alegación de una circunstancia modificatoria y, por el contrario, no servirán a esos

266 El “extracto de filiación”, utilizado para los fines de persecución penal, es, en rigor, un documento público que certifica las anotaciones prontuariales que registra una persona determinada, es decir, un certificado de antecedentes.

267 El inciso primero del artículo 2° del DL 645, de 1925, dispone: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21 de la ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal, el Servicio de Registro Civil e Identificación comunicará al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los juzgados de policía local, en su caso, los datos que soliciten para comprobar la reincidencia de los imputados”*.

efectos las anotaciones que hayan perdido su vigencia. A este respecto, cobran especial importancia los mecanismos de eliminación de las anotaciones.

En el ámbito propio de los adolescentes, la regla general en esta materia está contenida en el artículo 8°, letra h), del D.S. N° 64, de 1960, que reglamenta la Eliminación de Prontuarios Penales, de Anotaciones, y el Otorgamiento de Certificados de Antecedentes. En lo pertinente, esta norma ordena que las anotaciones prontuariales por condenas a penas no aflictivas²⁶⁸, correspondientes a delitos cometidos antes del cumplimiento de la mayoría de edad, deberán ser eliminadas en el mismo momento en que se cumpla la condena. En cambio, si la anotación corresponde a una condena de pena aflictiva la eliminación se hará transcurridos tres años desde el cumplimiento de la pena.²⁶⁹

Los alcances que posee la eliminación de anotaciones prontuariales regulada en este texto normativo, serán analizados más adelante, en el punto 6 del presente trabajo.

4.1 Eliminación de anotaciones por penas no aflictivas.

De acuerdo con lo anterior, si la condena ha significado imponer al adolescente una pena no aflictiva, su eliminación procede inmediatamente después de que dicha sanción haya terminado de cumplirse. Si bien el referido artículo 8° letra h) dispone que la eliminación se haga “*en el mismo momento en que se cumple la condena*” y el Servicio de Registro Civil ha resuelto que se procederá a ello de oficio, en la práctica este Servicio estará impedido de hacerlo si no media la recepción de información que acredite que ha finalizado el cumplimiento de la pena.

En el marco del nuevo sistema de responsabilidad penal adolescente, lo esperable es que el órgano encargado de la ejecución de las sanciones –el SENAME, con sus centros y programas de administración directa e indirecta– oficie al Servicio de Registro Civil informando que ha finalizado el cumplimiento de la pena. Si ello no ocurre, cosa habitual en el sistema anterior, es el propio adolescente el que debe solicitar la eliminación, presentando el correspondiente certificado de cumplimiento. En cualquier caso, desde que la sanción sea cumplida y hasta que se efectúe materialmente la eliminación, siempre habrá de transcurrir el tiempo

268 Si bien, en su momento, existió alguna discusión acerca del carácter aflictivo de las sanciones de la ley 20.084, ella se encuentra superada, por lo que el criterio para definir si estas sanciones son o no aflictivas es el mismo que el utilizado respecto de los adultos, es decir, la extensión de la pena con límite de tres años.

269 DS N° 64, de 1960, art. 8°: *Se eliminará una anotación prontuarial: h) Cuando se trate de condenados que hayan cumplido una pena no aflictiva y que a la fecha de la comisión del delito tenían menos de 18 años de edad, se procederá a eliminar la anotación prontuarial desde el mismo momento en que se cumple la condena. Nos obstante, los menores de 18 años de edad a la fecha de la comisión del delito, que sean condenados con una pena aflictiva, deberán esperar que transcurran tres años desde el cumplimiento de la condena para proceder a la eliminación de dicha anotación prontuarial.*

necesario para que el Servicio de Registro Civil sea correctamente informado de que se han verificado los supuestos que la norma exige para la eliminación de la anotación.

No obstante, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 8° ya citado, no basta el mero cumplimiento de la pena para que la eliminación se haga efectiva, sino que, además, para que el Director del Servicio dicte la resolución que ordene la eliminación, deberá acreditarse ante él que el condenado goza de irreprochable conducta anterior y tratarse de la única anotación que exista en el prontuario del interesado.²⁷⁰

En la práctica, el Servicio de Registro Civil no formula exigencias específicas para acreditar la irreprochable conducta anterior, bastándole constatar que no existen anotaciones prontuariales anteriores respecto del condenado, por lo que, en los hechos, habiéndose cumplido la pena y no existiendo otra anotación en el prontuario, se procederá a la eliminación.

También, en el terreno de lo práctico, cabe señalar que cuando se efectúa la eliminación de una anotación prontuarial, siempre que no exista otra anotación vigente, el prontuario se destruye materialmente, sin que queden vestigios del mismo y menos de lo que pudo ser su contenido si alguna vez existió. De este modo, si un adolescente ha sido condenado a una pena de corta duración cuya anotación fue eliminada y, eventualmente, vuelve a ser condenado antes de cumplir la mayoría de edad, la anotación por la nueva condena será considerada como la única, es decir, no precedida por ninguna otra, por lo que nuevamente el adolescente cumpliría con los requisitos del artículo 8° para ser beneficiado con la eliminación de la anotación. Ello no obsta a que, si es del caso, se alegue en sede judicial la improcedencia de la circunstancia atenuante del N° 6 del artículo 11 del Código Penal, acreditando por los medios que se encuentren disponibles, que la conducta pretérita del adolescente no ha sido irreprochable, por existir antecedentes de cualquier naturaleza que revelen la reprochabilidad de su comportamiento, como pueden ser los registros institucionales de haber cometido delito con anterioridad y haber sido condenado por ello.

Adicionalmente, cabe agregar que la práctica del Servicio de Registro Civil de destruir materialmente el prontuario en estas circunstancias, estando facultado para ello por el artículo 9°, impediría la aplicación del artículo 14 del D.S. N° 64, toda vez que al hacer desaparecer el prontuario se imposibilita expedir en el futuro cualquier certificado con las anotaciones eliminadas, cuestión a la que debe darse cumplimiento necesariamente si caduca el beneficio de eliminación al registrarse una nueva condena.

Sin embargo, la eliminación de una anotación prontuarial verificada en virtud del mecanismo reglado en el D.S. N° 64 puede no ser definitiva, puesto que,

270 DS 64, de 1960, artículo 8°, inciso tercero: *“en todos los casos relacionados con las letras f), g) y h) se otorgará el beneficio por resolución fundada, sólo a aquellas personas que acrediten irreprochable conducta anterior, mediante los antecedentes que el Director exija, y siempre que la anotación de que se trate sea la única que exista en el prontuario del interesado.”*

según dispone el artículo 14, la anotación de una nueva condena hará caducar la eliminación (que el mismo artículo califica de “beneficio”), ordenando que los certificados que se expidan con posterioridad contengan las anotaciones que se había dispuesto omitir.²⁷¹

La eventualidad de que la anotación eliminada recobre su vigencia es un factor relevante a la hora de determinar si es procedente o no invocar su existencia como sustento de una agravante de responsabilidad penal, como veremos más adelante.

4.2 Eliminación de anotaciones por penas afflictivas.

Tal como se adelantó, la segunda parte de la letra h) del artículo 8° del D.S. N° 64, dispone que las anotaciones originadas en una condena a pena afflictiva, por delitos cometidos antes de la mayoría de edad, se eliminarán transcurridos tres años desde el cumplimiento de la pena.

Respecto de estas anotaciones, aplica todo lo dicho en el apartado anterior, sobre la irreprochable conducta anterior del interesado -respecto de lo cual no hay mayores exigencias que la inexistencia de anotaciones anteriores- y del carácter único de la misma anotación, por lo que la única gran diferencia radica en el momento en que debe efectuarse la eliminación, esto es, en este caso, tres años después de cumplida la pena.

De igual modo, tiene incidencia en la eventual utilización de estas anotaciones como fundamento de una circunstancia agravante, la eventual rehabilitación de la anotación, al caducar el beneficio.

Sin embargo, respecto de esto último, conviene relevar que, en la práctica, y teniendo presente el principio general de que las anotaciones vigentes gozan de eficacia en la materia, lo normal será que estas anotaciones permanezcan en el extracto de filiación -sin posibilidad de ser eliminadas- hasta bien entrada la mayoría de edad, dado que se trata de condenas superiores a tres años de duración a los que deben sumarse los tres años que debe esperarse, luego del cumplimiento, para su eliminación. Luego, como mínimo estas anotaciones no podrán ser eliminadas antes de los veinte años de edad del interesado, evento que se verificará sólo si la pena comenzó a cumplirse en el piso etario mínimo de la responsabilidad penal adolescente, esto es, a los 14 años de edad.

271 D.S. 64, de 1960, art. 14°: *“La anotación en el prontuario de una nueva declaratoria de reo o condena hará caducar el beneficio concedido en virtud del presente decreto. En tal caso, los certificados que se expidan contendrán todas las anotaciones ordenadas omitir con anterioridad, salvo que el Director del Servicio otorgue nuevamente dicho beneficio, y sólo por una vez más.*

La redacción de esta disposición no es del todo feliz, puesto que utiliza la voz “omitir”, lo que haría pensar que se refiere sólo a las anotaciones omitidas, excluyendo a las eliminadas. Sin embargo, en su primera parte claramente se refiere a los beneficios concedidos en virtud del “presente decreto”, lo que debe entenderse referido a todos los beneficios que regula este cuerpo normativo, como las anotaciones eliminadas y la eliminación de prontuario.

5. Eliminación de las anotaciones prontuariales de los adolescentes, según D.L. N° 409, de 1932

El segundo mecanismo a través del cual los adolescentes pueden beneficiarse con la eliminación de anotaciones prontuariales, es el regulado en el D.L. N° 409, de 1932, sobre Regeneración y Reintegración del Penado a la Sociedad.

Se trata de un mecanismo ideado para el régimen penal de los adultos y que, a diferencia del D.S. N° 64, de 1960, no contiene normas específicamente dirigidas a los adolescentes. Sin embargo, debemos entender que es aplicable a los menores de 18 años en tanto concede “beneficios” no regulados en el estatuto jurídico especial de estos últimos y, por ende, no alcanzables por ellos sino en virtud del principio general de que jamás un adolescente podrá ser objeto de un mayor rigor penal que los adultos.

En este segundo, y último, régimen de eliminación de anotaciones prontuariales, se hacen distinciones en función ya no del carácter aflictivo de la pena, sino en atención a si el interesado ha sido condenado una o más veces.

5.1 Eliminación de una anotación por la primera condena.

En rigor, aunque el D.L. N° 409 habla de primera condena, el procedimiento de eliminación, en este caso, se aplica a quienes pretenden eliminar una anotación cuando ésta es la única que se registra en su prontuario, puesto que si antes de finalizar el cumplimiento de la primera condena o antes de finalizar el procedimiento de eliminación el interesado es objeto de una nueva condena, necesariamente deberá aplicarse el procedimiento previsto para casos de más de una anotación.

En fin, si se trata de la primera y única condena, según los artículos 1° y 2° del D.L. N° 409, la eliminación procederá si el interesado acredita que observó muy buena conducta durante el cumplimiento de la pena, que conoce bien un oficio o profesión, que posee conocimientos mínimos de 4° año de educación básica²⁷², que ha estado en contacto durante dos años con el Patronato de Reos y que no ha vuelto a ser condenado durante este tiempo de contacto.

5.2 Eliminación de anotaciones por dos o más condenas.

De acuerdo con el D.L. N° 409, también las personas que hayan sido condenadas dos o más veces pueden beneficiarse con la eliminación de sus antecedentes prontuariales.

En este caso, deben cumplirse los mismos requisitos señalados en el apartado precedente, con la única diferencia del plazo de observación o de contacto con el Patronato de Reos que, esta vez, debe ser de cinco años.

272 Los requisitos de carácter laboral y educacional pueden ser obviados respecto de las personas que por su edad o estado físico, acreditado con certificado médico, no estén en condiciones de estudiar o trabajar. Artículo 4° del D.L. 409.

6. Efectos de la eliminación de anotaciones prontuariales

Los efectos que pueden atribuirse a la eliminación de anotaciones prontuariales dependen del mecanismo utilizado al efecto, toda vez que existen diferencias significativas entre los cuerpos normativos que regulan la materia, según veremos a continuación.

6.1 Efectos de la eliminación por el mecanismo del D.L. N° 409.

El D.L. N° 409, en su artículo 1°, establece que la persona que sea beneficiada con la eliminación de anotaciones por esta vía tendrá derecho a que *“se le considere como si nunca hubiere delinquirido para todos los efectos legales y administrativos”*. Reforzando esta idea, el artículo 6° agrega la prohibición de expedir certificados en que consten las anotaciones que hayan sido suprimidas de acuerdo con este mecanismo. Todavía más, prescribe que las personas que infrinjan esta prohibición dando esa clase de información, o la divulguen o expresen en cualquier forma, serán juzgados como autores del delito de injuria grave.

El alcance de estas disposiciones queda meridianamente claro si se leen a la luz de lo expresado en los considerandos del D.L. N° 409. En estos se señala, por ejemplo, *“Que, como un medio de levantar la moral del penado para que se esfuerce por obtener su mejoramiento por medio del estudio, del trabajo y de la disciplina, debe dársele la seguridad de que, una vez cumplida su condena y después de haber llenado ciertos requisitos, pasará a formar parte de la sociedad en las mismas condiciones que los demás miembros de ella y de que no quedará el menor recuerdo de su paso por la prisión”*.

Consistente con esta expresión de intenciones, el cuerpo del D.L. N° 409 estableció -como se ha dicho anteriormente- que el interesado en la eliminación de sus anotaciones debía pasar en contacto con la autoridad administrativa un lapso variable según el número de condenas, acreditar el aprendizaje de una profesión u oficio, conocimientos mínimos equivalentes a cuarto año de enseñanza básica, además de haber observado muy buena conducta durante el cumplimiento de la pena y no haber vuelto a ser condenado. El cumplimiento de estos requisitos supone, en el diseño normativo, que cabe considerar al interesado como si nunca hubiere delinquirido.

El que se agregue en el artículo 1° que la consideración de nunca haber delinquirido tiene eficacia para *“todos los efectos legales y administrativos”* nos obliga a concluir que, en materia penal, ello debe entenderse como la desaparición de los efectos de la condena en todo orden, de modo que no puede utilizarse ese antecedente para configurar agravantes basadas en la reincidencia ni para impedir la configuración de la atenuante de irreprochable conducta anterior. Sólo de esta manera puede verificarse en la práctica el objetivo expresado en los considerandos de dar al penado la seguridad de que será parte de la sociedad en igualdad de condiciones que el resto de las personas y que no quedará recuerdo alguno de su paso por la prisión.

6.2 Efectos de la eliminación por el mecanismo del D.S. N° 64, de 1960.

A diferencia del régimen del D.L. N° 409, en el D.S. N° 64, de 1960, no se contemplan disposiciones que regulen expresamente los efectos de la eliminación de las anotaciones prontuariales.

Para determinar, entonces, sus efectos, debemos tener presente que el mecanismo normado en este Decreto Supremo supone una “eliminación” muy particular que, en los hechos, se traduce en la obligación de omitir la anotación “eliminada” de futuros certificados de antecedentes, puesto que, aún en el supuesto de eliminación del prontuario reglada en el artículo 9°, existe la posibilidad de emitir en el futuro certificados que contengan las anotaciones que hayan sido objeto de eliminación si se verifica la causal de caducidad del beneficio prevista en el artículo 14.

Adicionalmente, resulta útil recurrir a la regla de interpretación sistemática, incorporando en este análisis otros cuerpos normativos relacionados con el tema. Precisamente, este método de interpretación se encuentra presente en el análisis que hace la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en una sentencia que, acogiendo un recurso de nulidad, señala:

“5°) Que el alcance de estas disposiciones reglamentarias (artículos 8° y 9° del D.S. N° 64) quedó limitado por la norma posterior y de mayor jerarquía contenida en el artículo 29 de la Ley N° 18.216, de 14 de mayo de 1983, que en su inciso final restringió los efectos de la eliminación de antecedentes prontuariales respecto de condenados a quienes les hubiere sido concedido alguno de los beneficios que la misma ley contempla.

En efecto, la norma citada determina los casos en que –concurriendo las exigencias que la misma disposición prevé– el beneficiario de alguna de las medidas alternativas de cumplimiento puede obtener certificados de antecedentes en los cuales no se consignen las respectivas condenas, o bien, conseguir la eliminación definitiva de sus antecedentes prontuariales.

Sin embargo, el inciso tercero del mismo artículo dispone, textualmente, lo siguiente:

“Exceptúanse de las normas de los incisos anteriores los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, de Orden, Gendarmería de Chile y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.

6°) Que del tenor de la norma citada se desprende que lo que allí se autoriza es omitir o eliminar de los certificados de antecedentes las anotaciones prontuariales por condenas anteriores para fines de rehabilitación o reinserción social, lo que ciertamente no significa que quede eliminado el delito, ni la condena impuesta al sentenciado. Es así, que el inciso tercero del artículo 29, antes transcrito, exceptúa expresamente los certificados emitidos para ser agregados a un proceso criminal, con lo que deja en claro que la eliminación de antecedentes no tiene efectos penales, desde que tales certificados deben necesariamente consignar todas las condenas anteriores, condición que será determinante a la hora de resolver sobre la forma de ejecución de las penas.”²⁷³

273 Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de nulidad de 20 de diciembre de 2007, Rol Ingreso Corte N° 2.607-2007.

En concreto, el razonamiento de este fallo apunta a que la “eliminación” de anotaciones prontuariales efectuada con arreglo al D.S. N° 64, de 1960, sólo permite omitir dichas anotaciones en los certificados de antecedentes; que ello obedece a la intención del sistema punitivo de disminuir la estigmatización que provoca el poseer antecedentes penales y facilitar la reinserción social de quienes han cumplido sus penas; pero, agrega, que la referida omisión carece de eficacia respecto del sistema penal, para lo cual alude a una norma posterior y de rango superior, como la Ley N° 18.216, que obliga a considerar las anotaciones por condenas en que se haya conferido alguna medida alternativa en los certificados que se emitan para ser agregados a un proceso criminal.

En nuestra opinión, el razonamiento es correcto, no sólo por argumentos de texto expreso, sino por otras razones que veremos seguidamente. Sin embargo, si esta conclusión es correcta respecto de las condenas que conceden medidas alternativas a la privación de libertad, con mayor razón debiera sostenerse igual razonamiento respecto de las que imponen penas de cumplimiento efectivo, toda vez que el mayor reproche social que suponen estas últimas justifica el no atribuirles mayores ventajas que a las primeras.

Con todo, existen otros factores que justifican sostener que la eliminación de anotaciones según el D.S. N° 64, de 1960, no tiene efectos en el proceso penal:

- a. **La eliminación de anotaciones prontuariales, con efectos en el proceso penal, debe cumplir exigentes requisitos:** El único cuerpo normativo que en nuestro país regula expresamente la eliminación de anotaciones con efectos en los ámbitos legal y administrativo -el D.L. N° 409-, establece varios requisitos orientados a asegurar que quien se beneficia de la eliminación se encuentra efectivamente *regenerado y readaptado a la vida colectiva*²⁷⁴. Así es que se exige conocer bien un oficio o una profesión; poseer conocimientos mínimos de educación formal; no haber vuelto a ser condenado; haber observado muy buena conducta durante el cumplimiento de la pena; además de haber estado en contacto con el Patronato de Reos por un considerable espacio de tiempo luego de haber finalizado el cumplimiento de la sanción. Finalmente, acreditado que todas estas exigencias se encuentran cumplidas, el beneficio se concede por decreto supremo, es decir, por un acto administrativo expedido por el Presidente de la República o por orden suya.

La naturaleza de estas exigencias, no se condice con el acto administrativo del Jefe Superior de un Servicio dependiente del Ejecutivo, que ordena la eliminación de una anotación prontuarial con -en la práctica- un requisito de carácter único, como es el simple transcurso del tiempo, por lo que no puede atribuirse a este mecanismo idénticos efectos.

274 Considerandos del D.L. 409, de 1932. “(...) *Que es innecesario mantener esta anotación en el prontuario de aquellos ex penados que han demostrado fehacientemente estar regenerados y readaptados a la vida colectiva*”.

- b. **Carece de sentido sostener que el ordenamiento contempla dos mecanismos diferentes, con exigencias diversas, para obtener idénticos resultados:** El Registro Nacional de Condenas, destinado a dejar constancia de las condenas impuestas por los tribunales de justicia, fue creado en nuestro país por el D.L. N° 645, de 1925. Posteriormente, en 1932, se estableció el mecanismo de eliminación de las anotaciones por el D.L. N° 409, en los términos anotados.

Cuando en 1960 se reglamentó el procedimiento administrativo de eliminación de anotaciones del D.S. N° 64, nada se dijo acerca de la vigencia del D.L. N° 409 ni de una eventual colisión entre ambos mecanismos. Por lo demás, esta última norma, investida de rango legal, no podía ser alterada en modo alguno por otra de inferior jerarquía, de modo que debemos entender que, a partir del 5 de enero de 1960 -fecha de dictación del D.S. N° 64-, no hemos tenido en Chile dos mecanismos de eliminación de anotaciones de igual eficacia, sino uno de rango legal, con plenos efectos legales y administrativos, y otro, de rango administrativo, con efectos restringidos a la expedición de certificados de antecedentes para facilitar la inserción social del interesado, sin incidencia en eventuales y futuros procesos penales que pudieren afectarle.

- c. **Si ambos mecanismos produjeran los mismos efectos, el más exigente habría sido objeto del desuso:** Es evidente que el mecanismo reglado en el D.S. N° 64 es significativamente menos exigente que el que se establece en el D.L. N° 409, por lo que es natural y obvio concluir que, si ambos fueran capaces de producir idénticos resultados, desde el mismo 5 de enero de 1960 los interesados en eliminar sus anotaciones prontuariales habrían dejado de recurrir al Patronato de Reos y de esforzarse por acreditar los signos de su rehabilitación, limitándose a impetrar el beneficio administrativo una vez transcurrido el plazo requerido.
- d. **El beneficio del D.S. N° 64 tiene carácter provisional:** De conformidad con el artículo 14, la eliminación de anotaciones regulada en el D.S. N° 64 -y aún la eliminación del prontuario a que se refiere el artículo 9°- tiene carácter provisional y sus efectos se mantienen en tanto el interesado no vuelva a ser objeto de una nueva anotación por condena. A contrario sensu, si después de haberse eliminado una anotación el interesado vuelve a ser condenado, la anotación eliminada deberá ser incluida en futuros certificados de antecedentes. Por tanto, la anotación que ha vuelto a estar vigente constituirá un antecedente que puede ser invocado como base de la reincidencia sin ninguna duda, aún cuando ha podido serlo, en el proceso penal, durante el lapso en que haya permanecido eliminada.

De conformidad con estos razonamientos, es dable concluir que el mecanismo reglado en el D.S. N° 64, de 1960, produce el efecto de impedir que los certificados de antecedentes que se expidan respecto del interesado incluyan la anotación que haya sido objeto de eliminación por las causales previstas en su artículo 8°, pero no quita a aquél el carácter de condenado ni elimina el antecedente que originó la anotación y, por lo mismo, no impide que esa misma anotación figure

en el extracto de filiación que se agrega a un proceso criminal, por lo que el antecedente eventualmente eliminado puede, igualmente, servir de fundamento a la alegación de una circunstancia agravante basada en la reincidencia.

En el caso de los adolescentes, esta conclusión es aún más evidente si se tiene a la vista el inciso final del artículo 2° del D.L. N° 645, de 1925, que creó el Registro Nacional de Condenas, y que establece que *“Los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y a la Policía de Investigaciones de Chile o para los fines establecidos en el inciso primero del presente artículo”*.²⁷⁵

De acuerdo con la disposición citada, las anotaciones por condena de menores de edad deben incluirse en los certificados que se emitan a solicitud del Ministerio Público, los tribunales con competencia en lo criminal o los juzgados de policía local, para acreditar la reincidencia de los imputados.

7. Conclusiones

Recapitulando, de todo lo expresado puede concluirse lo siguiente:

- a. En nuestro ordenamiento jurídico, los adolescentes no poseen un régimen especial de registro y eliminación de anotaciones prontuariales. Los mecanismos que les son aplicables son exactamente los mismos que existen respecto de los adultos.
- b. Desde luego, las condenas penales que anteceden al juzgamiento criminal por un nuevo delito tienen incidencia en la configuración de circunstancias modificatorias que perjudiquen o favorezcan a los imputados y deben ser puestas en conocimiento del órgano jurisdiccional para su adecuada ponderación. La regla general es que dichas condenas figuren en el extracto de filiación emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, aunque puede ocurrir que una condena, impuesta por sentencia ejecutoriada, no figure en el extracto por razones diversas. En ese evento, su existencia puede acreditarse por otros medios como el acompañamiento de la copia fidedigna del fallo.
- c. Otra regla general indica que todas las anotaciones que figuren en el extracto de filiación constituyen antecedente suficiente para fundar una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal. Por excepción, no pueden utilizarse a ese efecto las anotaciones que hayan sido objeto de eliminación del prontuario a través del mecanismo reglado en el D.L. N° 409, de 1932, toda vez que el beneficio concedido a través de este mecanismo obliga a considerar al beneficiado como si nunca hubiere delinquido para todos los efectos legales y administrativos. Adicionalmente, la

275 Este inciso fue introducido al artículo 2° del D.L. 645, de 1925, por el artículo 59 del la Ley 20.084. Sobre el mismo tema ver nota 4.

utilización de las anotaciones así eliminadas permite juzgar al responsable como autor del delito de injuria grave.

- d. El mecanismo de eliminación de anotaciones prontuariales reglado en el D.S. N° 64, de 1960, produce el efecto de obligar al Servicio de Registro Civil e Identificación a omitir la anotación eliminada en futuros certificados de antecedentes, a fin de facilitar el proceso de reinserción social del ex penado, pero no le quita su calidad de condenado ni hace desaparecer el antecedente, por lo que la anotación de que se trate debe constar en el certificado que se emita para ser agregado a un proceso criminal y, por ende, puede ser invocada para acreditar la reincidencia. Si la anotación no consta en el extracto, por cualquier razón, su existencia puede acreditarse por otros medios.
- e. En razón de que no existe un régimen especial para adolescentes en nuestro ordenamiento jurídico y dado que los que les resultan aplicables no contemplan disposiciones que les otorguen un tratamiento diferenciado, la vigencia y eliminación de sus anotaciones prontuariales queda sujeta a idénticas reglas, por lo que las anotaciones originadas por delitos cometidos durante la minoría de edad pueden invocarse durante la adultez si no han sido objeto de eliminación a través del mecanismo establecido en el D.L. N° 409, de 1932.
- f. No obsta a la conclusión precedente lo expresado en la regla de Beijing N° 21.2²⁷⁶, puesto que dicha disposición se encuentra contenida en un instrumento internacional que no está ratificado por Chile y, por ende, tampoco se encuentra vigente en nuestro país, circunstancias estas últimas expresamente exigidas en el artículo 2° de la Ley N° 20.084 para tener carácter vinculante.

8. Consideraciones finales

Al inicio de este trabajo se aludió a la necesidad de resolver los conflictos jurídicos relacionados con la materia en comento, con una perspectiva político criminal que se propusiera la obtención de respuestas penales que, al tiempo de satisfacer los propósitos preventivos generales del sistema, actualizara la prevención especial positiva de un modo suficiente y sin excesos.

La revisión del marco normativo aplicable, no obstante, claramente no contiene disposiciones que otorguen un tratamiento especial a los adolescentes en materia de anotaciones prontuariales. Con excepción de la letra h) del artículo 8° del D.S. N° 64, de 1960, que extiende el beneficio a las anotaciones por condena a penas aflictivas, en circunstancias que para los adultos el beneficio sólo alcanza

276 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) 21.2: *“Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente”*.

a las penas de hasta tres años de duración, no existe en nuestro ordenamiento un régimen especial para los menores de 18 años.

La discusión que nos ha ocupado en este trabajo, se desarrolla en el marco de un orden jurídico penal en el que la reincidencia juega un rol relevante a la hora de determinar la extensión de las penas que deben aplicarse a quienes cometen delito. Si bien dentro de los operadores del sistema de enjuiciamiento criminal hay quienes ven en esto un resabio del antiguo y superado derecho penal de autor, la decisión político criminal vigente en nuestro ordenamiento es clara en orden a determinar la sanción considerando la existencia de condenas previas, por lo que en este punto la posibilidad de que los criterios de actuación del órgano persecutor se orienten en una dirección distinta se encuentra fuertemente limitada.

Del mismo modo, la inexistencia de un régimen especial para los adolescentes, en materia de anotaciones prontuariales, condiciona el accionar persecutor y resta espacios para generar criterios generales de actuación que modifiquen el acento político criminal ya definido en el marco jurídico aplicable, de modo que sólo es posible recurrir a razones de justicia material para decidir, en casos concretos, si resulta adecuado, prudente, justo y consistente con el espíritu del sistema de justicia penal juvenil, concretar la posibilidad de esgrimir la existencia de condenas por delitos cometidos en la adolescencia como argumento para agravar la pena de una persona en su etapa adulta.

Ciertamente, parece razonable esperar que el sistema jurídico se haga cargo de las particularidades del comportamiento adolescente y, consistente con ello, regule de manera especial los casos en que la comisión de una conducta delictiva de poca gravedad durante la minoría de edad no deban ser considerados como un antecedente o indicador de arraigo de la conducta transgresora que merezca ser sancionado más gravemente. De otra parte, para quienes defienden la reincidencia como un factor legítimo de la responsabilidad penal, parece también razonable sostener que no merece el mismo tratamiento quien, inmediatamente después de cumplir la mayoría de edad, comete un delito grave que se suma a un extenso record personal de ilícitos particularmente lesivos de bienes jurídicos relevantes.

Lo que no parece razonable es que el sistema no se haga cargo de una y otra arista del problema y mantenga una regulación que no atiende a realidades tan diversas como la de adolescentes y adultos y, peor aún, sustente su accionar en disposiciones y criterios adoptados en el primer tercio del siglo pasado.

ANÁLISIS ESTADÍSTICO DESCRIPTIVO DE LOS FEMICIDIOS OCURRIDOS DURANTE EL AÑO 2007

Roberto Rodríguez Manríquez²⁷⁷

I. Introducción

El presente análisis estadístico corresponde a una medición de los homicidios de mujeres ocurridos en Chile durante el año 2007 que los medios de comunicación y organismos gubernamentales y no gubernamentales denominaron “femicidio”. Corresponde a una población de 63 casos, de los cuales el 27% corresponde a mujeres fallecidas con denuncia previa en el sistema penal vigente y 73% sin denuncia previa. Se han agrupado de acuerdo a:

- Zona geográfica: norte, centro y sur.
- Región: de Arica a Magallanes (incluye nuevas regiones XIV y XV).
- Hecho delictual: Homicidio, Homicidio y suicidio, Homicidio con violación y Homicidio con Intento de suicidio.
- Medio utilizado: arma blanca, arma de fuego, asfixia/estrangulamiento y objeto contundente.
- Edad de la víctima.
- Edad del imputado.
- Denuncia previa en el sistema penal: sí o no.
- Relación entre víctima e imputado: cónyuge-conviviente, ex cónyuge-ex conviviente, pololos-novios, ex pololo-ex novio y sin relación.
- Contexto de pareja: sí o no.

277 Asistente Social de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal de Adolescentes y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

II. Estadísticos descriptivos para cada grupo

Zona Geográfica

			Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Zona norte	Arica a Coquimbo	3	4,8	4,8	4,8
	Zona centro	Valparaíso a Maule	38	60,3	60,3	65,1
	Zona sur	Bio Bio a Magallanes	22	34,9	34,9	100,0
	Total		63	100,0	100,0	

Se aprecia una alta frecuencia de homicidios de mujeres ocurridos en la zona central del país. Si estos datos se analizan con la siguiente tabla que desglosa por región el fenómeno, podríamos señalar, en primera instancia, que la mayor frecuencia de homicidios en la zona centro se relacionaría directamente con la alta densidad poblacional de la región metropolitana. No obstante, cabe preguntarse por la notoria diferencia observada entre la zona norte y la zona sur.

Región

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Antofagasta	1	1,6	1,6	1,6
	Valparaíso	4	6,3	6,3	7,9
	Bdo. O'Higgins	4	6,3	6,3	14,3
	Maule	6	9,5	9,5	23,8
	Bio Bio	7	11,1	11,1	34,9
	Araucanía	5	7,9	7,9	42,9
	Los Lagos	6	9,5	9,5	52,4
	Aisén	1	1,6	1,6	54,0
	Metropolitana	26	41,3	41,3	95,2
	Los Ríos	2	3,2	3,2	98,4
	Arica y Parinacota	1	1,6	1,6	100,0
	Total	63	100,0	100,0	

El número de homicidios de mujeres ocurridos en la R.M., debido a su altísima frecuencia, distorsiona el análisis de los demás parámetros regionales. Se puede observar que las restantes regiones disponen de valores más uniformes. Por lo tanto, podríamos señalar que resulta insuficiente tomar en cuenta sólo el factor demográfico para comprender la manifestación del fenómeno de homicidio en contra de la mujer. A modo de ejemplo, regiones de alta densidad poblacional, como Valparaíso o Bio Bio, y regiones con menor densidad poblacional, como

Maule o Los Lagos, presentan una tendencia homogénea de homicidios que no se explica sólo por la variable demográfica, por lo tanto, se podría plantear que factores asociados a costumbres y valores socioculturales arraigados tanto en contextos rurales como urbanos inciden de manera directa en la frecuencia de homicidios de mujeres.

Hecho delictual

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Homicidio	35	55,6	55,6	55,6
	Homicidio y suicidio	20	31,7	31,7	87,3
	Homicidio y violación	3	4,8	4,8	92,1
	Homicidio e intento de suicidio	5	7,9	7,9	100,0
	Total	63	100,0	100,0	

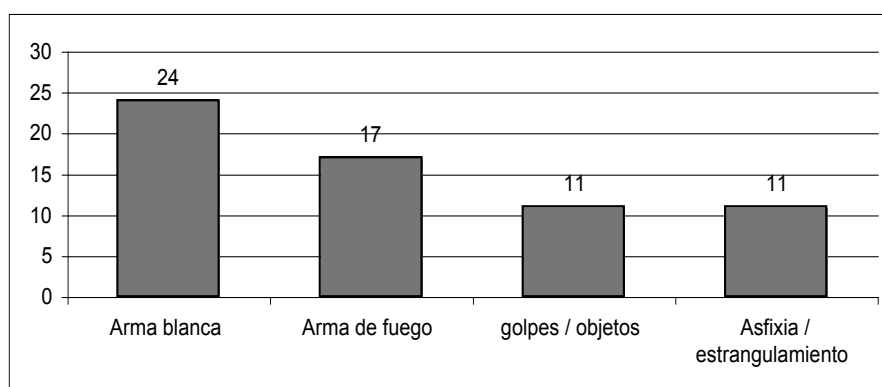
Llama la atención la alta frecuencia de homicidios suicidios e intentos de suicidios que presenta el fenómeno de homicidios de mujeres en Chile²⁷⁸. Surge como una interesante línea de investigación a explorar tanto en el contexto penal como en el terapéutico, toda vez que surgen interrogantes acerca de si los organismos que intervienen en el conflicto penal o los que operan desde la salud mental pueden o no advertir un desenlace de esta naturaleza.

Esta cifra de suicidios, además, interpela al sistema social en general, y no sólo a los organismos encargados del circuito penal, debido a que la complejidad del fenómeno de la violencia no es recomendable reducirla a la esfera punitiva para que “solucione” el conflicto. El sistema penal opera con sanciones que en la mayoría de los delitos de violencia ingresados (lesiones y amenazas) no incluye a la privación de libertad como la respuesta penal regular, y cuando lo hace, el imputado no se integra a programas terapéuticos ni resocializadores en la cárcel. A su vez, las salidas alternativas no constituyen una garantía de control debido a la frágil red social que podría intervenir preventivamente con la pareja.

278 Las cifras de homicidios ocurridos en España del 2007 arrojan que el 9,72% (7 casos) de los homicidas se suicida y el 11,11% (8 casos) lo ha intentado. *Mujeres asesinadas por sus parejas*. España, 2007, Centro Reina Sofía.

Medio Utilizado

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Blanca	24	38,1	38,1	38,1
	Fuego	17	27,0	27,0	65,1
	Asfixia/estrangulamiento	11	17,5	17,5	82,5
	Objeto contundente	11	17,5	17,5	100,0
	Total	63	100,0	100,0	



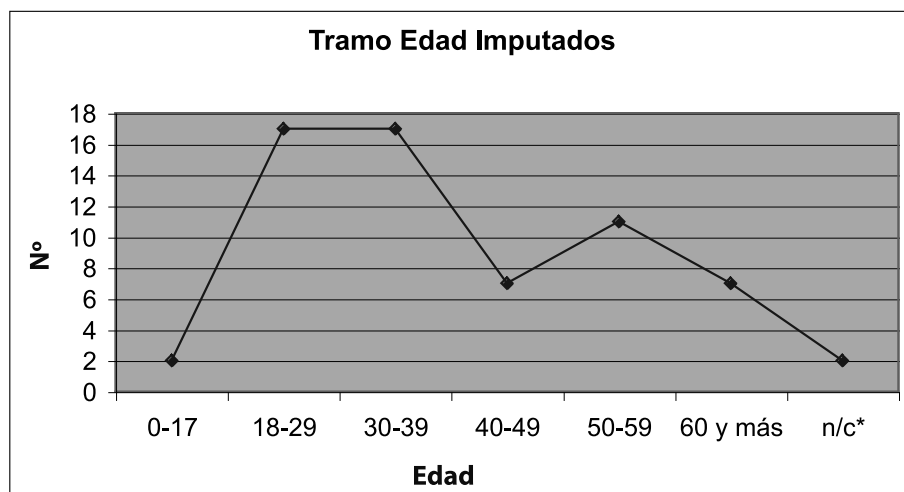
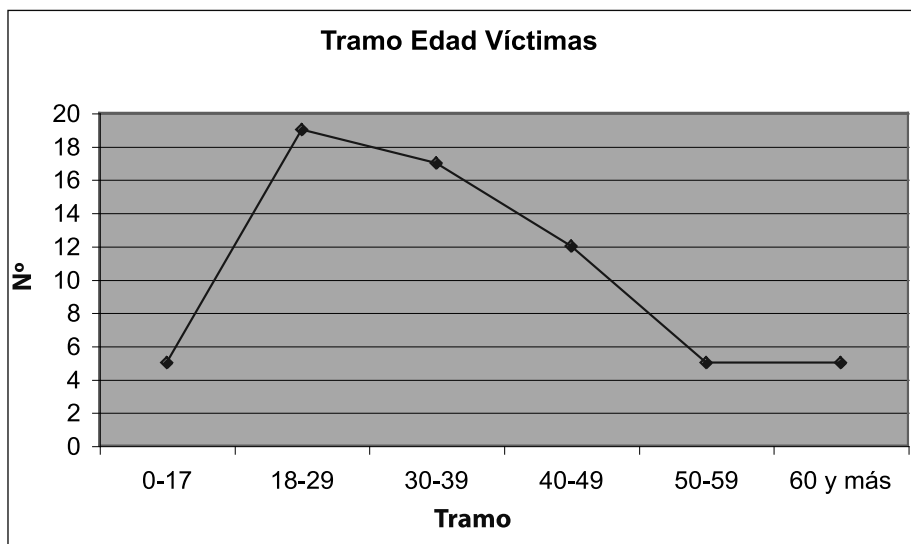
El medio más utilizado para cometer homicidio de mujeres en Chile es el arma blanca. La presencia de este utensilio en todas las casas del país pone en jaque a las instituciones encargadas de hacer evaluación de riesgo vital (Carabineros y Ministerio Público), ya que cuando existe una denuncia de amenazas o lesiones resulta imposible la incautación de los cuchillos desde los hogares. Pareciera además que el medio ocupado no es punto central del análisis, ya que la asfixia por estrangulamiento o la utilización de objetos contundentes para cometer el homicidio suman 22 casos. La lectura de los datos nos permite inferir que el imputado se valdrá entonces de cualquier medio para cometer su objetivo. Respecto a las armas de fuego se puede señalar que sí es posible hacer una incautación si los operadores del sistema penal pesquisan su presencia.

El punto central sería, entonces, que el alto índice de muertes de mujeres es también un alto índice de la escasa comunicación entre los actores sociales gubernamentales y no gubernamentales, jurídicos penales y familiares que no han logrado establecer un circuito de atención que permita abordar la violencia desde una perspectiva más integral que acoja su complejidad.

Edad Mujer y Edad Hombre

Estadísticos descriptivos

	N	Mínimo	Máximo	Media	Desv. típ.
Edad mujer	63	13	73	35,94	13,895
Edad hombre	63	16	69	39,14	14,341
N válido (según lista)	63				



Se observa una tendencia de la población femenina a ser menor de edad con respecto a la población masculina. La diferencia de sus medias es de tres años.

Denuncia previa en sistema penal (vinculante entre víctima e imputado)

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Sí	17	27,0	27,0	27,0
	No	46	73,0	73,0	100,0
	Total	63	100,0	100,0	

Sólo un 27% de los casos presenta denuncia previa en el sistema penal. Surge la interrogante sobre cómo las redes sociales primarias o los distintos organismos públicos y privados podrían articularse de tal modo que se genere un abordaje amplio al complejo problema de violencia a nivel de la mujer, la pareja y la familia (incluidos los niños).

Tipo de relación entre víctima e imputado

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Cónyuges-convivientes	32	50,8	50,8	50,8
	Ex cónyuges-ex convivientes	12	19,0	19,0	69,8
	Pololos-novios	6	9,5	9,5	79,4
	Sin relación	13	20,6	20,6	100,0
	Total	63	100,0	100,0	

Contexto de pareja

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Sí	50	79,4	79,4	79,4
	No	13	20,6	20,6	100,0
	Total	63	100,0	100,0	

Estas dos últimas variables se analizan en conjunto debido a que expresan un dato unívoco: el 80% de los homicidios de mujeres ocurridos en Chile durante el año 2007 ocurrió en contexto de pareja, es decir, 50 casos, y de estos, la mitad de los imputados se suicidaron o intentaron suicidarse. ¿Puede el aumento de las penas ser la solución para disminuir el complejo fenómeno de la violencia de pareja?

LA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO DECLARA QUE LA PENA DE INTERNACIÓN EN RÉGIMEN SEMICERRADO NO ES SUSCEPTIBLE DE CUMPLIMIENTO PARCIAL

*María Angélica San Martín Ponce*²⁷⁹

Comentario

El artículo 20 de la Ley N° 20.084 establece que la finalidad de todas las sanciones establecidas en dicha ley es “...hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”. Se trata de dos objetivos claramente diferenciados: la responsabilización de los adolescentes por las conductas típicas en que incurrir y la resocialización de los mismos. Tratándose de la sanción de internación en régimen semicerrado, la Ley N° 20.084 en su artículo 16 explicita ambas finalidades al señalar que dicha sanción consiste en: “...la residencia obligatoria del adolescente en un centro de privación de libertad, sujeto a un programa de reinserción social a ser desarrollado tanto al interior del recinto como en el medio libre...”. Así podemos ver en el componente de residencia obligatoria, el efecto responsabilizador y, en la ejecución del plan de intervención individual, el fin resocializador. Por lo anterior la juez de ejecución, al disponer una especie de cumplimiento parcial de la pena, altera en su esencia la naturaleza de la sanción, que según dispone el artículo 15 de la ley es una sanción privativa de libertad, por lo que no puede cumplirse solamente con actividades en el medio libre sino que necesariamente debe contemplar la residencia obligatoria en el centro semicerrado.

Además la resolución recurrida vulnera también lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley N° 20.084, que establece la competencia del juez de ejecución, circunscrita a la adopción de las medidas que sean necesarias para el respeto y cumplimiento de la legalidad en la etapa de ejecución. Se trata de la resolución de conflictos que se susciten desde el punto de vista de la aplicación del derecho, tales como situaciones de quebrantamiento, sustitución y remisión de las condenas, pero en ningún caso extienden las facultades de este tribunal para conocer y pronunciarse respecto de situaciones de hecho, como es el caso de falta o inexistencia de cupos en un determinado centro de cumplimiento, lo cual claramente corresponde a la instancia administrativa encargada del cumplimiento de las penas. Por el contrario, el tribunal debió velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales por parte del centro encargado del cumplimiento, que no puede discutir la orden judicial que dispone el ingreso de un condenado, so pena de incurrir en desacato, sin perjuicio de otras responsabilidades concurrentes.

²⁷⁹ Abogada, Subdirectora Unidad Especializada en Responsabilidad Penal De Adolescentes y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

El carácter compuesto de alguna de las penas de la Ley N° 20.084, como la internación en régimen semicerrado, que el tribunal de ejecución pretendió desconocer en este caso, también es un tema cuya solución compromete al Ministerio Público, aportando argumentos para que los tribunales resuelvan adecuadamente las peticiones de la defensa que apuntan al cumplimiento simultáneo de penas incompatibles, como por ejemplo una pena de libertad asistida con una pena de internación en régimen semicerrado, desde que ambas implican actividades contempladas en el plan de intervención individual a cumplirse en horario diurno, situación que incluso provoca dificultades a los Centros Privativos de Libertad del Sename y programas encargados del cumplimiento de penas en el medio libre, dada la imposibilidad práctica de que el adolescente pueda comparecer a cumplir las actividades contenidas en los planes de intervención individual en forma simultánea, según informa el Servicio Nacional de Menores.

Sentencia:

Temuco, dos de julio de dos mil ocho.-

Visto:

1° Que es un hecho de la causa que con fecha 04 de abril de 2008 se dictó sentencia condenatoria por el delito de robo con violencia condenándose a las menores A.S.R. y Y.M.M. a la pena de tres años y un día de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social. Para tal efecto, y encontrándose ejecutoriada la sentencia, se citó a los intervinientes a una audiencia con el preciso objeto de aprobar el plan respectivo que debía presentar el Servicio Nacional de Menores para la ejecución de la pena señalada.

2° Que en la audiencia referida, una vez presentado el plan de intervención y como una circunstancia no contemplada en el mismo, el representante del Servicio hizo ver al tribunal la imposibilidad que le asistía a dicho organismo para recibir a las menores en las dependencias del Centro de Internación, ante lo cual la Juez resolvió diferir, por un plazo de 60 días, el

ingreso de las condenadas al referido centro en lo que se refiere a la residencia nocturna, pero manteniendo el ingreso para cumplir las otras finalidades del plan de intervención.

3° Que al respecto, debe tenerse presente que el artículo 6° y 7° de la Constitución Política de la República consagran el principio de legalidad de los órganos del Estado, en virtud del cual éstos, incluidos los Tribunales, deben actuar dentro del ámbito su competencia, la cual es determinada por la Constitución y las leyes.

4° Teniendo presente lo anterior, se concluye que la actuación de la Juez, al diferir la residencia nocturna de las menores y alterar así no sólo el motivo de la audiencia respectiva, sino también el contenido de la pena determinada por sentencia ejecutoriada y cuya fuente es la ley, ha sido fuera del ámbito de su competencia y en consecuencia ilegal.

En efecto, la pena impuesta consiste precisamente y en forma indivisible, en la residencia obligatoria del adolescente en un centro de privación de libertad, sujeto a un programa de reinserción social a ser desarrollado

tanto al interior del recinto como en el medio libre, según lo previene expresamente el artículo 16 de la ley 20.084, de manera que legalmente no puede dividirse ni diferirse, como erróneamente se hizo. Pero además, como se indicó, el objetivo preciso de la audiencia consistía en la aprobación del plan de intervención y a ello debió limitarse la actuación de la Juez, sin que le estuviera permitido adicionarle modalidades no incluidas en él.

5° Por último, debe tenerse presente que el artículo 53 de la ley 20.084 le otorga facultades incluso oficiosas al juez de control para sustituir la pena impuesta por una menos gravosa, pero siempre en consideración a que ello parezca más favorable para la integración social del infractor y que además se hubiere iniciado su cumplimiento. Por lo tanto, la situación planteada tampoco se acomoda a lo previsto en dicha norma, en primer lugar porque no se ha iniciado el cumplimiento de la pena, pero por sobretodo porque la decisión de la juez fue motivada por consideraciones de hecho que afectan al Servicio Nacional de Menores y no por la conveniencia para las menores en atención a la finalidad de la ley.

Y visto lo previsto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, artículos 159 y siguientes del Código Procesal Penal y artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, SE ANULA la resolución de fecha 17 de junio de 2008 y se retrorae la causa al estado de que un juez no inhabilitado fije audiencia para proceder a la aprobación del plan de intervención.

Atendido a lo precedentemente resuelto, no se emitirá pronunciamiento en relación al recurso de apelación.

Devuélvase.

Rol N° 648-2008 RPP

Pronunciada por la Tercera Sala

Presidente Ministro Sr. Víctor Reyes Hernández, Fiscal Judicial Sra. Tatiana Román Beltramín y Abogado Integrante Sr. René Saffirio Espinoza.

LA CIRCUNSTANCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY N° 20.066, NO CONSTITUYE UNA CONDICIÓN PREVIA DE PROCESABILIDAD NI UN ELEMENTO DEL DELITO DE DESACATO

María José Taladriz Eguiluz²⁸⁰

Comentario

El artículo 10 de la Ley N° 20.066 señala que: *“En caso de incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias decretadas, con excepción de aquella prevista en la letra d) del artículo 9°, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días”,* estableciendo para la policía, en su inciso final, el deber de detener a quien sea sorprendido en quebrantamiento flagrante de las medidas mencionadas.

El fallo revierte la postura de la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca²⁸¹ y se ajusta a lo ya establecido por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en el sentido que *“...no hay duda que la norma citada no tipifica un nuevo delito, sino se limita a disponer que los antecedentes sean puestos en conocimiento del Ministerio Público a objeto que pueda investigarse si una determinada trasgresión de lo que el juez haya ordenado cumplir es constitutiva del ilícito descrito y sancionado en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil y si el trasgresor debe responder penalmente de esa conducta. Es, pues, este último artículo el que describe y sanciona la conducta de que se trata... tanto la descripción de la conducta como la pena que la ley le asigna se encuentran claramente definidos en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.”*²⁸²

280 Abogada asesora Unidad Especializada en Responsabilidad Penal de Adolescentes y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

281 En sentencia anterior de 30 de mayo de 2008 (Rol N° 261-2008), se confirma la resolución apelada dictada en la audiencia de veintidós de mayo del año en curso, inserta en la carpeta virtual RIT N° 5360-2008, del Juzgado de Garantía de Talca, que sostuvo que no estaría configurado el ilícito materia de formalización al faltar como requisito de procesabilidad, la remisión de los antecedentes del Tribunal de Familia al Ministerio Público, tal como lo señala el mismo artículo 10 de la Ley 20.066, lo que en la especie no ocurrió (esta situación se consigna en audio). Se hace presente que la sentencia fue acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Vicente Fodich C., quien fue de parecer de revocar la resolución apelada, por estimar que lo hechos por los cuales se formalizó constituyen el delito de desacato al incumplir una orden judicial.

282 Considerando Tercero de la sentencia de 17 de agosto de 2007, Rol Corte N° 1648-2007, que rechazó el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia pronunciada por el Primer Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 3 de julio de 2007. Dicho fallo

Lo anterior evidencia que el delito previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, que sanciona como autor de desacato con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo al que quebrante lo ordenado cumplir, constituye una figura penal autosuficiente que cumple satisfactoriamente la exigencia constitucional de la legalidad y de la tipicidad, sin que en ningún caso requiera de un requisito previo de procesabilidad como ha pretendido el recurso promovido por la defensa.

La interpretación sostenida por la defensa podría conducir al absurdo de dejar subordinada la aplicación del ilícito sancionado en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, a que otro texto legal le reconozca validez, con lo cual se desconoce el carácter autónomo que aquel exhibe.

La remisión expresa que algunos cuerpos legales hacen al artículo 240 (artículos 8 y 10 de la Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar; artículo 94 de la Ley N° 19.968 que creó los Tribunales de Familia y artículo 307 del Código Procesal Penal, entre otros) se explica porque en cada uno de los casos en que los respectivos legisladores han estimado pudiera configurarse una situación de desobediencia, lo es para llamar especialmente a que se investigue la eventual comisión del delito de desacato ya descrito y sancionado en la norma citada, pero no para tipificar en tal hipótesis de modo especial un delito, sino tan sólo porque hace una evaluación de que ello podría configurar un hecho susceptible de investigar y que, eventualmente, podría encuadrar en la figura del inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, la historia de la Ley N° 20.066 ha dejado claramente establecido que la intención del legislador al enfatizar la persecución del desacato por *incumplimiento de cautelares, sanciones accesorias o condiciones de una suspensión del procedimiento*, es incrementar el nivel de protección de las víctimas de violencia intrafamiliar, lo que se verifica al establecer, además de los efectos procesales por el incumplimiento, la referencia al mismo.

Al respecto, cabe precisar que la redacción del artículo 10 obedece a que en la mayoría de los casos de incumplimiento de sanciones y medidas accesorias o cautelares decretadas en causas por violencia intrafamiliar de conocimiento de los Tribunales de Familia, son precisamente estos tribunales quienes primero conocen de la situación, por lo que, generalmente, serán éstos los que derivarán los antecedentes al Ministerio Público. De este modo, en el tiempo que medie entre la recepción del caso por parte del Ministerio Público y su judicialización, que permitirá solicitar medidas cautelares más intensas para lograr la finalidad de la cautelar o accesoria incumplida, como la prisión preventiva, resultará pertinente el arresto del infractor hasta por quince días.

Cabe tener en cuenta que este apremio constituye una facultad exclusiva de los jueces de familia, pues la norma se encuentra en el Párrafo 2° “De la violencia

fue pronunciado por la Sexta Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, conformada por la Ministra Sra. Rosa María Maggi D., el Ministro Sr. Juan Cristóbal Mera M. y el abogado integrante Sr. Emilio Pfeffer U.

intrafamiliar de conocimiento de los Juzgados de Familia” de la Ley N° 20.066 y dadas las cautelares que pueden imponerse en sede penal, no tendría sentido dicho apremio. En efecto, los apremios sólo pueden ser eficaces para compeler a una persona a ejecutar alguna cosa, mas no resultan eficaces ni idóneos para impedir que una persona quebrante la prohibición y lleve a cabo la conducta que le ha sido vedada.

En el mismo sentido el artículo 94 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia dispone que *“En caso de incumplimiento de las medidas cautelares, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. Sin perjuicio de ello, impondrá al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días”*.

Así, si se incumple la medida cautelar decretada por el Tribunal de Familia, los artículos 10 de la Ley N° 20.066 y 94 de la Ley N° 19.968 ordenan que se apremie al agresor con arresto hasta por 15 días, contemplando además la posibilidad de investigar y perseguir por delito de desacato. De este modo y como ha resuelto la Excma. Corte Suprema, no se infringiría el principio de *non bis in idem*, pues el legislador dispone como sanción por el incumplimiento de una medida cautelar pronunciada por un Juez de Familia, una doble medida, apremios hasta por quince días y la pena correspondiente al delito de desacato, si se configuran los elemento del respectivo tipo penal²⁸³.

La jurisprudencia en comento cumple con la intención del legislador, plasmada en la historia de la ley, de reforzar a través de este mecanismo la importancia de los bienes jurídicos protegidos por el delito de desacato cuando la resolución que se quebranta ha tenido su origen en las necesidades de protección de una víctima de violencia intrafamiliar conocidas por un Tribunal de Familia. Así, la idea de refuerzo del estatuto de protección en estos casos se satisface precisamente a través de esta doble vía, lo que no se conseguiría si una de ellas fuere descartada, como ha planteado la defensa. Debe tenerse presente que, tratándose de resoluciones que prohíben una determinada conducta, el debido respeto y acatamiento de la orden es particularmente relevante para cautelar el imperio del derecho, toda vez que si se viola la prohibición se frustra definitivamente la finalidad perseguida no sólo por la resolución judicial, sino también por el legislador de la Ley N° 20.066.

El artículo 10 de la Ley N° 20.066 no crea un delito nuevo, ni lo establece por referencia, así como tampoco exige un requisito de procesabilidad para perseguir por desacato por el incumplimiento de medidas cautelares decretadas en sede de

283 Considerando Sexto de la sentencia de 26 de septiembre de 2007, Rol Corte N° 2.956-2007, que rechazó el recurso de queja interpuesto en contra en contra de los Ministros señores Jorge Zepeda Arancibia, Mario Carroza Espinoza y la Abogada Integrante señora Andrea Muñoz Sánchez de la *Il. Corte de Apelaciones de Santiago*. Dicho fallo fue pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch U.

familia. Tan sólo dispone la remisión de los antecedentes al Ministerio Público para que indague y eventualmente sostenga la acción penal, lo cual demuestra que el ilícito existe, y es, precisamente, aquél previsto en el mencionado artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

Sentencia:

Talca, treinta y uno de julio de dos mil ocho.

Visto y considerando:

1°) Que por sentencia de nueve de julio de dos mil ocho, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cauquenes, en los autos rit N° 14-2008, absuelve a J.D.T.R.P., de la acusación fiscal dirigida en su contra por el delito de desacato.

En ese fallo, los jueces dan por establecido que el 14 de septiembre de 2007, el Juzgado de Familia de Cauquenes decretó una medida cautelar prohibiendo al imputado acercarse al domicilio de M.C.M.Á. y sus hijos, ubicado en la dirección que indica, y al lugar de estudio de estos últimos, por el término de 180 días. Esa resolución fue notificada personalmente al acusado, por funcionarios de Carabineros, el 14 de septiembre de 2007, a las 19.55 horas. El 16 de octubre de 2007, en horas de la noche, Carabineros -que por instrucciones de la Fiscalía, verificaba el cumplimiento de la referida medida cautelar- sorprendieron a Rojas P. en el domicilio de aquélla, y procedieron a su detención.

También es un hecho de la causa que el Juzgado de Familia, luego de decretar tal medida, se declaró incompetente y envió los antecedentes a sede penal.

Los sentenciadores concluyen que no se ha configurado el delito previsto en el artículo 240 del Código de

Procedimiento Civil, por cuanto conforme con lo estatuido por el artículo 10 de la ley N° 20.066, en relación a los artículos 53 inciso cuarto y 54 letra g) del Código Procesal Penal, y debido a que el bien jurídico protegido es la recta y eficiente administración de justicia, la acción penal sólo puede ser incoada por el mismo tribunal que dictó la medida cautelar, único titular de la misma, quien debe enviar los antecedentes al Ministerio Público y sólo hecho lo anterior el persecutor estará facultado para sostener la acusación. Como la acción no fue ejercida por el Juzgado de Familia, sino directamente por el Ministerio Público en el marco de una investigación por el delito de amenazas entre el acusado y su conviviente, respecto del cual, el aludido tribunal, había declarado su incompetencia, se ha omitido una condición de procesabilidad pública para el inicio de la acción penal, debiendo absolverse al acusado.

2°) Que el Ministerio Público recurre de nulidad y solicita que se invalide la sentencia y el juicio, para la realización de uno nuevo ante el tribunal no inhabilitado que corresponda. Se basa en la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. Refiere que el artículo 240 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, describe una conducta punible y señala la sanción que debe imponerse a quien la ejecuta, siendo una figura que se basta a sí misma, pues satisface la exigencia constitucional de legalidad y tipicidad, siendo la ley

la que directamente describe el hecho punible y fija su penalidad. Agrega que la conducta del imputado se enmarca en el incumplimiento que la norma exige, pues ha quebrantado la medida cautelar que se le impuso y así quedó de manifiesto en la decisión del tribunal a quo. Sostiene que, sin embargo, los jueces -al señalar que es necesario el requerimiento previo del Juzgado de Familia- han incorporado un requisito que el legislador no estableció y que en caso alguno tuvo intención de incorporar, ya que cuando ha existido voluntad en sentido diverso, lo ha hecho expresamente como ocurre en el caso del artículo 14 de la ley N° 20.066. El error de derecho queda de manifiesto de la sola lectura de dicho artículo al hacerlo equiparable a la norma del artículo 10 del mismo cuerpo legal. La interpretación del tribunal conduce al absurdo de dejar subordinada la aplicación del delito del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, a que otro texto le reconozca validez, desconociendo el carácter autónomo de la norma, interpretando en forma errónea el citado artículo 10. Éste no crea un requisito nuevo, sino que sólo dispone la remisión de antecedentes al Ministerio Público para que indague y eventualmente sostenga la acción penal; de su tenor no puede desprenderse que el Ministerio Público se encuentre impedido de perseguir el delito de desacato. Dicho error ha influido sustancialmente en la decisión, pues en base a él se ha absuelto al acusado, y por ello solicita la invalidación antes referida.

3°) Que esta Corte está de acuerdo con el criterio jurídico sustentado, en el recurso, por el Ministerio Público, toda vez que la circunstancia prevista en el artículo 10 de la ley N° 20.066

sobre Violencia Intrafamiliar, no constituye una condición previa de procesabilidad ni un elemento del hecho punible, sino un mero trámite para que el Juzgado de Familia ponga en conocimiento del ente persecutor el incumplimiento correspondiente, para los fines contemplados en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. No se trata de la situación regulada en el inciso cuarto del artículo 53 del Código Procesal Penal en su relación con la letra g) del artículo 54 del mismo texto, por cuanto el citado artículo 10 no establece en forma expresa que la persecución penal proceda, sólo, a instancia del Juzgado de Familia. La falta de tal requerimiento no altera la naturaleza del delito, no afecta el ejercicio de la acción penal pública y no desvirtúa la configuración de aquél, máxime en el caso actual en que aparece evidente que los antecedentes se habían trasladado, por incompetencia, desde el ámbito de familia a la órbita penal y en atención a que en esta sede se descubrió el incumplimiento materia del juicio.

4°) Que la aplicación errónea de los aludidos preceptos es la que llevó a los jueces del tribunal de origen a absolver al acusado, según se lee en el fundamento séptimo del fallo que se impugna, en razón de lo cual se ha incurrido en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, lo que obliga a acceder a lo impetrado en el recurso.

Y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 352, 358, 360, 372, 384 y 386 del Código Procesal Penal, SE ACOGE el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público y, en consecuencia, se anula la sentencia de nueve de julio del año en curso y

el juicio oral, debiendo realizarse uno nuevo ante el tribunal no inhabilitado que corresponda, sin costas.

Acordada con el voto en contra de la Ministra doña Juana Venegas Ilabaca, quien estuvo por rechazar el presente recurso de nulidad, por estimar que los fundamentos de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cauquenes, en virtud de los cuales se absuelve al imputado -y que comparte- se ajustan a derecho.

Pronunciada por el Presidente de la Segunda Sala don Hernán González García (redactor), Ministra doña Juana Venegas Ilabaca, (quien no firma no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por encontrarse con permiso) y Abogado Integrante don Ricardo Sánchez Venegas.

Insértese en el acta respectiva.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 359-2008.

Considerando Sexto de la sentencia de 26 de septiembre de 2007, Rol Corte N° 2.956-2007, que rechazó el recurso de queja interpuesto en contra en contra de los Ministros señores Jorge Zepeda Arancibia, Mario Carroza Espinoza y la Abogada Integrante señora Andrea Muñoz Sánchez de la *Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago*. Dicho fallo fue pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch U.

CONTENIDOS

Artículos

Comentario de Ley N° 20.236, que tipifica el delito de atentados contra los fiscales del Ministerio Público.
Silvia Peña W.

Algunas consideraciones sobre la disponibilidad de la acción penal pública en el sistema alemán y angloamericano.
Eduardo Picand A.

Breves consideraciones sobre la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y el tratamiento de los tipos penales destinados a combatir la corrupción en el sector privado, con especial referencia al bien jurídico tutelado.
Rodrigo Aldoney R.

Autoría mediata en delitos especiales propios.
Luis Humberto Contreras A.

Proyectos de ley vinculados a la lucha en contra de la corrupción.
Hernán Fernández A.

Criterios contenidos en las sentencias dictadas por infracción a la Ley N° 20.000 durante los meses de mayo a julio de 2008.
Renzo Figueroa A.

La investigación patrimonial en la Ley N° 20.000.
Ximena Marcuzzolo A.

Tráfico de sustancias químicas controladas en Bolivia.
Lorena Rebolledo L.

La “Euro Orden” de detención y entrega.
Eduardo Picand A.

¿Qué es el grooming o ciber acoso sexual a niños a través de Internet?
Félix Inostroza D. / Francisco Maffioletti C. / Macarena Car S.

El delito de almacenamiento de material pornográfico infantil: La plena vigencia del tipo penal del inciso segundo del artículo 374 bis, a la luz de la opinión doctrinaria y jurisprudencial.
Luis Torres G.

Las medidas precautorias contempladas en la Ley N° 19.039 sobre Propiedad Industrial y su aplicación en el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal.
Andrés Grunewaldt C.

Punibilidad y tratamiento jurisprudencial de las conductas de phishing y fraude informático.
Verónica Rosenblut G.

Regulación y efectos de las anotaciones prontuariales de los adolescentes.
Iván Fuenzalida S.

Análisis estadístico descriptivo de los femicidios ocurridos durante el año 2007.

Roberto Rodríguez M.

Sentencias comentadas

Rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa de un condenado por delitos sexuales.
Pablo Campos M.

Rechaza petición de indemnización por supuesto error judicial.
Silvia Peña W.

Condena por delitos de fraude y malversación reiterados a funcionario.
Roberto Morales P.

La guarda de droga como hipótesis de tráfico.
Renzo Figueroa A.

Condena por delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales.
Verónica Rosenblut G.

Condena por delito de interrupción de servicios públicos, contemplado en la Ley de Seguridad Interior del Estado.
Rodrigo Garay R.

La pena de internación en régimen semicerrado no es susceptible de cumplimiento parcial.
María Angélica San Martín P.

El artículo 10 de la Ley N° 20.066, no establece una condición previa de procesabilidad ni un elemento del delito de desacato.
María José Taladriz E.

Fallos

Rechaza recurso de nulidad. Debido proceso; Presunción de inocencia; Principio de congruencia; fundamentación de la sentencia.

Rechaza recursos de nulidad. Debido proceso. Alevosía.

Recurso de amparo rechazado. Aplicación del artículo 28 de la Ley N° 18.216.

Recurso de amparo rechazado. Efectos de la apelación contemplada en el artículo 25 de la Ley N° 18.216.

Recurso de amparo rechazado. Audiencia de revocación de beneficios de la Ley N° 18.216.

Declara la licitud de la prueba de fuente autónoma.

Inadmisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad. Naturaleza de la norma impugnada.