

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°55 - JUNIO 2013

REVISTA JURÍDICA
DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°55 - Junio 2013

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz

Coordinador

Karen Guzmán Valenzuela

Sandra Luco Castro

Ricardo Mestre Araneda

Antonio Segovia Arancibia

Colaboradores:

Andrea González Leiva

David Opazo Meneses

Soledad Poblete Moya

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°0718-6479) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, continuadora del Boletín del Ministerio Público, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma, forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. 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: 2965 9693

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

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

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

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Artículo

- La inducción 9
Glenda Lagos Chandía

II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

Artículo

- Modelos de atención y protección de niños, niñas y adolescentes víctimas de delito 43
Ángela Chávez Torrico y Marcela Abarca Villaseca

III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

- Responsabilidad penal de las personas jurídicas
Suspensión condicional del procedimiento
Industrias Ceresita S.A. 79
Macarena Cañas Aranda
- La imputación de responsabilidad penal a los órganos de las empresas, en relación con los presupuestos para que las acciones realizadas por personas individuales les puedan ser imputadas, cuando éstas exceden el ámbito propio del giro de la empresa 93
Roberto Morales Peña

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículo

- Análisis jurídico de las asociaciones ilícitas en la Ley 20.000 111
Ximena Marcazzolo Awad

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Artículo

- Un acercamiento a la causa probable 147
Karina Fernández Neira y Carolina Gómez

VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Sentencias Comentadas

- Comentario a la sentencia definitiva condenatoria dictada por el Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago por el delito de femicidio frustrado y otros 165
Macarena Car Silva
- El caso Carrizal: violación, incendio y homicidio de una menor de edad 181
Javier Castro Jofré

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

Artículo

- Concepto de trabajos forzados, servidumbre y esclavitud en el tipo penal del artículo 411 quáter del Código Penal chileno y bienes jurídicos protegidos por estas modalidades de trata de personas 205
Emiliano Arias Madariaga y Ulda Figueroa Ossa

Sentencia Comentada

- Comentario a sentencia dictada por el Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en el denominado “Caso Corma” 221
Alejandro Moreira Dueñas

VIII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

- Algunas consideraciones en relación al secuestro común con ocasión de dos sentencias que condenan y absuelven respectivamente por el tipo penal 235
Rodrigo Fernández Moraga
- El artículo 31 de la Ley N°20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente y su implicancia en el proceso penal 251
Eva Curia Castro, María José Taladriz Eguiluz y Rodrigo Fernández Moraga

PRÓLOGO

El 2 de diciembre del año 2009 se publicó en el Diario Oficial la Ley N°20.393, que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho.

Si bien su dictación obedeció en parte al interés del país por ingresar a la OCDE, sin duda ese paso refleja una preocupación real en torno a temas tan relevantes como la corrupción, la delincuencia organizada y el terrorismo.

Dentro de la novedad jurídica que significó el hecho de establecer la responsabilidad penal de una persona jurídica, sin duda le corresponde un puesto destacado al sentido preventivo de la ley, materia que ya abordáramos en una edición anterior de nuestra revista.

En esta ocasión, presentamos antecedentes sobre la suspensión condicional del procedimiento respecto de una empresa en un caso de cohecho, y que se tradujo en una serie de servicios y beneficios para la comunidad afectada por este hecho, además de la obligación de esta empresa de regularizar su situación. Del mismo modo, otro autor se hace cargo de las dificultades que se puede encontrar en la imputación de responsabilidad penal a los órganos de una empresa, a partir de las acciones realizadas por individuos.

En otro tema, también complejo como el anterior, tenemos aquellos ilícitos perpetrados por asociaciones ilícitas, materia que se aborda a partir de la Ley N°20.000 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, así como también presentamos el comentario de una sentencia que condenó por diversas actividades fraudulentas dirigidas a hacerse con beneficios estatales improcedentes.

A todas estas temáticas se agregan también aquellos hechos que traspasan nuestras fronteras, como lo son la trata de personas y el trabajo forzado, servidumbre o esclavitud, delitos que también se abarca en este número. Amén de ello, y porque se puede necesitar la cooperación de otros países en la persecución de la responsabilidad penal de determinadas personas, momento en que será imprescindible conocer los criterios que sus tribunales de justicia exigen cumplir para proceder en su contra, se incluye en esta edición un artículo de abogados de nuestra Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, que se hace cargo del concepto de *causa probable* en los Estados Unidos de Norteamérica.

Finalmente, presentamos además, trabajos relativos a ilícitos de gran connotación social, como lo son aquellos referidos a delitos sexuales, femicidio o delitos cometidos por adolescentes y, por último pero no menos importante, un artículo que trata el modelo de atención que se sigue en las distintas Fiscalías del país con menores que han sido víctimas de delitos sexuales.

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

LA INDUCCIÓN¹

Glenda Lagos Chandía²

I) Concepto

De conformidad a las teorías del concepto restrictivo de autor, que son las mayoritariamente aceptadas por la doctrina y por la jurisprudencia contemporánea en países como Alemania, España y Chile, la inducción es un tipo de participación criminal, en contraposición a los tipos de autoría; distinguiéndose los tipos de participación criminal de los tipos de autoría, principalmente, porque el autor es quien realiza el respectivo tipo penal, por lo que la conducta de éste es punible autónomamente; en cambio, el partícipe aporta al hecho del autor, incentivándolo (en el caso de la inducción) o favoreciéndolo (en el caso de la complicidad); pero no realiza el tipo principal, sino un tipo cuya punición depende de la de aquél, porque causación no es lo mismo que realización del tipo penal, de manera que no todo el que contribuye a la causación del hecho o interpone una condición causal es autor de éste, sino sólo quien ejecuta la conducta descrita en el tipo. De este modo, la participación es una intervención en un hecho ajeno, el del autor.

Dentro de este contexto, la inducción, en particular, es concebida como la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico directo en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo de autoría.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia destacan que la inducción consiste en causar, motivar, formar, hacer nacer en otro; mediante influjo psíquico; la resolución criminal.

Así, se dice que para que exista inducción es necesario que el influjo psíquico ejercido por el inductor sobre el autor material sea la causa de la decisión de éste de ejecutar el hecho y de la realización por parte de éste del mismo; de manera que dicha influencia debe ser decisiva, pues, sin ella, el autor no cometería el hecho³.

- 1 Capítulo Segundo de Tesis denominada “La Inducción” para optar al Título de Máster en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.
- 2 Abogada Asistente de la Fiscalía Local de Concepción, Fiscalía Regional VIII Región del Bío Bío, Ministerio Público.
- 3 En este sentido: Sentencia del Tribunal Supremo Español, 25 de junio de 1985, Roj STS 1.152/1985; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. 9ª.ed., Barcelona, España, Editorial Reppertor, 2011, Parte General, p. 414; CUELLO CONTRERAS, Joaquín y MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Curso de Derecho Penal*. Madrid, España, Editorial Tecnos, 2011, Parte General, p. 152.

En cuanto a los medios que se pueden utilizar para lograr la inducción, se acepta que el influjo psíquico sobre el autor se ejerza de cualquier manera capaz de producir en él la resolución delictual, tales como un mandato, un consejo, una solicitud, la persuasión, la promesa de una recompensa, etc.; es decir, son ilimitados; aunque hay algunos que pueden resultar más eficaces, como un precio o recompensa o la autoridad moral.

En relación a la forma, en Chile autores como Cury⁴; Politoff, Matus, Ramírez⁵; y Hernández⁶ sostienen que no es necesario que la inducción sea *expressis verbis*, sino que ésta puede realizarse tanto explícita como implícita o tácitamente, siempre y cuando consista en actos positivamente dirigidos a formar en el inducido la resolución delictual. En España se pronuncian en este mismo sentido Cuello y Mapelli⁷.

Asimismo, se considera que es posible la coinducción, esto es, que varios sujetos ejerzan sobre otro un influjo psíquico que cause en éste la decisión de cometer el hecho.

También es posible que se induzca a alguien para que éste, a su vez, cometa el delito en autoría mediata, es decir, para que no lo ejecute por sí mismo, sino por medio de otra persona a la que utilice como un mero instrumento para ello, por carecer dicha persona de la libertad o del conocimiento de la situación necesarios para determinarse a cometer el ilícito. Por ejemplo: A, induce a B, que es chef de un restaurante, a que vierta veneno en la taza de café que C, garzón del mismo restaurante, debe servir al cliente D; desconociendo C que B vertió veneno en dicha taza de café, y habiendo decidido B utilizar a C para tales fines por el influjo que sobre él ejerció A.

Respecto de los requisitos de la inducción, la doctrina y la jurisprudencia señalan los siguientes⁸:

- 1) Debe recaer sobre un sujeto con libertad, con raciocinio y con conocimiento suficiente como para decidir si ejecutará o no el hecho, con plena

4 CURY URZÚA, Enrique con la colaboración de MATUS ACUÑA, Jean Pierre. "De las personas responsables de los delitos". En: *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo I, p. 244.

5 POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. 2ª.ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2011, Parte General, p. 428.

6 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. "Comentario" (bajo el artículo 15). En: *Código Penal Comentado*. Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing, 2011, p. 409.

7 CUELLO y MAPELLI, ob. cit., p. 153.

8 Sentencia del Tribunal Supremo Español, 25 de junio de 1985, Roj STS 1.152/1985, Sentencia del Tribunal Supremo Español, 10 de noviembre de 1994, Roj STS 7.257/1994. HERNÁNDEZ, ob. cit., págs. 409 y sgtes. CURY, ob. cit., p. 244. POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., p. 428. GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho*

- conciencia de los alcances de su decisión. De lo contrario, se estaría en presencia de una autoría mediata.
- 2) Debe ser directa, pues ha de recaer en una persona determinada, para cometer un delito también determinado y, en muchos casos, especialmente en los delitos contra las personas, ha de recaer en un sujeto pasivo asimismo determinado. Este requisito de ser directa existe tanto en la legislación española, como en la legislación chilena. Así se lee, respectivamente, en el artículo 28 letra a) y en el artículo 15 N°2 (“*los que inducen directamente a otro...*”) de los Códigos Penales español y chileno. La exigencia de que sea directa en cuanto a un delito determinado implica que no basta la sola invitación o consejo genérico a delinquir. Por otra parte, la exigencia de que sea directa en cuanto a que debe recaer en una persona determinada impide aceptar la denominada “inducción en cadena”, esto es, la inducción a la inducción, aunque debe advertirse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español la ha admitido⁹. En España, Mir¹⁰ estima que quien induce a otro para que éste, a su vez, induzca a un tercero debe ser sancionado como cooperador necesario (forma de participación contemplada en el artículo 28 letra b) del Código Penal español, referida a quien, sin cometer el hecho, facilita su ejecución, de modo que sin su cooperación no se habría efectuado).
 - 3) Debe ser eficaz o suficiente, es decir, causante de la determinación del inducido o autor material para cometer el delito, de manera que exista una relación de causalidad, un nexo causal entre la inducción y la decisión y realización criminal. Esto significa que no debe recaer sobre un sujeto que con anterioridad a que la inducción tuviera lugar hubiese ya resuelto cometer el hecho. En consecuencia, no se considera inducción el mero reforzamiento de la decisión delictiva tomada precedentemente, ni la inducción no aceptada por el inducido.
 - 4) Es necesario que la inducción sea seguida de la comisión del delito correspondiente o, al menos, de cualquiera de sus formas imperfectas de ejecución. Desde que el delito se encuentra en grado de tentativa el inductor es responsable del trecho recorrido del “*iter criminis*”. Volveremos sobre esto al tratar el carácter accesorio de la inducción.

Penal. 3ª.ed. actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, Parte General, Tomo II, p. 310. MIR, ob. cit., págs. 414 y sgtes. DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*. Granada, España, Editorial Comares, 2008, págs. 126 y sgtes. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punibles en el Código Penal”. En: *Problemas de Autoría*. Madrid, España, Solana e Hijos, A.G., S.A., 1994, Consejo General del Poder Judicial, págs. 185 y sgtes.

9 Sentencia del Tribunal Supremo Español, 22 de febrero de 2007, Roj STS 1.633/2007 y Sentencia del Tribunal Supremo Español, 27 de abril de 2007, Roj STS 3.270/2007.

10 MIR, ob. cit., p. 416.

II) Elemento subjetivo en la inducción

Es preciso que el inductor actúe con dolo, el que debe consistir tanto en hacer nacer en el inducido la resolución criminal, como en que éste efectivamente realice el hecho al que se le induce. Es por eso que la doctrina y la jurisprudencia se refieren a la necesidad de un doble dolo.

Parte de la doctrina, tanto en España¹¹ como en Chile¹², admite como suficiente la existencia de *dolo eventual* en el inductor, el que concurriría, por ejemplo, según Mir, si *A le cuenta a B que la cónyuge de éste, C, le es continuamente infiel, sin pretender directamente que por ello B la agrede, pero sabiendo y aceptando que es altamente probable que esto suceda, habida consideración del carácter y del comportamiento habitual de B. Luego, efectivamente, B le causa lesiones graves a C.*

En cambio, otra parte de la doctrina sostiene que no es admisible que en el inductor concorra sólo dolo eventual, al menos, en lo que respecta a la influencia sobre el autor. En este sentido se pronuncian, en España, Cuello y Mapeilli¹³, quienes argumentan que el ataque al bien jurídico que supone la conducta de inducción puede ser un ataque aún más alejado de su fundamento de punición si no se tiende a exigir una voluntad directa de influir en el autor, por lo que, al menos a ese respecto, la inducción se debe limitar a los casos de dolo directo. En todo caso, ellos aceptan que sí puede ser relevante y suficiente el dolo eventual en lo que dice relación a consecuencias sólo indirectas de la voluntad directa de influir. Por ejemplo, algunos casos de desvío entre lo que el inductor se representó que realizaría el autor y lo que éste realmente hizo.

En términos semejantes, Gómez¹⁴ plantea que es propio de la configuración típica de la inducción la producción en el inducido de la decisión de cometer un determinado delito y que éste, además, efectivamente lo realice, ése es precisamente el móvil de la actuación del inductor; por lo que al respecto se requiere necesariamente de dolo directo; lo que no obsta a admitir la existencia de dolo eventual en relación al hecho que en definitiva ejecute el autor, el que se puede desviar respecto de la conducta a la que fue inducido, cometiendo en consecuencia un tipo penal distinto o produciendo un resultado más grave del querido por el inductor. Para ilustrar su posición, Gómez proporciona el siguiente ejemplo: *A induce a B a que sustraiga la cartera de C sin que éste se dé cuenta. Sin embargo, durante la ejecución, C advierte la maniobra de B e intenta defenderse, por lo que éste tiene que sacar una navaja e intimidarle para que le dé*

11 MIR, ob. cit., p. 418.

12 CURY, ob. cit., p. 233; POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., p. 426.

13 CUELLO y MAPELLI, ob. cit., págs. 153 y 154.

14 GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La inducción a cometer el delito*. Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 1995, págs. 377 y sgtes.

la cartera. Así, ella concluye que, en la medida en que la producción de un tipo más grave (robo con intimidación, en vez de hurto) pueda entenderse comprendida eventualmente por el dolo del instigador, podrá hacersele responder como inductor al robo con dolo eventual.

También es controvertida en la doctrina la punibilidad de una **inducción dolosa a la comisión de un hecho imprudente**. Por ejemplo: *A induce a B, que apenas sabe conducir, a que lleve en el coche de A a C por una carretera extremadamente peligrosa a gran velocidad, confiando A en que el coche pueda tener algún accidente grave para C, lo que efectivamente sucede.*

Mir¹⁵ se refiere a esta posibilidad al tratar la participación, señalando que la participación dolosa a un hecho imprudente no es punible como tal participación dolosa, pero sí corresponde su castigo como participación en un delito imprudente.

Gómez¹⁶, por su parte, sostiene que no es posible aceptar que la inducción destinada a hacer nacer en el inducido la resolución de realizar un comportamiento imprudente que finalmente desemboque en la producción de un resultado delictivo sea punible. Ello, porque la inducción implica el nacimiento de una resolución delictiva en el inducido, esto es, la realización de un injusto típico, dentro del cual se comprende el resultado, y en aquellos casos en que el inductor incita al autor a realizar un comportamiento imprudente, lo que le hará surgir será la resolución de realizar una determinada actividad, pero en ningún caso su resolución comprenderá la producción de un injusto típico, porque el inducido, al decidir actuar imprudentemente y al ejecutar la conducta de esa manera, no quiere el resultado, el que es parte integrante del tipo.

En Chile, Politoff, Matus y Ramírez¹⁷ niegan la posibilidad de inducción a hechos culposos (imprudentes), atendido el concepto mismo de inducción, esto es, “formar en otro, de manera directa, la resolución de ejecutar una conducta dolosa, típica y antijurídica”.

Asimismo, en España se discute si cabe la **inducción imprudente a un hecho también imprudente**. Por ejemplo, *el acompañante induce al conductor a conducir a una velocidad temeraria, lo que produce un accidente.*

Mir¹⁸ acepta esta posibilidad, aseverando que, en todo caso, es necesario que el inductor tenga la voluntad de inducir a la conducta imprudente, lo que ocurriría en el ejemplo señalado que él mismo proporciona y, en cambio, no sucedería en el siguiente: A no advierte que, al contarle a B las infidelidades de su esposa C, le hace surgir la idea de matar a ésta, lo que B acaba haciendo.

15 MIR, ob. cit., págs. 409 y sgtes.

16 GÓMEZ, ob. cit., págs. 368 y sgtes.

17 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., págs. 427-428.

18 MIR, ob. cit., págs. 418-419.

En este caso, según él, no habría inducción por cuanto A no tenía voluntad de inducir a B a matar a C.

En sentido contrario, Gómez¹⁹ afirma que la inducción imprudente a un hecho imprudente no es admisible, explicando su postura a través del siguiente ejemplo: *el acompañante de un conductor lo induce a conducir imprudentemente, producto de lo cual un tercero resulta atropellado*, concluyendo que, si bien es posible distinguir entre las conductas de ambos el distinto papel que han tenido en la realización de la actividad imprudente, siendo el conductor quien ejecuta la conducta imprudente, en tanto su acompañante quien lo induce a ésta, no es posible trasladar la distinta valoración que en un plano ontológico tienen las acciones de cada uno a la calificación normativa de participación penal que les corresponde; por cuanto, el acompañante incitó al conductor sólo a una parte del tipo imprudente, que es la conducta imprudente (la conducción), pero no al injusto típico, porque su requerimiento no abarcó la otra parte de éste, cual es la producción del resultado.

Por su parte, López Barja²⁰, en España, refiriéndose a la participación en general, señala que ésta no cabe en los delitos imprudentes.

En Chile, Cury²¹ y Politoff, Matus y Ramírez²² sostienen que, al exigir el artículo 15 N°2 del Código Penal que la inducción sea directa, excluye la instigación culposa (imprudente).

III) Fundamento de la punición de la inducción

En general, las teorías que pretenden explicar las razones por las cuales se sanciona la inducción y, en especial, el fundamento por el cual el legislador la equipara punitivamente a la autoría, parten de la base, dentro de las teorías relativas al fundamento del castigo de la participación, de las denominadas teorías de la causación, que, en términos sencillos, fundan la punibilidad de ésta en que la participación causa o favorece la lesión no justificada de un bien jurídico por parte del autor, por cuanto el partícipe colabora a que el autor infrinja la norma del tipo (de la parte especial); en contraposición a las anteriores doctrinas de la corrupción o de la culpabilidad, de acuerdo a las cuales el partícipe es castigado por convertir a otra persona –el autor– en delincuente o contribuir a hacerlo.

19 GÓMEZ, ob. cit., págs. 346 y sgtes.

20 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “La Participación y los delitos especiales”. En: *Problemas de Autoría*. Madrid, España, Solana e Hijos, A.G., S.A., 1994, Consejo General del Poder Judicial, p. 147.

21 CURY, ob. cit., p. 244.

22 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., p. 428.

Dentro de estas teorías relativas a la inducción encontramos las siguientes:

1) El inductor como primer eslabón causal del hecho que ejecuta el autor

Uno de los principales exponentes de esta teoría es Roxin.

Esta teoría parte de la base de que es el inductor quien, mediante su incitación, actúa desencadenando por primera vez el hecho que ejecuta el autor, constituyendo, en consecuencia, el primer factor determinante de la comisión del delito. De este modo, la gravedad y repercusión que tiene la actuación del inductor compensa su falta de dominio y proximidad al hecho principal, justificándose así su igual tratamiento punitivo con el autor.

2) La especial peligrosidad de la resolución nacida a consecuencia de la actividad del inductor

Esta teoría es sostenida por Letzgus.

Él destaca que la puesta en común de un propósito criminal otorga mayor peligrosidad a la intención delictiva adoptada que la que toma el autor individual, lo que, por cierto, ocurre en la inducción, en la que el nacimiento en el autor de la resolución de delinquir es obra de la influencia sugestiva que sobre él ejerce el inductor.

Como consecuencia de esta mayor peligrosidad, razona Letzgus, la dificultad para que el autor desista autónomamente de su resolución delictiva, como asimismo, para que el propio inductor o un tercero lo convenzan de desistirse son más elevadas, en comparación a lo que ocurriría si el autor hubiese adoptado su decisión por sí solo; porque es más fácil motivar al autor que hacerle desistir.

Así, según Letzgus, el hecho de que la resolución adoptada por el inducido sea consecuencia de la influencia ejercida sobre él por el inductor fundamenta la especial peligrosidad de la acción instigadora para la lesión del bien jurídico y, pese a la falta de dominio del hecho y a la escasa proximidad con la realización de éste por parte del inductor, justifica que él tenga la misma penalidad que el autor.

3) La inducción como subordinación del inducido a lo acordado con el inductor

En Alemania, Puppe considera que para que se justifique la equiparación punitiva del inductor al autor no basta con que el inductor proporcione al autor los motivos de su resolución criminal, sino que es necesario, además, que la voluntad del inducido se subordine libremente a la del inductor mediante

su compromiso de cumplir lo que él denomina el “pacto del injusto”, relativo al plan global del hecho.

Esta tesis ha sido criticada por cuanto, si bien los casos prototipo de la inducción son aquéllos en los que el autor actúa motivado por el cumplimiento de lo acordado con el autor, es perfectamente posible que no sea el denominado “pacto del injusto” el motivo de la actuación del autor e, incluso, puede ocurrir que éste ni siquiera llegue a existir; de manera que esta tesis no guarda correspondencia con la realidad.

Además, se critica esta teoría de Puppe porque, de acuerdo a ésta, en definitiva, la responsabilidad del inductor, más que emanar de su propio comportamiento, dependería de que el autor ejecute el hecho motivado por el cumplimiento de un pacto de injusto con él y no por motivos personales, es decir, la responsabilidad del inductor dependería de las motivaciones subjetivas del autor; lo que no es aceptable.

Por su parte, Roxin repara a esta tesis que sea la subordinación del autor al inductor lo que justifique la equiparación punitiva de la inducción a la autoría, en circunstancias en que la forma más intensiva y peligrosa de la inducción es la inversa, esto es, aquélla en que el inductor no controla el curso causal puesto en marcha por él, ya que no puede hacer desistir al autor cuando así lo quiera.

De un modo cercano a Puppe, Jakobs afirma que no cualquier influencia psíquica basta para que exista inducción, sino que se requiere que sea precisamente ésta la razón por la que el delito se cometa. En otras palabras, no es suficiente la simple comprobación de la existencia de un influjo psíquico por parte del inductor sobre el autor, sino que es necesario que éste adopte su resolución en dependencia de la voluntad del inductor, de tal suerte que la realización del hecho por aquél se deba a que el inductor lo tenga por conveniente, convirtiéndose así en la causa de su actuar.

Roxin objeta a este planteamiento que conduciría a una concepción demasiado restrictiva de la inducción ya que, por ejemplo, forzaría a considerar como inducción intentada los casos en que el inductor le comunica al autor que ha perdido su interés en la ejecución y, no obstante, el autor ejecuta el hecho.

4) La inducción como dominio del plan delictivo

En Alemania, Ingelfinger desarrolla esta teoría, de acuerdo a la cual la razón que justifica que el inductor sea sancionado con la misma pena del autor es que el inductor somete al autor a un determinado plan y, en definitiva, adopta un papel directivo en la determinación del hecho que éste ejecuta.

En todo caso, Ingelfinger admite que existan situaciones que excepcionalmente se pueden valorar como inducción, aunque no exista dirección del plan

por parte del inductor. Éstos serían los supuestos en que el inductor ocupa un especial papel en el ámbito volitivo, compensando esa especial incidencia la carencia de dominio intelectual.

5) El inductor como desencadenante de un comportamiento asocial

Neidlinger es quien sustenta esta teoría.

Él sostiene que la inducción es un comportamiento menos grave que la autoría, pues el autor inmediato es quien crea el injusto y, también, lo ejecuta, por lo que él despliega una mayor energía criminal.

Sin embargo, lo que explica que el legislador penal le atribuya a la inducción la misma valoración que a la autoría es que el inductor, además de causar el hecho, se comporta de un doble modo asocialmente: por un lado, tiene una actitud contraria al orden jurídico y, por otro lado, provoca que el autor se comporte de un modo contrario a la sociedad, lo que, a su vez, tiene una doble repercusión: en primer término, la lesión del bien jurídico se remonta causalmente al inductor, porque él ha dado el impulso decisivo para la actuación del autor; y, en segundo lugar, será el inductor quien deba responder por el comportamiento punible del autor.

Dicho lo anterior, Neidlinger afirma que el Derecho Penal desaprueba no sólo la lesión del bien jurídico, sino también el propio hecho de que tenga lugar la lesión, es decir, independientemente de la lesión, el legislador desaprueba en sí el empleo de energía criminal. En consecuencia, según Neidlinger, la equiparación penal de la inducción a la autoría se justifica porque, aun cuando el comportamiento del inductor es menos grave frente al del autor, es el inductor quien da el impulso decisivo para la producción del comportamiento asocial. Por el contrario, el autor sólo debe responder por su propio hecho punible y por su propio comportamiento asocial.

Esta doctrina es criticada en cuanto a que no sería admisible hacer responsable al inductor por el comportamiento asocial del inducido porque es el propio autor el que decide si se va a comportar asocialmente o no y, por tanto, el único responsable directo de su actuación.

6) Posición de Cuello y Mapelli, en España

En España, Cuello y Mapelli²³ señalan que la punición del inductor, hasta el punto de su equiparación con la autoría, se debe a la influencia decisiva que ejerce el inductor sobre el autor material del delito, llegando a determinar su decisión, aunque no su comisión, la que es obra exclusiva del autor.

23 CUELLO y MAPELLI, ob. cit., p. 151.

7) Posición de Gómez Rivero, en España

También en España, Gómez Rivero²⁴ entiende que la base de la equiparación punitiva de la inducción con la autoría es el especial papel que el inductor desempeña en la formación de la voluntad (delictiva) del inducido, estimulando sus tendencias delictivas y venciendo sus inhibiciones para la ejecución y, en definitiva, determinando que en la ponderación de pros y contras –tanto de índole moral o de otro tipo, como pueda ser la apreciación de las posibilidades de éxito–, el autor valore como superiores las ventajas de la ejecución frente a sus inconvenientes.

Ahora bien, ella reconoce que hasta aquí su planteamiento daría la razón a autores que, como Roxin, fundan la inducción en que el inductor se convierte en el primer eslabón causal del hecho que ejecuta el autor. Sin embargo, considera que ello no es suficiente para justificar el injusto de la inducción.

En efecto, para ella el ámbito típico de la inducción se encuentra limitado a los casos en que la conducta del inductor, debido a la intensidad o circunstancias en que se produce la incitación, alcance un determinado grado de peligrosidad que sea penalmente relevante y que se materialice en el resultado.

De este modo, lo central será determinar los criterios de acuerdo a los cuales deba estimarse en el caso concreto la existencia de un grado de peligrosidad en la incitación que –de seguirse de un principio de ejecución por el inducido que pueda considerarse realización del riesgo contenido en la incitación– justifique la equiparación de la penalidad de la inducción a las formas de autoría.

En definitiva, según Gómez, la inducción supera los límites tolerados de peligrosidad para vencer las inhibiciones del autor y determinar su formación de voluntad para la comisión del delito en los siguientes casos:

- a) Cuando contiene elementos objetivos de viabilidad del plan que hacen especialmente sugestiva su realización.

Dentro de este grupo, se encontrarían, a su vez:

- Los casos en que el inductor presenta al inducido un plan concretado en sus particularidades. Por ejemplo: *En una conversación, A le comenta a B su desesperada situación económica, ante lo que B le propone que robe la vivienda X que contiene valiosas pertenencias, informándole además que dicha vivienda no tiene sistema de seguridad y es fácilmente accesible por la escalera de incendios, así como que el propietario no vuelve del trabajo hasta las tres de la tarde. B así lo hace unos días después.* En cambio, este criterio de peligrosidad no concurriría si, dada la misma conversación del ejemplo, B le propone a A que se procure su sustento mediante

24 GÓMEZ, ob. cit., págs. 65 y sgtes.

robos y, transcurridos unos días sin que ellos hayan vuelto a ponerse en contacto, B atraca un supermercado.

- Los casos en que, a pesar de que el inductor no presente un plan lo suficientemente concretado para fundamentar la peligrosidad o, incluso, se remita por completo a un plan previamente concebido por el autor que, sin embargo, no se decidía a ejecutar; su incitación represente un factor de peligrosidad para la adopción de la resolución del autor, bien sea, por ejemplo, por facilitar una información especialmente importante de cara a la comisión del delito, o por proporcionar instrumentos que posibilitan o incluso garantizan su comisión, siendo esta especial colaboración del hombre de atrás la que determina que el autor adopte la resolución delictiva.
- b) Cuando la incitación, bien refiriéndose a un plan preconcebido por el inducido y que, sin embargo, no se decide a ejecutar; bien proponiendo un plan que no contiene los requisitos de concreción necesarios para fundamentar su peligrosidad; se limita a incidir en la ponderación de pros y contras del autor, ya sea presentando como ventajosos datos del plan previamente existente, o introduciendo elementos que determinan que el autor valore como superiores las ventajas de la ejecución frente a sus representaciones inhibitorias, como cuando se ofrece una recompensa.

Además de los criterios expuestos, Gómez señala que para determinar la peligrosidad de la incitación se deben tener en consideración los especiales conocimientos del inductor, los que pueden ser especialmente relevantes cuando la incitación no se manifiesta de un modo expreso o abierto, sino que implícitamente sugiere o puede sugerir la posibilidad de delinquir. Por ejemplo, *A quiere que B se decida a robar un establecimiento. A sabe que B lleva barajando hace tiempo esa posibilidad, pero no acaba de decidirse. También conoce su personalidad, caracterizada, por un lado, por su rebeldía para seguir consejos de nadie y, por otra, por su afán de aparentar su valentía. Precisamente por eso, A sabe que si le propone abiertamente delinquir, rechazará la propuesta por ser una idea proveniente de otra persona. Por ello, decide esperar a que B le comente sus dificultades económicas y la idea que maneja de atracar un establecimiento, para decirle frases como “sería una buena idea, pero eso es algo peligroso que sólo lo podría hacer alguien valiente y arriesgado, los demás nunca se atreverían...”*.

IV) Carácter accesorio de la inducción

Siendo la inducción una forma de participación criminal, se encuentra afectada al Principio de Accesoriedad de éstas, de acuerdo al cual, tratándose la participación criminal de un modo de extender la punibilidad de un hecho ajeno a quienes sólo colaboran con su autor, el castigo del partícipe depende del castigo penal del autor, pues el hecho de éste es el principal y, como tal, marca la ilicitud, lo injusto.

La cuestión, entonces, será determinar qué cualidades mínimas debe tener el hecho del autor para que pueda ser sancionado el hecho del partícipe. Específicamente, se trata de decidir si para que sean punibles los partícipes basta con que el hecho del autor sea típico o si, además, es necesario que sea antijurídico y culpable. La doctrina denomina a esta cuestión “Accesoriedad cualitativa de la participación”²⁵.

Para responder a esta interrogante han surgido las siguientes posiciones:

- 1) Teoría de la accesoriedad mínima: Según esta teoría, para sancionar a los partícipes es suficiente que el hecho del autor calce en el respectivo tipo de la Parte Especial, o sea, que tenga la calidad de típico; aunque no sea antijurídico, ni culpable.
- 2) Teoría de la accesoriedad limitada o media: De acuerdo a esta teoría, para que pueda sancionarse a los partícipes, es necesario que el hecho del autor tenga la calidad de típico y de antijurídico, aunque carezca de culpabilidad, ya que la culpabilidad o imputabilidad de cada interviniente en el hecho es individual e independiente.

En consecuencia, siguiendo esta doctrina, si el autor obra amparado por una causal de justificación como la legítima defensa, quien lo haya inducido, por mucho que su motivación haya sido la obtención del resultado de lesión al bien jurídico del sujeto de quien se defiende el autor, no será sancionado porque el hecho del autor, si bien es típico y culpable, no es antijurídico. En cambio, si el autor es un enajenado mental o un menor de edad, la acción de quien lo induce será punible porque el hecho del autor, aunque no sea culpable, es típico y antijurídico.

- 3) Teoría de la accesoriedad máxima: Para esta teoría, los partícipes sólo deben ser sancionados si el hecho del autor es típico, antijurídico y culpable; de manera que si falta la culpabilidad no hay delito, por cuanto los comportamientos de los partícipes son accesorios, por lo que deben seguir la suerte del actuar principal, y si el hecho principal no es culpable no es punible.

En Alemania, Bockelmann²⁶ partiendo de la base de que el dolo y la culpa pertenecen a la culpabilidad, pero que sin embargo, por sí solos, no constituyen la culpabilidad, la que también se compone de la capacidad de culpa del autor y de la posibilidad de una conducta adecuada a derecho; y teniendo presente, además, que no es admisible la participación y, en consecuencia, la inducción

25 En este sentido: DONNA, ob. cit., págs. 96 y sgtes.; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Madrid, España, Editorial Tecnos, 1990, p. 327.

26 BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoría y participación*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1960, págs. 29 y sgtes.

respecto de un hecho principal no doloso; no ve obstáculo en admitir que la participación se encuentra regida por la accesoriad limitada, toda vez que aun cuando el autor ejecute el hecho con dolo, puede carecer de culpabilidad, lo que no es óbice a que la conducta de quien lo indujo sea punible. Para una mayor precisión, en esta parte lo citaremos textualmente: *“El principio según el cual la participación debe ser independiente de la culpabilidad del autor, no tiene por qué entrar en conflicto con el otro por el que debe ser dependiente del dolo del hecho principal, pues un hecho doloso no es necesariamente culpable. Por tanto, quien exige un hecho principal doloso, no está por ese motivo en contradicción con el principio de accesoriad limitada”*²⁷.

Por su parte, López Barja²⁸ también sostiene que la doctrina correcta es la de la accesoriad limitada, sin que sea inconveniente para ello que la participación exija dolo en el autor, toda vez que el dolo no es parte de la culpabilidad, sino que pertenece al tipo, por lo que basta que el autor realice un hecho típico (doloso) y antijurídico.

En España, Mir²⁹ estima que el Código Penal opta por la teoría de la accesoriad limitada y, en especial, por la no dependencia del partícipe respecto de la posibilidad de imputación personal al autor. Al efecto, Mir invoca el significado de la palabra “hecho” utilizada en los artículos 28 y 29 del Código Penal como presupuesto de las diferentes formas de participación allí contempladas (entre las que se encuentran quienes son autores, quienes son considerados autores y quienes son cómplices), y que, según se desprendería de su uso en el artículo 19 y en los números 1° y 2° del artículo 20 del mismo cuerpo legal (que eximen de responsabilidad penal a quienes cometan un “hecho” ilícito en determinadas circunstancias), no exige la imputación personal al autor. Por otra parte, según él, los artículos 300 y 453 del Código Penal; relativos a la receptación y al encubrimiento, respectivamente; que preceptúan que las disposiciones del capítulo en que están insertos se aplicarán aun cuando el autor del “hecho” de que provengan los efectos aprovechados o del hecho encubierto, en su caso, sea irresponsable o esté personalmente exento de pena; no sólo consagran el principio de la accesoriad limitada para la receptación y el encubrimiento, sino que confirman que el “autor del hecho” puede ser personalmente inimputable o hallarse exento de pena.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español también se ha pronunciado en el sentido de que la inducción, como cualquier otra forma de participación,

27 BOCKELMANN, ob. cit., p. 66.

28 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*. Madrid, España, Ediciones Akal S. A., 1996, págs. 117-118.

29 MIR, ob. cit., págs. 408-409.

está regida por el principio de la accesoriadad media o limitada. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo Español, Roj STS 2.957/2003, de 30 de abril de 2003, declarando esto, se señala que, conforme a este principio, *“es suficiente, para que el tipo de inducción quede integrado, que el hecho principal sea típicamente antijurídico, aunque su autor no sea culpable por falta de dolo o concurra en él una causa de impunidad como el error de prohibición. La acción del partícipe es punible porque contribuye decisivamente a la producción de un injusto típico y su culpabilidad completa los elementos constitutivos del delito que eventualmente faltaren, por ejemplo, el dolo del autor material o la punibilidad si ésta quedare excluida por el error en que el mismo se encontrare”*.

En Chile, la doctrina igualmente se inclina por considerar que la participación se encuentra afecta al principio de accesoriadad limitada o media³⁰. Legalmente, a favor de esta posición se citan los artículos 15 y 16 del Código Penal, que no se refieren a la participación en un delito, sino a la participación en un “hecho”, por lo que no se exigiría para que exista participación que la acción del autor sea típica, antijurídica y culpable.

Cualquiera sea la posición que se adopte respecto de los requisitos que debe tener el hecho del autor para que pueda ser punible el hecho del partícipe, es consecuencia del carácter accesorio de la participación y, por ende, de la inducción, lo que algunos denominan la “Accesoriadad Cuantitativa” y otros “Principio de Exterioridad”, de acuerdo al cual sólo es punible la actividad desarrollada por los “partícipes” cuando el autor ha dado comienzo a la ejecución del delito, lo que sucederá cuando, por lo menos, su actuar haya alcanzado el grado de tentativa.

Según algunos autores, tanto en España³¹, como en Chile³², si el hecho principal no alcanza el grado de tentativa el hecho del inductor se debe castigar como proposición para delinquir, siempre que se trate de delitos en que ésta sea punible³³. Sin embargo, esta solución en España no es pacífica. Por ejemplo, Cuello y Mapelli³⁴ estiman que la tentativa de inducción siempre es impune,

30 En este sentido: CURY, ob. cit., págs. 233-234; GARRIDO, ob. cit., p. 330.

31 MIR, ob. cit., p. 417.

32 CURY, ob. cit., p. 244; POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., págs. 387, 423 y 428.

33 El artículo 17.2 del Código Penal Español dispone que: *“La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo”* y, a renglón seguido, en el punto 3 de la misma norma, establece que la proposición para delinquir sólo se castigará en los casos especialmente previstos en la ley. De una manera muy semejante, el Código Penal Chileno, en su artículo 8°, establece que: *“La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas”* y que la proposición para cometer un crimen o un simple delito sólo es punible en los casos en que la ley la pena especialmente.

34 CUELLO y MAPELLI, ob. cit., págs. 157 y 160.

lo que implica, señalan ellos, una grave laguna. Asimismo, Gómez Rivero³⁵ funda claramente su posición, en cuanto a que la tentativa de inducción en ningún caso puede considerarse proposición para delinquir, por cuanto esta última supone la realización por parte del proponente de actos ejecutivos, lo que no se condice con el inductor que sólo interviene como partícipe, agregando que la proposición regula la fase preejecutiva de la coautoría.

V) Comunicabilidad en la inducción

Dada la naturaleza de la inducción, esto es, participación en el hecho de otro, puede ocurrir que respecto de alguno de los intervinientes en este hecho concurren determinadas circunstancias que no concurren en los demás, circunstancias que, consideradas aisladamente, significarían una penalidad distinta para aquellos en quienes se den, en relación a aquellos en quienes no se den.

El problema, entonces, será decidir si, por tratarse de un solo hecho, tanto en lo objetivo como en lo subjetivo; y atendido el principio de accesoriedad que rige a la inducción; estas circunstancias afectarán, esto es, se comunicarán a la totalidad de los intervinientes en el hecho o no.

A continuación, nos referiremos a los preceptos legales que regulan la materia en España y en Chile, y a las interpretaciones que de ellos hace la doctrina:

* En España, el artículo 65 del Código Penal, en su actual redacción (cuyo punto 3 fue incorporado por la Ley Orgánica 15/2003) dispone lo siguiente:

“1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate”.

Respecto del punto 2 de esta norma, se señala que está previsto para las circunstancias materiales o vinculadas al hecho, estableciendo que afectan a todos los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

³⁵ GÓMEZ, ob. cit., págs. 295 y sgtes.

Por su parte, el punto 1, antes de que existiera el punto 3, fue objeto de mucha controversia en la doctrina y en la jurisprudencia, en cuanto a si se refería sólo a las circunstancias personales atenuantes y agravantes contempladas en la parte general del Código Penal, es decir, a las contenidas en los artículos 21, 22 y 23; o, si, por el contrario, comprendía también las circunstancias personales que integran algunos tipos penales de la Parte Especial y, en tal caso, si era aplicable a todas éstas o si había que hacer algunas distinciones entre las mismas y, de ser así, cuáles eran esas distinciones.

En la actualidad, no existe duda de que el punto 1 se refiere sólo a las circunstancias personales modificatorias de responsabilidad penal establecidas en los artículos 21, 22 y 23 del Código Penal.

Sin embargo, la discusión no ha cesado respecto de los otros cuestionamientos mencionados, ahora, en relación al punto 3 del artículo citado, según se verá.

Mir³⁶ plantea que para discernir a qué elementos personales previstos en la Parte Especial se refiere la norma aludida y, en consecuencia, cuándo corresponde su aplicación, hay que distinguir:

- a) Si dichos elementos personales dan lugar a un tipo específico de delito, este delito será un *delito especial* (aquél del que sólo pueden ser sujetos activos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley). Dentro de los delitos especiales es necesario diferenciar, a su vez, entre:
 - *Delitos especiales propios* (aquellos que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos –intra-neus–, de modo que los demás –extraneus– que la ejecuten no pueden ser autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta; por ejemplo, el delito de prevaricación): En estos delitos, razona Mir, los sujetos que no tengan la condición personal requerida –los extraneus– no podrán ser autores de los mismos por carecer de tal condición, pero sí podrán ser partícipes. Por ejemplo, si un juez instigara a alguien que no lo es para que dicte una sentencia injusta el instigado no podrá cometer el ilícito en calidad de autor porque quien no es juez no puede dictar una sentencia, ni justa, ni injusta; de manera que la conducta será impune, sin que tenga cabida la norma de que se trata. En cambio, afirma Mir, un extraneus sí puede inducir a un intraneus a que cometa un delito especial propio, supuesto en el que, en principio, al extraneus le correspondería la misma pena que al autor, toda vez que el artículo 28 considera al inductor como si fuera autor. Sin embargo, se debe tener presente, indica, que en virtud del nuevo punto 3 del artículo 65 es posible imponer a este inductor la pena inferior en grado al delito correspondiente.

36 MIR, ob. cit., págs. 237-238 y 411 y sgtes.

En consecuencia, de este planteamiento de Mir se puede desprender que él considera que en los delitos especiales propios la situación dependerá de si el sujeto en quien concurre la circunstancia personal que cualifica el tipo incurre en conducta de autor o de partícipe. En el primer caso, podrá tener aplicación la disposición en estudio y, en el segundo caso, no existirá delito.

- *Delitos especiales improprios* (aquellos que describen una conducta que ha de ser realizada por un sujeto que tenga cierta condición personal, pero que también se halla tipificada en otro delito común paralelo para el extraneus; por ejemplo, algunas modalidades del delito de falsedad en documento público por parte de un funcionario que también constituyen otro tipo penal si son cometidas por un particular): Según Mir, estos delitos abren la posibilidad de concursos de leyes entre los preceptos en juego, que deberá resolverse dándole aplicación preferente a la calificación jurídica que comprenda el total desvalor del hecho. Por ejemplo, si un funcionario induce a un particular a falsificar un documento público, el funcionario podría ser considerado como inductor en el delito del particular, pero también podrá ser tenido como autor mediato con instrumento doloso no cualificado del delito de falsedad del funcionario (el particular sería el instrumento del que se estaría valiendo el funcionario para cometer el delito, no teniendo el particular, esto es, el instrumento utilizado, la cualificación especial exigida por la ley). Ante estas dos posibilidades, Mir, admitiendo como forma de autoría mediata la realizada con instrumento doloso no cualificado (lo que es discutido por la doctrina), sostiene que debe considerarse preferente tal calificación de autoría, por ser comprensiva del total desvalor del hecho. Por el contrario, señala Mir, si un particular induce a un funcionario a falsificar el documento, deberá considerársele inductor en el delito del funcionario y no autor de un delito de falsedad de un particular porque, de acuerdo a la lógica material del concurso de leyes, esa calificación supone una pena más grave, aun si se le aplicara la atenuación contemplada en el nuevo punto 3 del artículo 65.

De este modo, para Mir, en los delitos especiales improprios, cuando algún sujeto tenga la calidad personal respectiva, se deberá aplicar la lógica del concurso de leyes, debiendo optarse por la calificación jurídica de los intervinientes que comprenda el mayor desvalor del hecho y, en su caso, podrá tener lugar lo dispuesto en el punto 3 agregado al artículo 65.

- b) Si la condición personal que modifica la pena no da lugar a un delito específico, sino sólo a un elemento típico accidental, Mir estima que tal modificación de pena sólo afectará al sujeto que tiene dicha condición, con independencia de si su intervención es a título de autor en sentido estricto o de partícipe. Él menciona que esto sucedería, por ejemplo, con la agravación prevista en el delito de tráfico de drogas para la autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador; pues

si un sujeto que no tiene ninguna de estas calidades induce a uno que sí la tiene no verá agravada su pena porque aquí la condición personal del autor no da lugar a un delito distinto.

Como se comprenderá, si en estos casos la calidad especial no se comunica al inductor, por lo que la pena de éste no se agrava en virtud de la misma, no procederá tampoco aplicarle la atenuante de la norma en estudio, la que está concebida para los casos en que la calidad especial sí se comunica.

Sobre cómo decidir cuándo se está frente a una agravación puramente personal, es decir, cuándo la condición personal da lugar sólo a un elemento típico accidental y cuándo se está ante un delito impropio, Mir expone que para tal distinción es necesario determinar si hay razones suficientes para extender a todos los partícipes la agravación prevista para ciertos sujetos o no, lo que sucederá cuando la calidad personal afecta a la propia esencia del injusto, esto es, cuando condiciona el ataque al bien jurídico central del tipo, de manera que si ello no ocurre el hecho se transforma en un delito distinto; y, a la inversa, si la calidad personal no afecta a la esencia del delito la ausencia de ésta no significará un cambio del tipo penal, sino sólo que se castigue más al sujeto en quien concurre, el que, en todo caso, cometerá *el mismo delito*.

Finalmente en relación a esta materia, Mir apunta que esta distinción es válida, tanto para los hechos en que el sujeto cualificado tiene una conducta de autor propiamente tal, como para aquéllos en que sólo incurra en la conducta de partícipe, sea como inductor o como cooperador necesario, pues, en este último caso, atendido lo prescrito en el artículo 28 del Código Penal, serán *considerados* autores, aunque en realidad no lo sean, por lo que también puede *considerarse que cometen* el delito, aunque en sentido estricto no lo cometan.

Por otro lado, Ricardo Robles Planas y Eduardo Javier Riggi³⁷, en un diálogo científico con las tesis interpretativas y los presupuestos dogmáticos ofrecidos por Enrique Peñaranda Ramos en un trabajo titulado “Sobre el alcance del artículo 65.3 del Código Penal. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber”, señalan que el principal objetivo de Peñaranda es la delimitación del ámbito de aplicación del artículo en cuestión.

Al respecto, ellos parten señalando que coinciden con Peñaranda en cuanto a que no todos los delitos especiales están incluidos en esta norma, toda vez que no todos aquellos ilícitos en los que se requieren ciertas calidades especiales en el sujeto activo y que, además, carecen de figuras delictivas comunes subyacentes, constituyen delitos especiales en el significado habitualmente

37 ROBLES PLANAS, Ricardo y RIGGI, Eduardo Javier. “El extraño artículo 65.3 del Código Penal”. En: *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, España, N°4/2008, págs. 11 y sgtes.

atribuido. En efecto, continúan, se deben distinguir de los *delitos especiales de deber* (en la terminología por ellos utilizada), que son aquéllos en los que la infracción de un deber constituye el eje de la conducta típica; los delitos que ellos denominan *delitos de posición*, que son aquellos otros en los que la delimitación del círculo de sujetos activos deriva de que éstos se encuentran en la posición idónea para lesionar el bien jurídico, posición que se utiliza como requisito típico para otorgar relevancia jurídico-penal (eventualmente calificada) al comportamiento, dentro de los cuales Robles Planas encuadra, entre otros, el delito fiscal (artículo 319 del Código Penal) y el delito publicitario (artículo 282 del Código Penal). Pues bien, indican, los “delitos de posición”, que no son delitos especiales, se encuentran excluidos del precepto en cuestión, por cuanto en éstos, a diferencia de lo que ocurre en los delitos especiales de deber, sí cabe hablar de intervención, ya que no existe ningún elemento que bloquee tal posibilidad (como lo hace el deber especial en los delitos especiales de deber), de manera que, aun cuando en los *delitos de posición* la condición especial normalmente es ostentada por el autor, nada obsta a que quien tenga dicha condición actúe sólo como partícipe. Por este motivo, sostienen, a estos ilícitos se les deben aplicar las reglas generales de la intervención, siendo innecesario, además de dogmáticamente incorrecto por carecer de una razón material suficiente, recurrir al artículo 65.3 del Código Penal.

Peñaranda, en extracto citado textualmente por Robles y Riggi, aunque utilizando otra terminología, expone que en los delitos que ellos denominan de posición, lo cuestionable es precisamente la restricción legal de su círculo de autores, por lo que una atenuación de pena para quien se encuentra fuera del mismo resulta ya de antemano completamente injustificada, quedando esta especie de delitos, en consecuencia, al margen de la norma en estudio.

Por otra parte, en lo que dice relación con los llamados delitos especiales de deber, Robles y Riggi comentan que Peñaranda reconoce que en estos delitos la pena no sólo debería atenuarse, sino excluirse por completo respecto de aquellos partícipes a los que no pudiera comunicarse en absoluto el elemento que fundamenta la responsabilidad del sujeto cualificado, por tener dicho elemento un sentido exclusivamente personal, con lo que ellos concuerdan, pues en esta clase de delitos la intervención del *extraneus* es imposible. En seguida, señalan ellos, Peñaranda afirma que esto explicaría que el artículo 65.3 del Código Penal no se refiera, en realidad, a esta hipótesis. De este modo, indican, Peñaranda podría sostener coherentemente que en este tipo de delitos no procede la atenuación, sino la impunidad de los partícipes debido a la incomunicabilidad de los elementos que fundamentan la responsabilidad del sujeto cualificado, como por ejemplo, en el delito de prevaricación, en el que el *extraneus* no tendría ninguna participación en el desvalor de acción intensificado que respecto del juez radica en la deslealtad a la responsabilidad especial que le corresponde de hacer justicia, un deber altamente personal, que no puede transferirse o comunicarse. Sobre el particular, Robles y Riggi se mani-

fiestan de acuerdo con Peñaranda en que en los delitos especiales de deber no cabría castigar al *extraneus* que participa.

En cuanto propiamente a cuál sería el ámbito de aplicación del artículo 65.3 del Código Penal, Robles y Riggi exponen que Peñaranda señala que este artículo viene a crear, por debajo de los delitos especiales propios *una especie de "tipos básicos"*, a los que se puede referir plenamente la participación de terceros. En efecto, la solución que en este precepto se establece, según Peñaranda, es en gran medida equivalente a la que se daría si esos tipos se pudiesen redactar de un modo neutral respecto de las condiciones, cualidades o relaciones de los distintos intervinientes y se previera, a continuación, un marco penal más elevado para quien muestre el elemento personal de que se trate. Por su parte, en el caso de los denominados *delitos especiales improprios*, enuncia Peñaranda, este precepto viene a definir, por así decirlo, *una especie de "tipo intermedio"* al que referir la punición del extraño. La tesis de Peñaranda se apoya en el planteamiento de Puppe, el que es descrito por él indicando que en los delitos especiales de deber (cuyo prototipo son los delitos contra la Administración Pública y otros delitos de funcionarios) el abuso de las funciones públicas encomendadas que los caracterizan incluye dos aspectos que, aunque están indisolublemente unidos, podrían ser diferenciados para estos fines. Por un lado, se hallaría la dimensión del abuso de un poder especial, que facilita el acceso (a una mayor posibilidad de ataque) al bien jurídico, dimensión especial del injusto del hecho que no habría de imputarse sólo al autor que dispone personalmente de ese poder, sino también al extraño que aprovecha su presencia en aquél para su propio ataque al bien jurídico. Por otro lado, no obstante, habría una diferencia entre ellos, toda vez que el *intraneus*, a causa de su especial posición de deber, tiene un motivo más que el *extraneus* para respetar la norma correspondiente: esta segunda dimensión contendría un componente altamente personal, encuadrable en el plano de la culpabilidad (como una causa de elevación de la misma), y no sería, por tanto, transmisible de forma accesoria al partícipe no cualificado.

Este planteamiento de Peñaranda es objetado por Robles y por Riggi, por varios motivos, dentro de los cuales encontramos principalmente los siguientes:

- Con esta postura se da por sentado que el injusto del *extraneus* es materialmente idéntico al del *intraneus*, aun cuando se reconoce que la conducta de este último es un injusto intensificado (cuantitativamente). Sin embargo, la conducta del *extraneus* es *cualitativamente* distinta de la del *intraneus*, motivo por el cual para hacerla punible no basta con tipificarla en un hipotético ilícito común, como sería el artículo 65.3, sino que es necesaria su tipificación expresa en la Parte Especial. Así, si la conducta del particular que induce a un juez a prevaricar mereciera ser castigada, no podría serlo por lo la misma razón por la que éste es sancionado, esto es, por infringir su deber de actuar con lealtad a las reglas de justicia, sino que el particular

- sólo podría ser penado por perturbar o intentar perturbar, *desde fuera*, el funcionamiento de la Administración de Justicia. Además, no debiera sorprender que no siempre que se está ante un delito de funcionarios públicos el *extraneus* merece sanción, toda vez que debe reconocerse la singularidad de ciertos delitos, llamados por estos autores *delitos especiales de deber*, en los que se tipifican conductas que no tienen que ver con las formas de relacionarse con los bienes jurídicos de los demás, sino con el vínculo específico que se establece entre el funcionario y la Administración.
- Si se aceptara que el artículo 65.3 crea *un tipo básico* al que referir la participación de *extraneus* en los delitos especiales propios, se podría deducir que sin esta norma el *extraneus* jamás podría ser castigado, porque faltaría el *injusto básico* en el que él pudiera intervenir. De esta manera, Peñaranda podría estar utilizando el artículo en cuestión “como una cláusula extraordinaria de merecimiento de pena de naturaleza general (esto es, en vez de exigir su previsión específica en la Parte Especial)”. Si Peñaranda admitiera este aserto, habría de cuestionársele si es legítimo que el legislador introduzca cláusulas extraordinarias de merecimiento de pena en la Parte General o, en su terminología, que creara en ésta *tipos subyacentes*. Para estos autores, ello chocaría con el principio de legalidad, pues significaría aceptar un macrotipo que no contiene elemento indicativo alguno de la lesividad de las conductas en él incluidas, ni referencia a bienes protegidos, ni se conecta con principios axiológicos o interpretativos de los que derivar una mínima contención material. En definitiva, el artículo 65.3 constituiría un delito autónomo previsto en la Parte General: *el delito de participar en delitos de obligados especiales* (los *intraeus*). Lo correcto, según estos autores es que, cuando el legislador considere que la conducta de los *extraeueus* que intervengan en un delito especial de deber de la Parte Especial deba ser punible, deberá tipificarla expresamente, como ocurre, a vía de ejemplo, con el delito de cohecho (artículo 423 del Código Penal), en el que se sanciona la inducción por parte de un *extraneus* en la medida que corrompa o intente corromper al funcionario público.
 - Con todo, si Peñaranda no admitiera el carácter de “cláusula constitutiva de merecimiento de pena” del artículo 65.3 del Código Penal, y su propuesta de los *tipos subyacentes* se refiriera a que en ciertos tipos de la Parte Especial no se contempla un solo injusto, sino dos, uno para el *intraeus* y el otro para el *extraneus*, sería necesario justificar tales tipos. Al efecto, no es suficiente la explicación de que, por principio, cuando un obligado especial actúa cumpliendo los requisitos de un tipo, actúa, a la vez, creando de la nada los presupuestos para que el que no los cumple sea castigado. Así, el juez prevaricador delinque porque está sujeto a ciertas normas de conducta con relevancia institucional en el ejercicio de su profesión, en tanto el *extraneus* delinquirá en la medida en que se contemple a la Administración de Justicia como un bien jurídico en sí mismo, merecedor de

protección penal. En consecuencia, para castigar al *extraneus* es preferible, una vez más, una tipificación expresa de su conducta, en cuanto lesiona los bienes jurídicos *desde fuera*, no constituyendo un quebrantamiento de las normas de funcionamiento propias de la institución, sino una instrumentalización de ese funcionamiento con relevancia lesiva para terceros.

Lo expuesto también es válido para los denominados *delitos especiales improprios*, en los que subyacerían *tipos intermedios*, ubicados entre el común-común y el especial-especial, que corresponderían a la participación del *extraneus*. Ese *tipo intermedio* –en el planteamiento de Peñaranda– sería más grave que el tipo común-común (no aplicable a ninguno de los intervinientes), pero menos grave que el especial-especial (aplicable sólo al *intraneus*). Pues bien, para Robles y Riggi, la configuración de un *tipo intermedio subyacente* en estos ilícitos, donde el legislador ha previsto un tipo común para sujetos no obligados, implica una agravación de la responsabilidad de éstos que no se corresponde con las razones que llevan a considerar más grave el injusto del *intraneus*. Además, constituye un privilegio altamente cuestionable si se quiere otorgar relevancia al hecho de que al *extraneus* le afecta *objetivamente* el desvalor de lo que realiza el *intraneus*.

Por todo lo anterior, Robles y Riggi sostienen que es preferible la tesis de que si existe algo así como un *tipo penal subyacente* al que referir la intervención, aquél afecta tanto al *extraneus* como al *intraneus*, sólo que, para la constitución de la tipicidad, es necesario que se aporte la posición especial requerida en el tipo que otorga relevancia penal al hecho (*delito de posición*). Luego agregan que, en igual medida, si bien puede tenerse en cuenta respecto a la graduación de la responsabilidad, la configuración del hecho como de autoría o de participación aporta a la constitución de la tipicidad y si, además, tuviera que considerarse algún otro factor atenuante o agravante, debería hacerse dentro del correspondiente marco de cada interviniente.

Sobre cómo debe ser interpretado el artículo 65.3 en forma armónica con la teoría de la intervención en el delito, en definitiva, Robles y Riggi estiman que éste debe entenderse como inocuo o superfluo.

En efecto, ellos exponen que para que esta disposición pueda resultar aplicable es necesario, en primer lugar, afirmar la posibilidad de intervención en el delito y, en segundo lugar, que la conducta de los distintos intervinientes se encuentra comprendida en las normas de conducta que el tipo de la Parte Especial sanciona. En los únicos delitos en los que es posible una relación de intervención entre los distintos sujetos que aportan a su comisión es en los delitos de posición, pues, como se ha argumentado, ello no es posible en los delitos especiales de deber. En los delitos de posición, las circunstancias personales que agravan el injusto pueden recaer sobre el autor o sobre los partícipes. La concurrencia de estas circunstancias personales en algunos de los intervinientes en el hecho siempre ha podido ser considerada en el ámbito de la

determinación de la pena, contando el juez con un marco que va desde la sanción prevista para la complicidad (que, de acuerdo al artículo 63 del Código Penal, es inferior en un grado a la correspondiente a los autores), hasta el tope máximo previsto en la Parte Especial. Al momento de valorar la aportación de cada interviniente al hecho (esto es, de calificar la conducta como de autoría o de participación en sentido legal), el juez deberá tener en cuenta todas las circunstancias de la conducta, especialmente, el que a un interviniente le afecte una cualificación que la convierta en más grave. En consecuencia, puede interpretarse que con esta nueva norma el legislador sólo ha querido llamar la atención sobre la posibilidad de otorgar relevancia, en los delitos en que cabe la intervención, al hecho de que existen circunstancias personales que fundamentan un mayor reproche exclusivamente respecto de los sujetos en quienes concurren éstas. Por ejemplo, en el delito fiscal la conducta del obligado tributario se valorará más gravemente que la de *otro* sujeto, por lo que al *extraneus* le corresponderá la pena inferior en un grado. Para llegar a esta conclusión, indican estos autores, no es necesaria la existencia del artículo 65.3, máxime, si se adopta un punto de vista como el sostenido por ellos sobre la calificación de autoría y participación como formas de graduación –no constitutivas– de la intervención de cada sujeto en un mismo hecho.

De esta manera, según ellos, la referencia del artículo 65.3 a los inductores y a los cooperadores necesarios debe entenderse como un mero recordatorio de la necesidad de graduar la responsabilidad en las formas de intervención que sean de menor entidad también en los *delitos especiales* (denominados por ellos *delitos de posición*). Aquellas conductas que correspondan a *autoría legal* (inducción o cooperación necesaria) deben ser calificadas como de *complicidad* si, tras la valoración de todas las circunstancias que determinan la relevancia de las aportaciones, debe llegarse a la conclusión de que aquéllas presentan una menor intensidad.

Como se puede observar, la comunicabilidad en las formas de participación, dentro de las cuales se encuentra nuestro objeto de estudio –la inducción–, continúa siendo materia de un arduo debate en la doctrina española, aun después de la incorporación del punto 3 al artículo 65 del Código Penal.

* En Chile, por su parte, el artículo 64 del Código Penal establece lo siguiente:

“Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren.

Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de la cooperación para el delito”.

La redacción de este artículo es casi idéntica a la que contenía el artículo 69 del Código Penal español de 1850, por lo que su interpretación, al igual que como lo fue respecto de éste, ha dado lugar a una gran controversia en la doctrina y en la jurisprudencia, de la que enseguida nos ocupamos.

En primer término, hemos de consignar que hay consenso en que las circunstancias atenuantes y agravantes en sentido estricto, esto es, las contempladas en la Parte General, en tanto sean de carácter personal, quedan comprendidas en el primer inciso de esta norma, por lo que cuando éstas concurren en uno de los intervinientes en un hecho ilícito no se comunican a los demás.

La discusión versa sobre si en cuanto a las circunstancias personales comprendidas en las descripciones típicas de la parte especial rige la comunicabilidad, la incomunicabilidad o una (in)comunicabilidad limitada.

Así, un sector de la doctrina plantea la *comunicabilidad plena* a los demás intervinientes de las calidades personales que concurren en algunos de ellos y que se encuentren contenidas en los tipos penales especiales, cualquiera que sea la clase de éstos, esto es, sean delitos especiales propios o impropios. Los fundamentos doctrinales de esta tesis son la unidad del título de imputación y el principio de accesoriedad al que se encuentran afectas las formas de participación criminal. La razón de texto de esta teoría es que el referido artículo 64 establece la incomunicabilidad para las circunstancias modificatorias de la parte general, de manera que si el legislador prescribió tal norma expresamente para éstas, consecuentemente debe entenderse que en cuanto a las demás circunstancias personales la regla es la comunicabilidad.

En este sentido se pronuncia Novoa³⁸.

Por su parte, Garrido³⁹ afirma que no corresponde aplicar el artículo 64 cuando se trata de circunstancias personales que el tipo penal contiene para describir la acción que castiga (como el parentesco en el parricidio, artículo 390; la calidad de empleado público en la malversación, artículo 233; y en el fraude, artículo 239). Respecto de éstas, indica, se debe aplicar el principio de acuerdo al cual cada uno responde de su propio “injusto”, principio que rige en particular sobre la fase subjetiva del tipo penal. Así, el “injusto” de cada uno es personal, lo que permite la división del hecho único para imputarlo a los autores y partícipes a títulos diversos. Por consiguiente, el instigador responderá del tipo penal en el que haya intervenido, tanto objetiva como subjetivamente, de modo que se debe considerar el dolo de su particular acción de inducción. Por ejemplo, si el inductor sabía que el inducido era hijo de la víctima se le

38 NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. 3ª.ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Parte General, Tomo II, págs. 210 y sgtes.

39 GARRIDO, ob. cit., págs. 331 y sgtes.

considerará partícipe del delito de parricidio; en cambio, si ignoraba dicha situación sólo responderá por su hecho a título de homicidio.

Por tanto, para Garrido las circunstancias personales establecidas en los tipos de la parte especial se comunicarán a los demás intervinientes del hecho siempre que hayan tenido conocimiento de éstas, atendido el principio de que cada uno responde de su propio dolo.

Otra parte de la doctrina postula la *incomunicabilidad extrema* de las calidades personales que integran el tipo delictivo, cualquiera que sea la figura delictiva de que se trate, basándose en que si el Código Penal establece la imposibilidad de comunicar las circunstancias modificatorias de la parte general, cuyo efecto sólo incide en el quantum de la pena, con mayor razón se debe concluir que no se puede comunicar un elemento del tipo, cuyo efecto se proyecta sobre la existencia misma de la pena.

Cury⁴⁰ se inclina por la incomunicabilidad extrema, teniendo en cuenta que éste es el criterio adoptado en general por el legislador en el citado artículo 64 y porque la accesoriedad de la participación respecto de la autoría no puede llegar tan lejos que implique extender al partícipe las consecuencias, gravosas o beneficiosas, de circunstancias personales que concurren sólo en el autor. Si así fuera, por ejemplo, el extraneus que sea partícipe en un delito de parricidio sería sancionado con una pena mayor a la que le correspondería si hubiese intervenido como autor directo, lo que a su parecer no resulta justo.

Finalmente, existe la teoría de la *comunicabilidad limitada* o de la *incomunicabilidad limitada*, que es la mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia chilena. Esta tesis distingue entre aquellos delitos en que la calidad especial exigida por el tipo es determinante de la ilicitud (éstos son los denominados *delitos especiales propios*, cuyo ejemplo más característico es la prevaricación del artículo 223 N°1 del Código Penal) y aquellos delitos en que la calidad especial exigida por el tipo sólo es determinante de un trato más severo o más benigno (éstos son los denominados *delitos especiales impropios*, uno de cuyos ejemplos es la malversación por apropiación del artículo 233 del Código Penal). Como en los delitos especiales impropios siempre existe un tipo paralelo –más benigno– para aplicar al extraneus, la calidad especial, en el fondo, opera como agravante, por lo que a estos ilícitos se les debe aplicar la regla de la incomunicabilidad prevista en el artículo 64 del Código Penal, el que rige para las circunstancias modificatorias de responsabilidad, sean éstas genéricas o sea que se encuentren incorporadas al tipo penal. En tanto, en los delitos especiales propios no resulta aplicable la regla de la incomunicabilidad contemplada en la norma en análisis porque en éstos la calidad personal no

40 CURY, ob. cit., p. 234 y CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal*. 7ª.ed. ampliada, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica, 2005, págs. 643 y sgtes.

cumple la función de atenuar o de agravar la pena, sino que es el fundamento del injusto, de manera que en estos ilícitos el principio rector es la comunicabilidad de las calidades personales.

Dentro de este postulado encontramos a Etcheberry⁴¹, quien precisa que es el autor el que determina el título del delito con respecto a los partícipes, por lo que el pronunciamiento respecto de la comunicabilidad o de la incomunicabilidad se debe efectuar desde esa óptica. Además, hace presente que las circunstancias que integran la esencia del tipo delictivo se comunican a los copartícipes (que jamás podrán ser autores ejecutores), siempre y cuando su dolo, aunque sea eventual, cubra tales circunstancias típicas; en tanto, si no las conocen, no tienen el dolo propio del tipo respectivo. Como consecuencia de esta teoría, Etcheberry menciona, por ejemplo, que el parentesco no se comunicará a los extraños en el delito de parricidio, los que responderán por homicidio, simple o calificado; y, en cambio, se comunicará en el delito de incesto, aunque un extraño no puede ser coautor ejecutor de este ilícito, pero sí inductor. Asimismo, la calidad de juez en el delito de prevaricación se comunicará al extraño que no la tenga, el que, en todo caso, tampoco puede ser coautor material de éste, pero sí inductor.

También sostienen esta doctrina Politoff, Matus y Ramírez⁴²; apuntando que en los delitos especiales impropios la regla de la incomunicabilidad es válida, tanto si la calidad personal del sujeto es fundamento de la agravación de la pena, como si lo es de la atenuación de ésta, aunque aquí razones de política criminal podrían llevar a un resultado diverso, como en el caso del infanticidio, en que resulta difícil de aceptar que haya una mayor carga de injusto en la empleada doméstica que colabora con la madre que da muerte con sus propias manos a la criatura recién nacida.

VI) Responsabilidad del inductor ante los desvíos, excesos y errores del inducido

Atendido el carácter accesorio de la inducción, en principio, se podría afirmar que la responsabilidad penal del inductor se extiende tanto como sea el alcance de la conducta típica ejecutada por el autor principal.

Sin embargo, cabe preguntarse si tal premisa es aplicable siempre, incluso cuando el hecho ejecutado por el inducido discrepa del contenido de la inducción; en especial, cuando dicho hecho excede de este último.

41 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. 3ª.ed. revisada y actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, Parte General, Tomo II, págs. 81 y sgtes.

42 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., págs. 424-425.

Desde ya, podemos afirmar que, de acuerdo al principio de culpabilidad, el límite de la responsabilidad del inductor se encuentra en el límite de su dolo, el que en todo caso, como hemos visto, es aceptado por la doctrina que sea eventual, al menos, en lo concerniente a las consecuencias indirectas del hecho inducido. Dado esto último, el problema se presenta para determinar el alcance real del hecho instigado y si respecto de las consecuencias, tanto directas como indirectas, de éste se puede considerar la existencia o no de desviación, excesos o error por parte del inducido y, en tales eventos, cómo han de tratarse los mismos.

Para abordar esta materia, la doctrina suele distinguir las siguientes hipótesis:

- El autor principal realiza menos de lo inducido: Se dice que en estos casos no existe exceso, sino defecto por parte del autor principal. Por ejemplo: *se induce a un robo con fuerza y el autor ejecutor hurta o se induce a la consumación y el inducido sólo ejecuta el hecho en grado de tentativa*. La doctrina, en general, está conteste en que en estos casos el inductor sólo responde por lo ejecutado efectivamente por el autor principal, no correspondiendo sancionársele por lo que éste no realizó, beneficiándose así el inductor. Esta solución es congruente con lo que se denomina, como hemos mencionado, Accesoriedad Cuantitativa o Principio de Exterioridad, conforme al cual la inducción sólo es punible en tanto el inducido haya dado principio de ejecución al hecho, por cuanto el carácter accesorio de la inducción implica la impunidad para el inductor respecto de aquello que el inducido no haya llevado a cabo.
- El autor principal realiza más de lo inducido: Se señala que en estos casos existe un “exceso cuantitativo” por parte del autor principal. Por ejemplo: *se induce a un hurto y el inducido comete un robo con fuerza o se induce a lesionar y el inducido mata*. En estos casos la doctrina está de acuerdo en que el inductor no es responsable de los excesos cometidos por el inducido, pero se hace la salvedad de que sí sería responsable de aquellos excesos del hecho del instigado que pudieron ser previsibles como consecuencias indirectas de su inducción, a título de dolo eventual, esto es, de aquellos excesos que pudo haberse representado y que, no obstante, aceptó que llegaran a ocurrir.

Esta solución también sería válida si el autor principal ejecuta el tipo penal al que fue inducido, pero, dadas las circunstancias del momento, lesiona a un objeto distinto, lo que puede resultar más gráfico si se trata de un delito contra la vida. Por ejemplo: *A induce a B a matar a C, pero, para cumplir su cometido, B mata a D, que se encuentra en el lugar de los hechos y que se interpone a su acción*.

Determinar si estos excesos se le pueden atribuir al inductor, al menos, a título de dolo eventual será una cuestión probatoria.

- El autor principal realiza un hecho distinto del hecho al que fue inducido: Se habla en estos casos de “exceso cualitativo” o de “desviación” por parte del autor principal. Por ejemplo: *se induce a un robo y se comete una*

violación o se induce a una detención ilegal y se comete un homicidio. En estos casos, también se estima que el inductor sólo responde en relación con su dolo, no siendo responsable de los excesos del inducido, porque éstos no se encontraban comprendidos en su dolo. Por lo tanto, si el delito materia de la inducción no tuvo ni siquiera principio de ejecución, el inductor no debería ser sancionado, salvo que se estime que la inducción debe ser punible como provocación, según se expuso en su oportunidad.

Esta solución también sería válida si el autor principal ejecuta el tipo penal al que fue inducido, pero deliberadamente lo comete respecto de un objeto distinto, habiendo tenido el objeto respecto al cual versó la instigación un carácter fundamental en el dolo del inductor, lo que es sabido por el inducido. Por ejemplo: *A induce a B a estafar a C, pero B deliberadamente no estafa a C, sino a D, porque le resulta más fácil engañar y, por ende, obtener un beneficio económico a su costa. Sin embargo, lo que A pretendía era causar un perjuicio en el patrimonio de C y beneficiarse de él, lo que A le manifestó a B al momento de la instigación.*

Por cierto, en los dos últimos supuestos (“exceso cuantitativo” y “exceso cualitativo”), lo señalado es válido cuando se trata de excesos o de desviaciones esenciales, pues si éstas son no son esenciales (como por ejemplo, *se induce a matar con arsénico y se realiza con cianuro; se instiga a realizar el hecho en un lugar determinado y el autor principal lo realiza en otro lugar, etc.*) carecen de relevancia alguna, por lo que el inductor y el autor responderán por el mismo hecho.

- Error in persona, error in objeto y aberratio ictus en el autor ejecutor: La doctrina dominante estima que tanto el error *in persona* como el error *in objeto* por parte del autor principal, si han de considerarse irrelevantes para éste, lo serán también respecto del inductor. En otras palabras, si la desviación se considera no esencial en relación con el autor ejecutor, de igual manera se debe considerar no esencial en relación al inductor. Lo anterior sucederá si el error en el inducido no da lugar a un título de imputación distinto a aquél a que se le indujo. Por ejemplo: *A induce a B a matar a C; B, al intentarlo, debido a la oscuridad de la noche, confundió a C con D, razón por la cual mató a este último.*

En cambio, si el error en el inducido origina un título de imputación distinto el inductor debiera ser sancionado, al menos, por inducción a la tentativa. Por ejemplo: *A indujo a B a matar a C y B, en la oscuridad de la noche, mató a un perro que confundió con C.* Según parte de la doctrina⁴³, en este caso el inductor debiera ser sancionado por tentativa del delito inducido en concurso ideal con un delito imprudente, cuando la posibilidad de error del autor principal era previsible. Para otro sector de la doctrina⁴⁴, en cambio, parece injusto castigar al inductor también por delito imprudente.

43 En este sentido: LÓPEZ BARJA, En: *Autoría y participación*, ob. cit., p. 145.

44 En este sentido: CUELLO y MAPELLI, ob. cit., p. 154.

Estas soluciones propuestas por la doctrina para los casos de error *in persona* y de error *in objeto* se replican para los casos de *aberratio ictus*, esto es, cuando el autor se representa que aunque su acción pretende alcanzar a un objeto determinado, puede alcanzar a otro situado en sus proximidades, lo que en definitiva ocurre. Por ejemplo, *A quiere matar de un disparo a B, a cuyo homicidio le indujo C, pero mata a D, que está junto a B* o, en el mismo caso, *mata al perro que acompañaba a B*. En efecto, la doctrina, de igual modo, distingue los casos en que el error en el golpe da lugar al mismo título de imputación al que fue inducido el autor principal o a un título distinto, llegando a las mismas conclusiones, con la salvedad de que, en el caso en que el error dé origen a un mismo título de imputación, un sector estima que se debe sancionar, tanto al autor como al inductor, como autores de delito en grado de tentativa, respecto del hecho punible instigado, en concurso ideal con delito imprudente, respecto del ilícito efectivamente cometido.

VII) El agente provocador

Estrechamente relacionada con la inducción se encuentra la situación del denominado agente provocador, construcción conceptual elaborada por la doctrina y la jurisprudencia.

En términos sencillos, se puede afirmar que se entiende por agente provocador aquel individuo que, fingiendo pretender la comisión de un determinado delito por otras personas, las incita a cometerlo, procurando impedir la consumación de éste una vez comenzada su ejecución, todo lo cual efectúa con el propósito de poner a los hechos a disposición de la justicia, habiendo de este modo logrado obtener pruebas en contra de los mismos.

Para ilustrar este concepto, el ejemplo clásico de esta figura que cita la doctrina es el del funcionario policial que se infiltra en una banda de traficantes de drogas, fingiendo ser consumidor, proponiéndoles la compra de una determinada cantidad de algún estupefaciente, a fin de poder proceder a su detención en el momento en el que ellos le hagan entrega de ésta, pues así contará con la evidencia necesaria de la existencia del delito y de la participación de los sujetos en éste.

Así, se presenta la disyuntiva si la participación del agente provocador en los ilícitos en que interviene debe ser punible o no y, de serlo, en qué supuestos lo sería. En definitiva, lo que se discute es si la acción del agente provocador reúne o no todos los presupuestos de la inducción punible.

La mayor parte de la doctrina se inclina por considerar que la acción del agente provocador no es punible, por cuanto, si bien él incita a la comisión de un delito, lo hace sin dolo de que éste llegue a consumarse, sino que confía en que impedirá a tiempo su consumación o, al menos, si se trata de un delito cuya consumación es meramente formal (como en varios tipos penales

de tráfico de droga, en los que basta el solo porte de la sustancia prohibida), confía en evitar que se materialice la lesión o la puesta en peligro del respectivo bien jurídico. De esta manera, para este sector de la doctrina, en el agente provocador no concurriría el doble dolo exigido en el inductor, esto es, dolo de hacer nacer en el inducido la resolución criminal y dolo de que el inducido cometa efectivamente el delito al que se le induce; por lo que a su respecto correspondería la impunidad⁴⁵.

Hay quienes, ahondando más aún, precisan que, en el caso de que el inducido o “provocado” logre, contra la voluntad del agente provocador, consumir el delito, naturalmente no correspondería sancionar al agente provocador como inductor doloso a un delito consumado, porque él carece de dolo de consumación, sino que lo acertado sería castigarlo como autor accesorio⁴⁶ de un delito imprudente, si de antemano era objetivamente previsible que la consumación no iba a poder evitarse o si, pudiendo evitarse ésta, no se aseguró de que las medidas adoptadas por él para tales efectos fueran suficientes⁴⁷.

Otra parte de la doctrina⁴⁸, en cambio, estima que el agente provocador debe ser sancionado, aunque no pretenda que el delito al que instigó se llegue a consumar, por cuanto los fines perseguidos por el inductor son irrelevantes. Además, algunos sostienen que aun cuando el agente provocador sólo pretenda que el hecho punible alcance el grado de tentativa, se debe tener en cuenta que la tentativa siempre implica un riesgo para el bien jurídico, y no sería justo que el creador de dicha situación quede impune. En todo caso, dentro de esta corriente que postula la punibilidad del agente provocador, hay quienes consideran que ésta no procede en el caso en que el agente provocador haya eliminado de antemano cualquier posibilidad de que el delito en cuestión se consume.

Mir⁴⁹ critica estas doctrinas señalando que sólo serían admisibles si se considerara suficiente para la punición del agente provocador que éste haya tenido la voluntad de que el provocado intentara la consumación, siempre que la

45 En este sentido: MIR, ob. cit., págs. 417-418; CUELLO y MAPELLI, ob. cit., p. 150; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. *El agente provocador*. Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 1995, p. 67.

46 La autoría accesoria tiene lugar cuando varias personas, independientemente unas de otras, producen el resultado típico. La autoría accesoria permite que uno de los intervinientes responda a título de dolo (lo que ocurriría, según esta doctrina, respecto del provocado) y que otro interviniente responda a título de culpa (de acuerdo a esta doctrina, sería el caso del agente provocador).

47 Así: MIR, ob. cit., p. 418; MUÑOZ SÁNCHEZ, ob. cit., p. 69; GÓMEZ, ob. cit., págs. 469-470; RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. “Del agente provocador y del delito provocado”. En: *Problemas de Autoría*. Madrid, España, Solana e Hijos, A.G., S.A., 1994, Consejo General del Poder Judicial, págs. 390 y sgtes.

48 Entre ellos: LÓPEZ BARJA, En: *Autoría y participación*, ob. cit., págs. 138 y sgtes.

49 MIR, ob. cit., p. 418.

tentativa sea punible. No obstante, indica, si el fundamento de la participación (y, dentro de ésta, de la inducción) es el favorecimiento de la lesión del bien jurídico por parte del autor, lo consecuente es exigir en el inductor el dolo de favorecer efectivamente esa lesión. La cuestión sería distinta, expone, si se sostuviera que el fundamento de la punibilidad de la participación es la “corrupción” del autor, lo que él no comparte.

En Chile, Cury⁵⁰ y Politoff, Matus, Ramírez⁵¹ afirman que, para determinar si la acción del agente provocador debe ser punible o no, se deben distinguir dos situaciones:

- a) Si la conducta consiste en la reafirmación de un propósito delictual ya existente: En este caso, según ellos, no hay instigación punible y el instigado responde penalmente. Agregan que esto es lo que sucedería en los casos de tráfico ilícito de estupefacientes, donde lo que se persigue es obtener de parte de un *dealer* (comerciante) una *pseudoventa* que será abortada por la intervención policial, situación en la cual el inducido es, en verdad, *omnino modo factorus*, ya resuelto a la comisión de un delito semejante, al que no se le puede instigar más de lo que ya está.
- b) Si el agente provocador forma en una persona la determinación a cometer un delito que no habría cometido sin esa instigación: En este caso, sostienen, la conducta del agente provocador es simple “corrupción” y, por tanto, punible de acuerdo a las reglas generales.

Por su parte, Hernández⁵² destaca que en Chile, en materia de tráfico de drogas, el asunto del llamado agente provocador está legalmente resuelto respecto de los funcionarios policiales –o particulares que actúan con conocimiento de aquéllos (informantes)– que se infiltran en organizaciones criminales (agentes encubiertos) o simulan ser adquirentes de drogas (agentes reveladores), los que, conforme al artículo 25 de la Ley N°20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, “*estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma*”.

Él mismo estima que, sin embargo, más allá del ámbito referido, la cuestión sigue siendo muy dudosa y, a su parecer, la posible solución no se debe buscar en la dogmática de la inducción, sino en otro plano, en una ponderación de

50 CURY, En: “*De las personas responsables de los delitos*”, ob. cit., págs. 244-245.

51 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., p. 429.

52 HERNÁNDEZ, ob. cit., págs. 412-413.

intereses que remite a la lógica de las causas de justificación, que es precisamente lo que parece hacer la norma citada.

Además, Hernández plantea que, en el mismo contexto, debería discutirse seriamente qué efectos debe tener la actividad del agente provocador en el *status* del inducido, tanto desde un punto de vista procesal, como sustantivo; porque, por ejemplo, señala (y en esto se aprecia una discrepancia de él respecto de lo que se ha expuesto sostienen Cury y Politoff, Matus, Ramírez) el argumento de que los delincuentes habituales ya estarían resueltos a cometer delitos semejantes, de modo que la actuación del provocador no puede considerarse eficaz a título de inducción, haría bastar una mera inclinación genérica al delito para liberar de responsabilidad por la inducción a un delito determinado, con lo cual, por ejemplo, no debiera considerarse inductor al que contrata al sicario que espera deseoso un encargo, conclusión que, indica, ciertamente nadie suscribiría. Por otra parte, manifiesta que considerar que el agente provocador no debe ser sancionado por su falta de dolo no se condice con el hecho de que éste asume instrumentalmente la consumación del delito.

Como se puede apreciar, la figura del agente provocador aún es materia de una rica discusión en la doctrina, tanto en España, como en Chile.

DIVISIÓN DE ATENCIÓN
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

MODELOS DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITO

Ángela Chávez Torrico¹
Marcela Abarca Villaseca²

I. Presentación

Con fecha 17 de junio del presente año la Excma. Corte Suprema acogió el recurso de nulidad interpuesto por los abogados del imputado E. A. O. C. y declaró la nulidad de la sentencia, y del correspondiente juicio oral, que lo condenaba a tres penas de veinte años de presidio mayor en su grado máximo y accesorias de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo de la condena, en calidad de autor del delito reiterado de violación en contra de sus tres hijas de 9, 4 y 2 años a la fecha de los hechos. Estos hechos tuvieron lugar entre agosto de 2009 y agosto de 2010.

La celebración de un nuevo juicio oral como resultado de la sentencia, será el tercero que se lleve a efecto en esta causa, ya la Corte de Apelaciones de Santiago había anulado el primer fallo. Sin pretender entrar a la discusión del fondo de lo resuelto, una de las pruebas que deberá volver a rendirse en la nueva audiencia del juicio oral consiste precisamente en la declaración de las niñas víctimas, sobre los hechos. Si bien, en este caso la declaración de las menores se realizó en una sala anexa a la sala de audiencia y únicamente en presencia de los magistrados del 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, la sola circunstancia de recordar nuevamente vivencias que pueden resultar traumáticas para cualquier individuo, lo es mucho más cuando se trata de un niño, niña o adolescente.

Este es sólo un ejemplo de lo que ocurre con los niños, niñas y adolescentes en muchos tribunales del país cuando son víctimas de un delito, lo que preocupa más aún cuando se trata de delitos de naturaleza sexual o delitos en contexto de violencia intrafamiliar.

La vivencia que experimenta cualquier persona que sufre los efectos de un delito resulta siempre dolorosa, la mayor o menor intensidad de tales efectos tendrá relación con la naturaleza y circunstancias del delito y además con la

1 Abogada de la División de Atención a las Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Psicóloga de la División de Atención a las Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

situación personal de la víctima. Por ello, cuando quienes deben enfrentarse a esta situación son niños, niñas o adolescentes, no cabe duda que la magnitud de la afectación que sufren al adquirir la calidad de víctima de un delito, especialmente cuando se trata de aquellos de índole sexual, no puede ser menor. Debido a esto, constituye una obligación para el Ministerio Público hacerse cargo de brindar a estas víctimas atención y protección de calidad, con el fin de que su participación en el proceso penal no constituya una prolongación o agudización de los efectos que le ha causado el delito, tratando de evitar al máximo una segunda victimización en ellas.

En primer término cabe reflexionar por qué este sujeto procesal, el niño, niña o adolescente víctima de delito, requiere un tratamiento especial en relación a aquel que se brinda a la generalidad de los adultos en la misma situación. Según el diccionario de la Real Academia Española el significado de niño es “*Que está en la niñez*”, y niñez es el: “*Período de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad*”. Por su parte adolescencia es la: “*Edad que sucede a la niñez y que transcurre desde la pubertad hasta el completo desarrollo del organismo*”. Otras definiciones nos conducirán conceptualmente a lo mismo, el niño y el adolescente son sujetos que se encuentran en una etapa de la vida en la que aún no han alcanzado su madurez, ni física ni psicológica, por lo cual se encuentran en un proceso de formación que los determina como sujetos más vulnerables, y que requieren por ese solo hecho mayor intensidad en su atención y protección, a fin de que su tránsito por el proceso penal afecte mínimamente su desarrollo.

Esta realidad se encuentra asumida en todos los ámbitos de nuestra sociedad en forma teórica, nadie desconoce la vulnerabilidad de estos sujetos, sin embargo existe mucho camino por recorrer para lograr una real atención y protección en diversas áreas. Ello no es ajeno al ámbito jurídico, en el cual existe diversa normativa, que en atención a su condición de niña, niño o adolescente, le reconoce una serie de derechos, pero que en la práctica aún falta por concretar en procedimientos específicos.

Nuestro orden normativo, constituido tanto por normas nacionales como internacionales, constituye una base sólida sobre la cual se pueden generar todos aquellos modelos de trabajo o procedimientos que sean necesarios para otorgar un tratamiento especial a los niños, niñas y adolescentes, con el objetivo de evitar nuevas vulneraciones de sus derechos fundamentales. De esta manera, a través de este trabajo se darán a conocer dos importantes iniciativas que en este ámbito se encuentran desarrollando tanto el Ministerio Público como los magistrados del Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en fase de piloto, con el objeto de estandarizar procesos de trabajo en materia de atención y protección de niñas, niños o adolescentes que se encuentran transitando por el proceso penal, asumiendo que su condición de menor de

edad es un factor que fundamenta un tratamiento especial por mandato de la legislación vigente.

Y si bien puede no ser actualmente posible evitar que un niño comparezca a declarar, sí es posible que los operadores del sistema procesal penal aúnen todos sus esfuerzos para generar las acciones que sean procedentes para minimizar los efectos revictimizantes que significa en sí esta comparecencia.

Sin duda, una legislación que determine las condiciones para evitar este tipo de revictimización podría significar grandes beneficios en este ámbito, sin embargo, y no obstante existir iniciativas legislativas, no resulta aconsejable esperar sus frutos sin realizar acciones que eviten que los niños, niñas o adolescentes que actualmente se encuentran en esta situación se vean vulnerados en sus derechos.

A continuación se presentará una síntesis de las principales disposiciones contenidas tanto en instrumentos internacionales como nacionales, las primeras nos obligan como Estado, y en su conjunto nos otorgan el marco normativo para avanzar en la atención y protección de los niños, niñas o adolescentes.

II. Marco normativo

Tal como se señalara, la especial condición de vulnerabilidad de los niños, niñas o adolescentes y su diverso tratamiento en atención a dicha calidad, es abordada por una regulación que rige en el ámbito internacional y nacional. Sus disposiciones nos otorgan un marco suficientemente amplio que no sólo nos permite actuar sino que nos obliga a ello como Estado, con la finalidad de brindar una real protección a estas víctimas de delito. A continuación, se presentan las disposiciones que nos permiten generar las condiciones para velar por ellos en el ámbito procesal penal.

Ámbito internacional

Los diversos instrumentos existentes en este ámbito van delineando, ya sea a través de una normativa más genérica o más profusa, la esencia o el núcleo que constituye los derechos de los niños, niñas o adolescentes para efectos de su atención y protección.

1. Declaración Universal de Derechos Humanos

Esta declaración que es un hito histórico en el ámbito de las normas internacionales, fue acordada en París el 10 de diciembre de 1948 y ha sido fuente de numerosos tratados sobre derechos humanos. En su contenido, integrado por un catálogo de derechos que las naciones deben respetar, incluye en su artículo 25 N°2 una específica referencia al cuidado y asistencia especial a que tiene derecho la infancia, en los siguientes términos:

“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

De esta manera, instrumentos como la Convención sobre los Derechos del Niño tienen presente este reconocimiento para fundar su generación.

2. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto San José de Costa Rica”

Este cuerpo normativo reconoce al niño como titular del derecho a recibir protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, lo que responde a *“su condición de menor”*. El artículo 19, así lo dispone:

Art. 19. *“Derechos del niño*

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Conforme al artículo 29 este derecho no puede ser interpretado de manera que pueda ser suprimido o limitado, al expresar que:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.

Por otra parte, esta Convención contempla mecanismos de resguardo a este derecho en los artículos 34 y 52 que dan origen a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órganos con competencia para conocer las lesiones a los derechos reconocidos en esta Convención.

3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Este Pacto efectúa una reglamentación amplia de diversas materias relativas a los derechos de las personas, incluyendo en su artículo 24 específicamente al niño como sujeto de derecho por su condición de tal, expresando:

“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

4. Convención sobre los Derechos del Niño

Resulta de gran relevancia esta Convención cuyo eje está constituido por el niño, al cual se le reconoce como sujeto de derechos fundamentales específicos

que responden a dicha calidad, estableciendo un deber de protección atendida su especial condición de vulnerabilidad.

Destaca en este ámbito la definición conceptual de niño y ciertos principios, específicamente, su referencia al “*interés superior del niño*”, elevado a la categoría de principio básico, lo que ha significado imponer a los Estados la obligación de velar porque en todos los ámbitos de conflicto en que intervenga un niño, niña o adolescente debe primar su bienestar por sobre otro tipo de consideraciones, ponderando lógicamente las circunstancias particulares de cada caso.

De esta manera, resultan particularmente significativos los artículos 3 y 19 número 1 de la Convención, que disponen:

Artículo 3

*“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**”.*

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con este fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas necesarias.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o protección de los niños cumplan con las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Artículo 19

“1.-Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo, incluyendo en estas medidas la intervención judicial si corresponde”.

Ámbito nacional

En nuestro ordenamiento jurídico existen disposiciones de diversa jerarquía referidas a los niños, niñas o adolescentes que se encuentran acordes con las disposiciones internacionales, sin perjuicio de existir aún pendiente un desarrollo legislativo en ciertos espacios para lograr una completa armonía con ellas.

En relación al niño, niña o adolescente víctima de delito, tanto las normas constitucionales como las legales vigentes permiten a las instituciones del Estado llevar adelante políticas, planes, proyectos y acciones conforme a las obligaciones contraídas en los tratados internacionales.

1. Constitución Política de la República

En nuestra Carta Fundamental, norma jurídica suprema, se reconocen los derechos fundamentales de toda persona humana, como asimismo, el respeto que corresponde otorgarles por parte de los órganos del Estado (art. 1° y 6°).

En el contexto de este trabajo, resulta atingente realizar una referencia al Capítulo I BASES DE LA INSTITUCIONALIDAD, que contempla una serie de principios inherentes al Estado de Derecho, declarando en el inciso cuarto de su artículo 1° que:

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

Esta norma en el caso de los niños, niñas o adolescentes víctimas de delito resulta un mandato para que las instituciones estatales vinculadas a la materia realicen las acciones tendientes a que efectivamente estos sujetos puedan seguir su desarrollo en forma integral luego de sufrir los efectos de un delito, sólo de esta manera podrán lograr *la mayor realización material y espiritual*, que señala la Constitución, y que fue afectada por el hecho punible.

Su Capítulo III DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES, cuyo artículo 19° asegura a todas las personas un conjunto de derechos fundamentales, resulta vinculado directamente con esta materia en los siguientes números:

1° EL DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA DE LA PERSONA

Esta disposición resulta trascendental en esta materia debido a que el niño, niña o adolescente víctima de delito, que ya ha sido vulnerado en sus derechos, requiere de atención y protección precisamente para evitar que siga produciéndose respecto suyo un menoscabo que atente contra su vida o integridad.

2° LA IGUALDAD ANTE LA LEY

En virtud de este derecho todas las personas que se encuentren en la categoría de niño, niña o adolescente deben ser protegidas en forma similar, esto es, a través de acciones, programas, proyectos o modelos que los consideren en forma igualitaria, pero teniendo presente su especial condición.

3° LA IGUAL PROTECCIÓN DE LA LEY EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

En esta norma está el fundamento para que estos sujetos procesales frente al ejercicio de sus acciones sean protegidos en igual forma.

En estos dos últimos números cabe tener presente respecto de estos sujetos, que la igualdad dice relación con un conjunto de personas que se encuentran en las mismas condiciones o situación, en este caso la menor edad.

Por su parte, en el Capítulo VII MINISTERIO PÚBLICO, inciso primero del artículo 83°, se define a este órgano como:

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

De esta manera, resultan trascendentales las normas constitucionales para determinar el tratamiento que corresponde brindar por parte de todos los órganos del Estado a los niños, niñas o adolescentes víctimas de delito, teniendo presente que el fin del Estado es precisamente el pleno desarrollo de la persona humana, lo cual, respecto de estos sujetos procesales debe concretarse en acciones específicas teniendo presente su particular calidad. Así, los diversos órganos del Estado deben establecer mecanismos y procedimientos adecuados para dar respuesta a los requerimientos de este tipo de víctimas, reflejando el compromiso adquirido de tener siempre presente “*el interés superior del niño*”.

2. Código Procesal Penal

Este cuerpo normativo regula el nuevo sistema de justicia penal en nuestro país, a cuya luz la víctima surge como un importante interviniente (art. 12), dotado de un estatuto de derechos destinados a garantizar su atención y protección, reconociendo la importancia de su participación en el proceso penal.

La conceptualización de este sujeto procesal, la víctima, se encuentra en el artículo 108 *Concepto*, señalando que es el “...*ofendido por el delito*”, y a continuación realiza una numeración de posibles víctimas indirectas cuando se ha producido la muerte del ofendido.

Respecto del sujeto procesal ya definido, y sin distinción respecto a un tipo de víctima en particular, el artículo 6. *Protección de la víctima*, reitera al Ministerio Público el mandato constitucional de velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del proceso penal, estableciendo además, la obliga-

ción del tribunal de garantizar conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento. Asimismo, impone a la policía y los demás organismos auxiliares el deber de otorgarle un trato acorde con su condición de víctima.

En su artículo 78 “*Información y protección a las víctimas*”, se establece una serie de derechos a favor de las víctimas, que son de cargo del Ministerio Público, como: su derecho a recibir información acerca del curso y resultado del procedimiento, a ser protegida, a presentar querrela, a ser oída.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 78 bis “*Protección de la integridad física y psicológica de las personas objeto del tráfico ilícito de migrantes de trata de personas*”, se refiere al tipo específico de víctimas del delito de trata de personas, realizando una especial mención en el inciso segundo a las víctimas de este delito que son menores de edad, a fin de imponer a todos los servicios públicos a cargo de la protección de la infancia y la adolescencia el deber de:

“...facilitar su acceso a las prestaciones especializadas que requieran, especialmente, aquellas tendientes a su recuperación integral y a la revinculación familiar, si fuere procedente de acuerdo al interés superior del menor de edad”, agregando en su inciso tercero que: “En los casos en que las víctimas de los delitos establecidos en los artículos 411 bis y 411 quáter del Código Penal carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que los intereses de las personas menores de edad son independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda representarlo, el juez le designará un curador ad litem de cualquier institución que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de la infancia”.

Respecto a la protección de las víctimas menores de dieciocho años, la Ley 20.253 de 14 de marzo de 2008 introdujo el artículo 191 bis en los términos siguientes:

“Anticipación de prueba de menores de edad. El fiscal podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de los menores de 18 años que fueren víctimas de alguno de ellos contemplados en el Libro Segundo. Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal. En dichos casos, el juez, considerando las circunstancias personales y emocionales del menor de edad, podrá, acogiendo la solicitud de prueba anticipada, proceder a interrogarlo, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio”.

Con todo, si se modificaren las circunstancias que motivaron la recepción de prueba anticipada, la misma deberá rendirse en el juicio oral.

La declaración deberá realizarse en una sala acondicionada, con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor de edad.

En los casos previstos en este artículo, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieran derecho a asistir al juicio oral”.

Otra norma que corresponde destacar es la que regula aquellos casos en los que la víctima concurre a declarar a la audiencia de juicio oral. Este es el artículo 308° “*Protección a los testigos*”, que faculta al tribunal para que en casos graves y calificados, pueda disponer “*medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare*”. Estas medidas pueden durar el tiempo razonable que el tribunal disponga y las podrá renovar las veces que fuere necesario. La norma igualmente dispone que el Ministerio Público, “*de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de presentadas sus declaraciones, la debida protección*”.

Por su parte el artículo 310 “*Testigos menores de edad*”, establece que respecto de ellos que:

“El testigo menor de edad sólo será interrogado por el presidente de la sala, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio”.

La gran mayoría de estas normas no realizan una distinción respecto de los niños, niñas o adolescentes víctimas de delito, sin embargo el deber de atención y protección, sin duda, no puede traducirse en procedimientos estándares que no consideren sus particulares requerimientos debido a la calidad que poseen y derechos que les asisten en consideración a tal calidad. El artículo 191 bis constituye una demostración de ello al reconocer lo necesario que resulta que los menores de edad declaren en salas contiguas.

3. Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N°19.640

Este cuerpo legal reitera en similares términos lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política, al disponer en su artículo 1° que:

*“El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la **adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos**. No podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.*

La misma ley dota al Ministerio Público de unidades, tanto a nivel nacional como regional, para que asuman la función de la protección de las víctimas y testigos asignada a este órgano. De esta forma, su artículo 20 dispone la creación de la División de Atención a las Víctimas y Testigos, que ejerce funciones a nivel nacional, en los siguientes términos:

“La Fiscalía Nacional contará con las siguientes unidades administrativas:...
f) División de Atención a las Víctimas y Testigos, que tendrá por objeto velar por el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal penal”.

A nivel regional el artículo 34 crea las Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y Testigos, disponiendo que:

*“Cada Fiscalía Regional contará con las siguientes unidades administrativas:...
e) Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos, que tendrá por objeto el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal penal”.*

Algunas conclusiones que se pueden extraer de esta normativa es que la adopción de medidas para brindar protección a las víctimas, sean adultas, niños/as o adolescentes, es un deber que recae sobre el Estado en general, y particularmente en el Ministerio Público cuando nos encontramos dentro de un proceso penal, sin perjuicio de la atención y protección que también corresponde a los tribunales, policías y otros organismos auxiliares.

Tal como se adelantó, para el cumplimiento de este deber de brindar atención y protección a los niños, niñas o adolescentes víctimas de un hecho punible, es necesario tener presente que, partiendo conceptualmente de la base de que víctima es todo sujeto ofendido por un delito, la atención y protección sólo puede brindarse teniendo presente los requerimientos específicos de cada tipo de víctima, en el caso de los niños, niñas o adolescentes es necesario realizar las distinciones pertinentes para ello, y que en primer término dicen relación con su calidad de sujeto en desarrollo, y las disposiciones sobre la materia así lo confirman.

El interés superior del niño es un principio que debe orientar la acción cada vez que se adopten medidas respecto de los menores, por lo cual en ningún caso estas medidas pueden implicar alguna vulneración de sus derechos fundamentales.

III. El Ministerio Público. La orientación, protección y apoyo para los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos

1. Modelo de atención general aplicable a todos los niños, niñas o adolescentes

Dentro del marco normativo reseñado, el Ministerio Público desde el año 2008 se encuentra aplicando un modelo de atención para sus víctimas y testigos fundado en la entrega de los servicios de orientación, protección y apoyo, los que dependerán del tipo de usuario, tipo de delito y momento procesal en que se encuentren, con el objetivo de brindarle las prestaciones acorde a sus requerimientos específicos. Además, contempla el desarrollo de lineamientos especializados para determinados tipos de víctimas o testigos que así lo exijan. En este sentido los niños, niñas o adolescentes reciben un tratamiento acorde a su condición y los servicios de orientación, protección y apoyo que se les otorgan dicen relación con sus particulares características, teniendo especial-

mente presente la problemática que deben enfrentar cuando deben transitar por un proceso penal que puede significar una nueva victimización.

Sin embargo, debido a que dentro de la categoría de víctimas menores de edad, aquellos que han sufrido delitos sexuales o delitos en contexto de violencia intrafamiliar, requieren de una especial atención y protección por la naturaleza misma de estos delitos, es que se consideró indispensable por el Ministerio Público establecer lineamientos específicos para la atención que se les entrega a estas víctimas con mayor grado de vulnerabilidad³ no sólo por su condición de menor sino también por las características y circunstancias en que ocurren estos delitos. Sin perjuicio de dejar abierta a las Fiscalías Regionales la posibilidad de aplicar a los menores víctimas de otros delitos estos lineamientos específicos. De aquí surge el modelo que se expone a continuación.

2. Intervención especializada con víctimas menores de edad de delitos sexuales y delitos en contexto de violencia intrafamiliar

Una intervención para niños, niñas o adolescentes víctimas de estos delitos requiere de un importante grado de especialización, considerando las consecuencias que les generan estos delitos tanto en lo personal como en su entorno relacional; consecuencias que pueden afectar su participación en el proceso penal, su protección y su recuperación. Por ello, en la elaboración de este modelo de intervención especializada se consideró la participación de jefes y profesionales de Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos, URAVIT, del país y de las Unidades Especializadas de Delitos Sexuales y Violentos y de Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar.

Estos lineamientos persiguen orientar el accionar de los fiscales, de los profesionales de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos, URAVIT, y de los funcionarios que participan en la investigación de delitos sexuales y delitos de violencia intrafamiliar que afectan a víctimas menores de edad, a fin que implementen acciones básicas de intervención a nivel nacional que respondan a sus necesidades, logren su protección, agilicen la tramitación e incentiven su participación en el proceso penal. Se definen estas acciones

3 Los lineamientos de las “Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos” de la IAMP 2008, establecen que “El Ministerio Público aborda su relación con las víctimas bajo un principio de discriminación positiva, fundada en el grado de vulnerabilidad; esa vulnerabilidad viene esencialmente determinada por el tipo de delito, la relación de la víctima con el agresor, la disponibilidad para acceder a medios de ayuda y asistencia y el perfil psicológico, anímico, económico y social de la víctima. Con esos parámetros, el Ministerio Público adecuará la forma e intensidad de su intervención”. Determina también que los casos de mayor vulnerabilidad corresponden principalmente a víctimas de delitos de trata de personas, a víctimas de violencia intrafamiliar, a los niños y adolescentes como víctimas, las víctimas extranjeras, las víctimas indígenas y las víctimas de terrorismo, de escenarios bélicos y de violencia social.

como básicas, es decir, como las mínimas que se debieran realizar en todos los casos, correspondiendo, de acuerdo a los recursos de cada Fiscalía, la realización de otras acciones conducentes a la orientación, protección y apoyo de los niños y sus referentes, como por ejemplo, apoyar en la toma de declaración.

Objetivo general

Este proyecto tiene como objetivo general implementar acciones mínimas de intervención especializada con víctimas menores de edad de delitos sexuales y de delitos en contexto de violencia intrafamiliar, conducentes a brindarles protección, orientación y apoyo.

Lo anterior no excluye la posibilidad de que si la Fiscalía Regional cuenta con recursos humanos suficientes, considere a menores de edad víctimas de otros delitos que requieran una atención o protección especializadas.

Objetivos específicos

- a. Evaluar oportunamente la situación de riesgo de las víctimas menores de edad de delitos sexuales y de delitos en contexto de violencia intrafamiliar e implementar medidas de protección para la interrupción de la situación de abuso.
- b. Orientar en aspectos psicosociales y penales a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y de delitos en contexto de violencia intrafamiliar y a sus referentes protectores.
- c. Facilitar la participación de estas víctimas en el proceso penal, a través de la implementación de acciones de apoyo.
- d. Evaluar la necesidad de un proceso reparatorio e instar la derivación en los casos que se requiera.

Público objetivo

Este modelo de intervención considera como público objetivo a las víctimas menores de edad de:

1. Toda la gama de delitos que puede afectar a niños en contexto de violencia intrafamiliar, tanto los que se encuentran expresamente establecidos en la Ley de VIF, N°20.066, como lo es el maltrato habitual del artículo 14, así como los delitos que se encuentran establecidos en el Código Penal y que afectan a las personas, en contexto de VIF, como:
 - a. Lesiones clínicamente leves del artículo 494 N°5 del Código Penal, que en atención a lo dispuesto en la última parte del mismo artículo, no se pueden considerar como jurídicamente leves, sino que parten como lesiones menos graves.

- b. Lesiones menos graves del artículo 399.
 - c. Lesiones simplemente graves del artículo 397.
 - d. Lesiones graves gravísimas del artículo 397 N°1.
 - e. Castraciones del artículo 395.
 - f. Mutilaciones del artículo 396.
 - g. Amenazas del artículo 396.
 - h. Sustracción de menores del artículo 142.
2. Toda la gama de delitos sexuales tipificados en el Código Penal, ocurran o no en contexto VIF. Éstos son:
- a. Violación (artículos 361 y 362).
 - b. Estupro (artículo 363).
 - c. Otros delitos sexuales (artículos 365, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter, 374 bis).

Debido a las consecuencias que estos tipos de delitos generan también en las personas cercanas al niño, niña o adolescente, y la importancia que éstas tienen tanto para lograr la participación de la víctima en el proceso como para la implementación de las medidas de protección y las estrategias de reparación, es que se incluye a los referentes (padres o adulto responsable) en la intervención.

Acciones de intervención mínimas

Las acciones destinadas a la entrega de servicios de orientación, protección y apoyo de manera especializada a estas víctimas y a sus referentes, son realizadas principalmente por los fiscales y abogados asistentes que trabajan esta temática y por los profesionales de las URAVIT, sin perjuicio de la relevancia de las acciones de otros funcionarios como digitadores, recepcionistas, etc., a los que les corresponde participar en los ámbitos de su responsabilidad en el proceso de atención de niños y adolescentes.

Las acciones mínimas relevantes a realizar son:

1. Contacto inicial para la recopilación de información

Considerando la complejidad de los delitos sexuales y de los cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, y la vulnerabilidad de las víctimas cuando son menores de edad, el modelo contempla como primera actividad realizar un contacto inicial que permite recoger la información necesaria para evaluar preliminarmente la situación de riesgo, implementar las medidas de protección que sean urgentes, entregar información inicial de la causa y determinar la prioridad de la intervención presencial de la URAVIT y de la toma de declaración.

El tipo de contacto que se realizará dependerá del tipo de ingreso:

- Ingreso de denuncias por parte policial: Una vez ingresado un parte en la Fiscalía, es la URAVIT, la Unidad responsable del contacto inicial con el denunciante, y debe recoger la información necesaria para evaluar preliminarmente el riesgo (completando la Pauta de Recopilación de Antecedentes). Considerando los niveles de riesgo posible y la vulnerabilidad de la víctima, este contacto se debe realizar dentro de las 72 horas después de ingresada la denuncia a la fiscalía..

En el caso en que el denunciante no sea el cuidador del niño, niña o adolescente, se evalúa si corresponde entrevistar además al cuidador o adulto responsable, resguardando siempre que no esté involucrado en el delito.

Si no es posible el contacto telefónico, se le envía una citación determinando el día y hora para la realización del primer contacto, el que no podrá ser fijado más allá de 5 días hábiles de ingresada la causa a la fiscalía. Sin embargo, el profesional deberá analizar los antecedentes disponibles, y si existe una situación de alto riesgo (como por ejemplo en los casos de abuso sexual en que el agresor tiene acceso directo al niño, niña o adolescente) deberá priorizar el contacto, solicitando para ello, a través del fiscal de la causa, apoyo a carabineros.

- Ingreso por denuncia directa: El funcionario encargado de tomar la denuncia, es el responsable del contacto inicial, de recoger la información necesaria llenando la Pauta de Recopilación de Antecedentes y de derivar el caso a la URAVIT, para que esta Unidad lleve a efecto la intervención especializada. Asimismo, este funcionario deberá gestionar la implementación de las medidas de protección que se requieran.
- Ingreso en flagrancia: En los casos que ingresen por flagrancia, en los cuales se haya detenido al imputado, es el fiscal quien debe recoger los antecedentes necesarios para evaluar la situación de riesgo a la que esté expuesta la víctima, implementando de inmediato las medidas de protección que sean pertinentes. Al día hábil siguiente, deberá informar a la URAVIT, para que el profesional de la Unidad designado para ello, se contacte dentro del plazo de 72 horas desde el ingreso de la denuncia con el denunciante y complete la Pauta de Recopilación de Antecedentes.

Las actividades a realizar en este contacto son las siguientes:

- a. Dentro del ámbito de la orientación, se entrega al usuario información básica del proceso penal que se ha iniciado, y se responden las dudas que se expresen sobre el proceso en general o la situación de la víctima en particular. Asimismo, se le informa el objetivo del contacto, cual es obtener información básica necesaria para la implementación de las medidas de protección que sean urgentes. Además, se le informa la forma de contacto

con la fiscalía, donde la persona pueda entregar otros antecedentes o solicitar información de la causa.

b. Dentro del ámbito de la Protección, corresponde:

b.1. Recopilar la información, la que se registra en la Pauta, relativa a los antecedentes necesarios que permitirán evaluar preliminarmente el riesgo e implementar las medidas de protección inmediatas, estos antecedentes son:

- La gravedad del delito.
- La cercanía del agresor al niño, niña y adolescente, específicamente el acceso a la víctima.
- Antecedentes del imputado.

Existen otros elementos que se deben considerar para la evaluación del riesgo, como por ejemplo, la capacidad de protección del adulto a cargo del niño, niña o adolescente. Sin embargo, considerando que la evaluación preliminar se debe realizar con los datos disponibles en el momento (información entregada telefónicamente por el denunciante, parte policial, causas anteriores del imputado y de la víctima), lo más probable es que sólo podrán tener indicios de la capacidad de protección del adulto, por ejemplo, en casos de delitos sexuales a través de la credibilidad que el adulto le otorgue a los dichos de la víctima, de la reacción de esta figura frente al imputado, de la posible minimización de la relevancia de los hechos, etc., y en los casos de maltrato, a través de la constatación de agresiones anteriores, en la demora en denunciar los hechos, etc.

b.2. Evaluación preliminar o inicial del riesgo por el profesional o fiscal que recopiló la información, realizando un análisis que le permita apreciar la situación de riesgo en que se encuentra la víctima. Con esta evaluación inicial de riesgo se busca tener la información necesaria para elaborar la estrategia de protección que permita interrumpir el abuso o maltrato, terminando con la posibilidad de que el niño, niña o adolescente vuelva a ser víctima de un nuevo evento de violencia constitutiva de delito.

Esta información, complementada con otros antecedentes con que cuente el profesional o el fiscal (parte policial o denuncia, causas anteriores relacionadas con la víctima o con el imputado, antecedentes penales del imputado), servirán para determinar las medidas de protección inmediatas que se requieran, ya sean autónomas, cautelares o cautelares especiales.

La información recogida debe ser evaluada en conjunto. Por ejemplo, se considera de alto riesgo un caso de abuso sexual o lesiones graves donde el agresor vive con el niño, niña o adolescente.

b.3. Implementación de medidas de protección urgentes. Una vez evaluado inicialmente el riesgo es necesario gestionar la implementación de

las medidas de protección que sean pertinentes. Las situaciones evaluadas con alto riesgo requerirán de la implementación de medidas de protección inmediatas que impliquen que el agresor no tenga acceso a la víctima (obligación del imputado de abandonar el hogar común, prohibición de acercamiento al niño, niña o adolescente, etc.).

b.4. Profundización de la evaluación de riesgo. Con los antecedentes recogidos en el contacto inicial, la URAVIT deberá profundizar en la evaluación de riesgo, la cual debe priorizar la entrevista presencial para dichos efectos, la que no debiera realizarse más allá de 5 días hábiles posteriores a la evaluación preliminar de riesgo. Será prioritaria la atención para las víctimas en las que se evaluó riesgo alto. Igualmente, los delitos sexuales relacionados con explotación sexual infantil y pornografía. Es la URAVIT (su jefe/a o quien éste/a designe) quien determina la necesidad de intervención especializada, una vez realizado el análisis de los antecedentes disponibles (pauta de recopilación de información, información SAF, parte, etc.). Existirán casos que por sus características no implican ni daño ni riesgo, por lo que no serán atendidos por la Unidad.

Considerando que la protección de las víctimas es una de las funciones básicas de la Fiscalía, es necesario desarrollar los procedimientos específicos para apreciar la posibilidad de que el imputado vuelva a agredir al niño, niña o adolescente. Además, considerando las características de este tipo de delitos, también es necesario evaluar la posibilidad de que el imputado u otros cercanos realicen acciones para lograr la retractación de la víctima o la manipulación de su relato.

Cada caso debe ser abordado especializadamente, obteniendo, a través del contacto con la víctima, el denunciante y/o los cuidadores y los antecedentes existentes en la Fiscalía, la información necesaria para que el profesional realice la evaluación, con el fin de elaborar la estrategia de protección más eficaz, la cual debe coordinarse con el fiscal a cargo del caso.

FACTORES PARA DETERMINAR EL NIVEL DE RIESGO DE UNA VÍCTIMA

Debido a que el nivel de riesgo de una víctima no se puede observar directamente, sino que se infiere del análisis de una serie de variables, es necesario agrupar la información en los siguientes factores:

a. Las características del delito

- Tipo de delito.
- Contexto en el que se da (contexto intrafamiliar o extrafamiliar).
- Frecuencia y tiempo.
- Existencia de amenazas o agresiones físicas orientadas a ejecutar el abuso (en casos de delitos sexuales).

- Existencia de amenazas o presiones tendientes a evitar la revelación del maltrato o abuso.
- Existencia de violencia psicológica para la eventual configuración del delito de maltrato habitual –en un caso VIF– o para la derivación del caso al Tribunal de Familia competente⁴.

b. Las características de la víctima

- Nivel de desarrollo de la capacidad de lenguaje y dificultades existentes.
- Desarrollo escolar del niño, niña o adolescente: curso, rendimiento, dificultades, relación con profesores y pares.
- Sintomatología existente y su relación con el evento de abuso o maltrato.
- Existencia de relato por parte del niño, niña o adolescente.
- Capacidad de generar conductas de autoprotección.
- Existencia de otras manifestaciones de abuso o maltrato infantil, anteriores o actuales.
- Presencia de discapacidad física o mental.
- Presencia de conductas de riesgo (establecimiento de relaciones erotizadas con adultos; si es adolescente, intentos de suicidio, consumo de drogas o alcohol, promiscuidad sexual, etc.).

c. Las características del imputado

- Relación de parentesco con el niño, niña o adolescente.
- Acceso al niño, niña o adolescente o adolescente.
- Existencia de antecedentes penales (violencia intrafamiliar, delitos sexuales, delitos violentos).
- Presencia de trastorno de personalidad o enfermedad psiquiátrica.
- Consumo problemático de drogas o alcohol.

d. Las características del adulto protector

- Relación de parentesco con el menor de edad.
- Reacción frente a la revelación del abuso (si cree en el relato del niño, niña o adolescente, atribución de responsabilidad a la víctima, minimización, negación o maximización del hecho).
- Conductas de protección al niño, niña o adolescente, generales y específicas respecto del delito sufrido.

4 Cuando el maltrato psicológico lo ejerza un tercero (inciso segundo del artículo 62 de la Ley N°16.618, en relación con el N°12 del artículo 8 de la Ley N°19.968).

- Relación del adulto con el imputado.
- Grado de dependencia económica de la familia de la víctima con el imputado.

e. Evaluación de la efectividad de las medidas de protección implementadas

- Funcionamiento de las medidas de protección implementadas por la Fiscalía.
- Existencia y eficacia de medidas de protección de Tribunales de Familia.
- Estrategias de protección implementadas por el adulto responsable o por la misma víctima.

Analizando estos cinco factores, el profesional a cargo podrá obtener una evaluación del riesgo y podrá establecer la estrategia de protección a implementar. Siempre se considerará que el caso es de alto riesgo en las siguientes situaciones:

En los casos de delitos sexuales:

- Si la víctima vive con el imputado.
- Si el niño, niña o adolescente no vive con el imputado, pero éste tiene libre acceso a la víctima.
- Si el adulto a cargo del niño, niña o adolescente no es protector, es decir, no es capaz de desarrollar conductas que protejan al niño de nuevas agresiones.
- Si el imputado está relacionado con una organización criminal (porno-grafía infantil, trata de personas y redes de prostitución infantil).
- Si existen amenazas con arma blanca o de fuego.

En los casos de violencia intrafamiliar:

- Si el delito se refiere a lesiones graves o intento de homicidio, en el caso de que la víctima viva con el agresor o éste tenga libre acceso a él.
- Si el delito se refiere a lesiones graves o intento de homicidio, y el adulto a cargo del niño, niña o adolescente no es protector, es decir, no es capaz de desarrollar conductas que protejan al niño de nuevas agresiones.
- Si hay antecedentes de lesiones anteriores (fracturas, quemaduras, cor-taduras, mordeduras).
- Si el delito tiene características de tortura (quemaduras con cigarrillos u otros elementos, por ejemplo).
- Si el niño o niña presenta lesiones de cualquier tipo, y tiene menos de un año de edad.

- Si existen antecedentes de trato negligente por parte del adulto responsable.
- Si existen amenazas con arma blanca o de fuego.

Es necesario señalar que los antecedentes para una evaluación más completa de la situación de riesgo se irán obteniendo a través de todo el proceso de intervención, y los factores considerados pueden ir modificándose, por lo que se requiere que esta actividad se realice transversalmente durante todo el proceso. El profesional a cargo del caso deberá actualizar la evaluación cada vez que obtenga más información relevante, modificando si es necesario, las medidas de protección implementadas.

2. Implementación de medidas de protección

Realizado el análisis de la información, la URAVIT debe diseñar una estrategia de protección, que implique la implementación coordinada de una serie de medidas y acciones de protección, donde se incluye también la derivación a instancias cuyo rol específico se refiere a la protección de niños y adolescentes que han sido gravemente vulnerados en sus derechos.

Todas las medidas de protección que se consideren relevantes de implementar debieran ser coordinadas con el fiscal del caso, quien junto con adoptar las autónomas, solicitará las cautelares e informará a la URAVIT sobre el resultado de dicha solicitud.

3. Evaluación de la necesidad de intervención reparatoria

Es la evaluación que realiza el profesional, utilizando la información disponible, de la necesidad de intervención reparatoria para el niño, niña o adolescente y sus referentes, considerando lo siguiente:

- Las consecuencias emocionales que ha tenido el delito en el niño, niña o adolescente. Se debe considerar la sintomatología anterior y posterior a la revelación u ocurrencia del delito.
- La percepción y evaluación de su vivencia que la víctima realiza.
- La calidad del apoyo familiar, respecto de la capacidad del adulto protector y de la familia en general de acoger a la víctima.
- La existencia de apoyo terapéutico previo o actual.

Todos los elementos anteriores pueden tener repercusión en la recuperación del niño, en su protección y en su participación en el proceso penal.

Todo menor de edad víctima de este tipo de delito tiene derecho a recibir atención reparatoria. La URAVIT realizará la derivación correspondiente a las instituciones de la red especializadas para la intervención con niños, niñas

o adolescentes. Si no existe la posibilidad de atención oportuna en la red pública, se derivará a la red privada.

No se derivará a víctimas que estén en un proceso terapéutico adecuado para el tipo de delito, y aquellas en que, por su edad, no puedan participar en procesos de esta naturaleza. En este último caso se requiere evaluar la derivación del adulto responsable a una intervención que optimice sus capacidades protectoras, si es que corresponde.

4. Orientación psicosocial y penal

La orientación entregada por la URUVIT considerará los ámbitos psicosocial y penal, de acuerdo a las necesidades de los usuarios y los efectos que el paso por el proceso penal puede tener en estas áreas. Se requiere de un encuadre que facilite tanto a la víctima, como a su referente, una comprensión general del delito sufrido, de sus posibles repercusiones personales y/o familiares, y del proceso penal en curso.

A. ÁMBITO PSICOSOCIAL

Se refiere a los aspectos vinculados al hecho traumático (consecuencias e implicancias), y sus repercusiones en la víctima y sus referentes. Se busca dar un marco comprensivo general a las consecuencias psicológicas, emocionales y sociales que el delito puede tener en la víctima y en sus referentes, favoreciendo la generación por parte de los adultos de una postura de apoyo y acogida favorables a las necesidades del niño, niña o adolescente.

Es necesario tener en cuenta que la magnitud de las repercusiones psicológicas y emocionales estará relacionada con una diversidad de factores como la edad de la víctima (con directa relación al nivel de desarrollo evolutivo), al tipo de agresión sufrida y su intensidad (cantidad de eventos, daño físico, identidad de agresor, existencia de amenazas, etc.), momento de la revelación (revelación directa o indirecta, tiempo transcurrido desde la agresión y la revelación, motivación de la revelación), actitud de los cuidadores (credibilidad o incredulidad de los padres, minimización o maximización de los eventos, ausencia o falta de apoyo/acogida), y así también, desde el contexto penal, el tipo de resultado procesal que se alcance (en directa relación con las expectativas de la víctima y su familia), todos aspectos que delinearán el contenido de la orientación entregada.

En este ámbito temático, se puede precisar lo siguiente:

- **Efectos psicosociales de la victimización:** se debe orientar respecto de las consecuencias psicológicas, emocionales y conductuales que pueden presentarse en la víctima, como efecto de la agresión sufrida. Debe dirigirse a los adultos motivando su adecuada comprensión de estas manifestaciones

y una activa participación en la contención del niño. También debe ser entregada al niño que sufre la agresión, considerando un lenguaje adecuado a su edad y capacidad comprensiva.

- **Efectos en el contexto familiar:** se debe orientar de manera general a los adultos responsables respecto de las consecuencias psicológicas y emocionales que el evento delictivo puede provocar en ellos, y de cómo influye en el tipo de respuesta que manifiestan ante el delito sufrido por el niño o adolescente.
- **Protección:** es necesario fortalecer un rol positivo y activo de los adultos en la protección de la víctima. Cuando la agresión sexual es intrafamiliar, se requiere de posturas más claras y efectivas del adulto responsable en cuanto a la protección del niño, niña o adolescente agredido como así también, una respuesta coincidente y de apoyo a las acciones de protección implementadas por la Fiscalía o los Tribunales. Además, se debe orientar al niño y a sus referentes, respecto de medidas de autoprotección.
- **Reparación/Derivación:** Se debe orientar, si corresponde, respecto a la relevancia de su vinculación a un proceso terapéutico, con el fin de reelaborar la experiencia traumática, e incorporarla de forma no conflictiva.

B. ÁMBITO PENAL

Se refiere a todos los aspectos asociados al paso por el proceso penal, sus características, etapas e implicancias para la víctima y sus referentes. El objetivo es entregar la información necesaria y explicar con claridad el proceso en el que se involucra la víctima, favoreciendo la disminución de angustias asociadas, la adecuación de expectativas y una efectiva comprensión de los derechos que el sistema penal entrega a las víctimas. En este ámbito, se puede precisar lo siguiente:

- **Derechos de la víctima:** Se debe dar especial énfasis en el tema de los derechos que el sistema penal entrega a las víctimas y testigos, favoreciendo un proceso de empoderamiento de los usuarios y con ello, una efectiva participación en el proceso penal. El derecho a protección debe ser relevado de forma prioritaria, incentivando mecanismos claros para su adecuada implementación, orientando también respecto al derecho a ser atendida y de ser informada de forma adecuada. Es fundamental al momento de orientar respecto de los derechos, clarificar los canales y mecanismos que la Fiscalía dispone para su efectivo ejercicio. La experiencia de agresión sexual, por ejemplo, puede implicar una fuerte sensación de desestructuración personal y/o familiar, por lo que toda orientación o apoyo que “estructure” y delimite de forma clara los procedimientos, derechos y deberes de los intervinientes, permite un proceso de contención y apoyo institucional efectivo.

- **Protección:** Ya desde el primer contacto con la víctima y/o su referente, se han adoptado medidas de protección adecuadas, de acuerdo a la evaluación del riesgo efectuada. Es necesario entregar orientación respecto a los elementos concretos en el caso que llevaron a la Fiscalía a tomar estas decisiones, lo que podría aportar en mejorar la eficacia de la implementación de las medidas.

Se debe orientar también respecto de los canales y procedimientos que dispondrán la víctima y su adulto referente, durante todo el proceso, para modificar o fortalecer las medidas de protección implementadas. En este punto, cobra relevancia el rol que el Call Center tendrá durante todo el tiempo que dure el proceso penal, y la forma en que éste mediará y se vinculará a la acción de las URAVIT (cuando ésta sea necesaria), debiendo entregar información precisa en este sentido.

La orientación también procede respecto de las medidas de protección que se implementen fuera del ámbito penal (Tribunales de Familia), explicando su relevancia y aspectos en los que intervienen (y su vinculación a la acción de la Fiscalía). Se considera de especial importancia la información entregada en circunstancias en las que se decide el alejamiento provisorio, como medida de protección, del niño, niña o adolescente víctima de su grupo familiar, siendo necesaria la entrega de información que favorezca una clara comprensión de esta medida y de su fundamento.

La orientación que eventualmente se entregue directamente al niño, debe ser brindada con clara comprensión de la situación de vulnerabilidad e inestabilidad emocional que el delito provoca.

- **Etapas del proceso penal y características de la investigación:** es una orientación respecto de las etapas del proceso que la causa en particular probablemente seguirá, las diligencias que se requerirán y sus objetivos, las posibilidades de término y los tiempos de duración aproximados. Se requiere ajustar las expectativas de los adultos al proceso específico que seguirá la causa.
- **Relación con Fiscalía durante el proceso:** Se orientará específicamente respecto de la forma de mantener vinculación con la Fiscalía durante el tiempo que dure el proceso. Una vez terminada la intervención de la URAVIT, los usuarios deberán utilizar el Call Center para la obtención de información respecto del avance del proceso y para informar situaciones de riesgo u otras.

5. Apoyo a través del Fondo de Aportes Económicos para Víctimas y Testigos del Ministerio Público, FAE

El profesional de la URAVIT evaluará si la víctima requiere de prestaciones de apoyo, con el objetivo de facilitar su participación en las diligencias de la

investigación, como por ejemplo, el pago de movilización, utilizando el Fondo de Aportes Económicos para víctimas y testigos. Del mismo fondo se podrán financiar las medidas de protección que se requieran, y el pago de intervención reparatoria con fines de apoyo o de protección, cuando no existan en la red pública disponibilidad de estas prestaciones.

6. Apoyo en juicio oral

Una vez que el fiscal presente la acusación respectiva ante el Tribunal de Garantía⁵, la URAVIT se contactará con el adulto referente del niño para coordinar una entrevista presencial. En esta entrevista, el profesional de la URAVIT orienta específicamente al referente protector, y al niño, si corresponde, respecto de la realización del juicio, sus características, etc., y responde todas las preguntas de los usuarios. Además, evalúa sus necesidades utilizando para ello la Pauta de Detección de Necesidades.

A partir de los resultados de esta entrevista y de la evaluación, la URAVIT debe coordinar las acciones de apoyo que se deban implementar, la preparación metodológica para la víctima, la entrevista con el fiscal, y las medidas de protección que se evalúen como necesarias⁶.

Por otra parte, el profesional evalúa la necesidad de acompañamiento en el juicio.

Una vez terminado el juicio, un funcionario de la URAVIT se contacta con el referente protector para informar de sus resultados.

LA IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO EN LAS FISCALÍAS REGIONALES

1. Coordinación institucional

Para incentivar la participación de las víctimas menores de edad en el proceso penal, se requiere conocer oportunamente las necesidades y consecuencias que experimentan como efecto directo del delito y generar las condiciones para que sean adecuadamente satisfechas y/o atendidas. En este contexto, cobra importancia el trabajo de coordinación con las instancias públicas destinadas a la intervención (reparatoria, social, de protección) con estas víctimas.

Por las complejas características de estos casos debido a las necesidades y vulnerabilidad de sus víctimas, la URAVIT ha debido avanzar en el establecimiento de coordinaciones a nivel regional especialmente con las siguientes instituciones: Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Tribunales de

5 También se considera como una fecha adecuada para este contacto inmediatamente después de la Audiencia de Preparación de Juicio Oral.

6 Siempre en los casos de menores de edad, se debe procurar la utilización de circuito cerrado de televisión para la declaración en el Juicio Oral.

Garantía, Tribunales de Familia, Servicios de Salud, Programas de Atención Reparatoria Especializada y programas y/o profesionales que realizan pericias.

a. Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones

Es relevante el trabajo con estas instituciones para los efectos de actualizar y establecer procedimientos tendientes al mejoramiento de recopilación de información al momento de tomar la denuncia, con el objeto de elevar la calidad de la información que se debe incorporar en el parte policial, el que debe contener el máximo de datos posibles para el contacto con el denunciante y con la víctima, los detalles básicos y necesarios sobre los hechos acontecidos, junto con identificar los referentes adultos del menor de edad, también lo es para generar procedimientos de trabajo que permitan en los casos de urgencia la oportuna intervención de Carabineros haciendo uso de sus facultades autónomas establecidas en el artículo 16 bis de la Ley 16.618⁷.

La capacitación de los funcionarios de ambas policías es otro punto central hacia en el cual se trabaja permanentemente.

b. Tribunales de Garantía

Los Tribunales de Garantía cumplen un rol fundamental en la tramitación y específicamente en la protección de las víctimas de delito menores de 18 años. En este sentido, cuando estos Tribunales toman conocimiento de una demanda o denuncia por actos de violencia intrafamiliar, están llamados a adoptar de inmediato aquellas medidas necesarias para proteger a la víctima, al igual que los fiscales, aun cuando no sean competentes para conocer de ellas. Así, la Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, en su artículo 15 establece que “en cualquier etapa de la investigación o del procedimiento sobre

7 Art. 16 bis.- En aquellos casos en que aparezcan gravemente vulnerados o amenazados los derechos de un menor de edad, Carabineros de Chile deberá conducirlo al hogar de sus padres o cuidadores, en su caso, y entregarlo a ellos, informándoles de los hechos que motivaron la actuación policial.

Si, para cautelar la integridad física o psíquica del menor, fuere indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tuvieren bajo su cuidado, Carabineros de Chile lo conducirá a un Centro de Tránsito y Distribución e informará de los hechos a primera audiencia al juez de menores respectivo. De la misma forma procederá respecto de un menor de dieciséis años imputado de haber cometido una falta.

Tratándose de la comisión de un delito de que fuere víctima un menor de edad, Carabineros deberá, además, poner los antecedentes en conocimiento del Ministerio Público de acuerdo a las reglas generales.

Cuando un menor de dieciséis años de edad fuere imputado de haber cometido un crimen o simple delito, Carabineros deberá conducirlo a los mismos Centros señalados en el inciso segundo, informando inmediateamente al juez de menores.

En todas las hipótesis previstas en este artículo en que Carabineros hubiere llevado a un menor a un Centro de Tránsito y Distribución, el encargado del Centro que reciba al menor de edad deberá conducirlo ante el referido juez, a primera audiencia, a fin que éste adopte las medidas que procedan de conformidad con esta ley.

delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, y aun antes de la formalización, el tribunal con competencia en lo penal podrá decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna, tales como las que establece el artículo 92 de la ley N°19.968 y las aludidas en el artículo 7° de esta ley”.

El referido artículo 92 se remite, a su vez, al artículo 71 de la misma ley, que establece medidas cautelares especiales para la protección de los derechos de niños y adolescentes, tales como la entrega inmediata del menor de edad a los padres o a quien tenga legalmente su cuidado (letra a), la suspensión del derecho de una o más personas determinadas, a mantener relaciones directas y regulares con el menor de edad, establecidas o no por resolución judicial, (letra e); prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común, o la concurrencia a lugares de estudio o trabajo del niño, niña o adolescente, (letra f), por mencionar algunas de las que cobran relevancia en caso de violencia intrafamiliar.

Por su parte, la Ley N°19.968 sobre Tribunales de Familia, establece en su artículo 81 que “En todo caso, cualquier tribunal que ejerza jurisdicción en asuntos de familia, fiscal del Ministerio Público o juez de garantía según corresponda, que tome conocimiento de una demanda o denuncia por actos de violencia intrafamiliar, deberá, de inmediato, adoptar las medidas cautelares del caso, aun cuando no sea competente para conocer de ellas”.

Las normas antes expuestas resultan fundamentales ya que a la violencia que sufren los niños al interior de las familias a través del maltrato físico y psicológico, se suman los delitos sexuales que sufren los menores de 18 años cuando éstos son cometidos por algún miembro de su propia familia.

Lo anterior cobra especial relevancia considerando la realidad a la que se enfrenta diariamente la Fiscalía, al momento de solicitar de estos tribunales la adopción de alguna medida de protección en favor de niñas, niños y adolescentes, víctimas de delitos. Las dificultades presentadas por los jueces al momento de decretar medidas cautelares en casos urgentes o de riesgo inminente, como la determinación de un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes, ha impuesto a las Fiscalías Regionales la necesidad de generar espacios de discusión y coordinación con los Tribunales de Garantía a fin otorgar dicha protección de una forma oportuna y expedita.

La adopción rápida y oportuna de medidas de protección en favor de niños, principal objetivo de este modelo de atención, y que debe ser uno de los objetivos principales que guíe el actuar proactivo de los fiscales, es limitada desde el rol de la Fiscalía si no se cuenta con el apoyo de los jueces, especialmente de los jueces de garantía, quienes por su cercanía con los fiscales y la rapidez y oportunidad en la comunicación, son los llamados a facilitar la adopción de dichas medidas aun cuando éstas sean transitorias, ello a la espera de un pronunciamiento definitivo de los Tribunales de Familia. Por otra parte, resulta

también importante establecer coordinaciones y procedimientos para facilitar la rendición de prueba anticipada de las víctimas de delitos sexuales menores de 18 años con los mismos resguardos y garantías con que prestan declaración hoy día los niños, niñas y adolescentes en el Tribunal Oral en lo Penal (utilización de circuito cerrado, biombo, etc.).

c. Tribunales de Familia

Tratándose de delitos cometidos al interior de la familia incluidos los delitos sexuales, en su gran mayoría, los casos ingresan al sistema a través de la denuncia que se realiza en Carabineros de Chile o bien en las mismas Fiscalías.

De esta forma, es responsabilidad de los fiscales adoptar las medidas de protección más urgentes e inmediatas y poner en conocimiento de los Tribunales de Familia dichas denuncias, con el objeto de que el Tribunal pueda intervenir de la forma más eficiente y oportuna. Lo anterior requiere de una coordinación estrecha entre ambas instituciones con el fin de protocolizar procedimientos que permitan agilizar y hacer más eficiente la entrega de información y el aporte de antecedentes para que el Tribunal pueda adoptar medidas de protección más efectivas, informadas y oportunas. Asimismo, dicha coordinación persigue establecer canales de comunicación expeditos que faciliten una relación constante que le dé coherencia a las intervenciones. Lo anterior, considerando que muchas veces nos encontramos con investigaciones complejas en que los Tribunales de Familia mantienen situaciones que ponen en riesgo a las víctimas, como por ejemplo, régimen de visitas, custodia al padre agresor, la sobreintervención de la víctima en materia psicosocial, etc.

d. Tribunales Orales en lo Penal

Mantener una eficiente coordinación con los Tribunales Orales en lo Penal ha resultado fundamental ya que, si bien se ha avanzado en lo que dice relación con la adopción de medidas de protección en favor de las víctimas menores de edad durante las audiencias, aún quedan desafíos pendientes que obligan a generar esfuerzos en mantener una relación permanente y fluida.

Los tribunales presentan criterios disímiles entre sí, sobre todo en aspectos tales como la forma de realizar el interrogatorio y contrainterrogatorio a los niños, la forma en que se utilizan las herramientas (circuito cerrado y biombo), la posición frente a los adolescentes, etc.

Enfrentar estos desafíos requiere de un trabajo conjunto entre las fiscalías y los tribunales que facilite la construcción de consensos en torno al principal de los objetivos de este modelo, cual es otorgar una real y adecuada protección a las niñas, niños y adolescentes, durante todo el proceso incluyendo cuando deban concurrir a declarar a un juicio oral.

2. Capacitación de los equipos

El trabajo de capacitación constituye un proceso constante en el cual los profesionales de la URUVIT deben permanentemente recibir herramientas para responder adecuadamente a las exigencias que implica este Modelo de Atención. Además, se debe trabajar con los funcionarios que participen en la realización de las actividades definidas, así como con los fiscales encargados de la investigación de estos delitos y sus equipos, ya que requiere de un alto nivel de coordinación y trabajo conjunto.

3. Registro

En el actual sistema informático OPA, tiene las funcionalidades necesarias para la información, asignación y registro de las actividades definidas en este modelo para la intervención con niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y/o en contexto de violencia intrafamiliar.

RESULTADOS:

Durante el año 2012 se inició la medición de los indicadores de cobertura y oportunidad de este modelo. Así en ese año, de los 28.959 niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y/o en contexto de violencia intrafamiliar, el 85,1% fue evaluado en su situación de riesgo, es decir, el denunciante y/o el referente fue contactado para recoger información que permitiera evaluar el riesgo. El 60,9% de estos contactos se realizó dentro de las primeras 72 horas de ingresado el caso a la Fiscalía.

Durante el primer semestre del año 2013, ingresaron denuncias a la Fiscalía respecto de 13.844 niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y/o en contexto de violencia intrafamiliar. En el 84,4% de estos casos, fue evaluado en su situación de riesgo, es decir, el denunciante y/o el referente fue contactado para recoger información que permitiera evaluar el riesgo. El 77,8% de las evaluaciones se realizó en un plazo de 72 horas desde el ingreso.

Ya implementado el modelo hace dos años, es necesaria la evaluación que permita incorporar modificaciones destinadas a mejorar la calidad de la atención, ya que la cobertura está garantizada y se ha mejorado de manera importante la oportunidad del contacto que permite la evaluación de riesgo. La DAVT en conjunto con las URUVIT está desarrollando este año el trabajo necesario para la incorporación de estas modificaciones. Se ha evaluado como prioritario mejorar el modelo en lo referido al seguimiento de los casos, en el perfeccionamiento de las herramientas utilizadas, y en incorporar indicadores de calidad.

Concluyendo, con este modelo de atención el Ministerio Público está dando una atención prioritaria a estas víctimas más vulnerables conforme al mandato constitucional y legal, sin perjuicio de los desafíos de seguir avanzando en

optimizar su acción maximizando los recursos tanto humanos como materiales, que siempre resultan escasos ante el aumento constante de la demanda de sus usuarios.

IV. Proyecto “Salas especiales para niños, niñas y adolescentes” del Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago

I. Antecedentes generales

Dentro de las iniciativas tendientes a otorgar atención y protección a niñas, niños o adolescentes en el ámbito del proceso penal, resulta necesario destacar el proyecto liderado por los jueces del Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de brindar a estos sujetos procesales una atención especial, en consideración a su menor edad, cuando deben concurrir a declarar a la audiencia de Juicio Oral.

Para estos efectos el proyecto establece la creación de salas especialmente acondicionadas a fin que los niños, niñas y adolescentes puedan prestar declaración en un espacio resguardado, en el cual se sientan tranquilos y seguros, de manera que su concurrencia a dicha audiencia les genere el menor impacto posible. Esta iniciativa fue oportunamente apoyada por ministros encargados de la Reforma Procesal Penal de la I. Corte de Apelaciones de Santiago y de la Excma. Corte Suprema.

Este proyecto tiene por objeto evitar los efectos negativos que produce en los niños, niñas y adolescentes su paso por el proceso penal, especialmente cuando se trata de delitos sexuales, ya que al ser sometidos a interrogatorios en salas de audiencias que resultan ser poco adecuadas para su edad, por personal que no siempre posee las destrezas o la debida preparación para ello, frente al imputado y al público, se produce la consiguiente revictimización, al otorgárseles un tratamiento homologado al que se brinda a las víctimas adultas.

De la revisión de audios de audiencias de juicio oral sobre esta materia, surge claramente que no en pocos casos tanto los jueces como los defensores y los fiscales desarrollan conductas durante el interrogatorio, que en definitiva resultan lesivas para estos niños, niñas o adolescente víctimas o testigos de delitos, especialmente aquéllos de naturaleza sexual. También la cercanía del acusado o la exposición ante un público frente al cual debe relatar los hechos constituye en muchos casos un sufrimiento que menoscaba su integridad psicológica.

Si bien el sistema procesal penal contempla garantías para estos sujetos procesales, no existe en la práctica una adecuación que permita evitar su instrumentalización considerando su condición y edad. Por ello la importancia de esta iniciativa, que aunque se encuentra implementada en carácter de piloto

en el Segundo TOP de Santiago, se espera pueda ser extendida a todos los Tribunales Orales Penales del país, ya que no sólo tiene por finalidad la creación de la sala especial sino también la debida preparación de los integrantes de dichos tribunales para estar en condiciones de entender la problemática de los niños, niñas o adolescentes y los efectos del proceso penal en ellos, considerando su condición de menor de edad.

Este proyecto fue dado a conocer al Ministerio Público y a la Defensoría Penal Pública dado el rol que juega cada una de estas instituciones en el proceso penal.

El Ministerio Público desde la primera convocatoria realizada por parte del Segundo TOP de Santiago, participa en este proyecto, a través de un aporte de ideas, sugerencias y objeciones para su perfeccionamiento. Asimismo, tanto el Ministerio Público como la Defensoría Penal Pública prestaron colaboración a través de fiscales y defensores para participar en actividades de “juego de roles”, lo que permitió apreciar en la práctica el funcionamiento del proyecto.

Los ejes centrales de este proyecto son:

Las salas especiales

Este proyecto tiene como eje la creación de una sala especialmente acondicionada, similar a las Salas Gessel, cuyos elementos generan un espacio acogedor, de intimidad con el menor, que facilita la comunicación y con un mobiliario adecuado.

Esta sala se comunica con la sala de audiencias del tribunal a través de micrófonos y un sistema de circuito cerrado de televisión y pantalla similar al utilizado en las videoconferencias, al cual se agrega un audifono especial o sono pronter.

La creación de una sala acondicionada no es una novedad, como ya se señaló, el legislador la introduce expresamente en el artículo 191 bis, para regular la declaración del menor en el caso de que proceda la prueba anticipada. En este caso se especifica en qué consiste el acondicionamiento que contribuye a evitar los efectos nocivos de la declaración.

Protocolo de comparecencia

La generación de un protocolo de comparecencia que regula el tratamiento que se le dará al niño, niña o adolescente desde su llegada al tribunal también resulta clave. Su declaración misma debe tener lugar en un tiempo próximo a su llegada; su espera se realizará en una sala acondicionada junto a su acompañante evitando en todo momento contacto con el acusado, testigos, peritos u otros intervinientes, y guiado permanentemente por personal interno.

La declaración debe ser tomada por el juez presidente del tribunal en la sala especial, no pudiendo ingresar terceras personas durante la declaración, salvo situaciones particulares autorizadas por el entrevistador.

El resto de los jueces del TOP, intervinientes y acusado permanecen en la sala de audiencias pudiendo observar y escuchar la declaración que se lleva a efecto en la sala especial mediante el sistema señalado, que les permite efectuar las preguntas del interrogatorio o contrainterrogatorio que estimen pertinente a través de quien toma la declaración, y que posee un micrófono especial para dichos efectos.

La toma de declaración a la víctima se inicia con un encuadre que realiza el magistrado y que comprende la presentación y explicación a ésta de cómo se desarrollará el procedimiento, a fin de establecer una comunicación fluida y efectiva. El magistrado efectúa las preguntas solicitadas por los intervinientes sin alterar su sentido ni incorporar nuevos contenidos.

Las objeciones que los litigantes realicen son resueltas por los tres jueces del TOP.

Este procedimiento requiere de una capacitación de los jueces respecto de las características propias de la niñez y adolescencia y sus vulnerabilidades.

Como es posible apreciar, estas acciones constituyen un conjunto de acciones que sólo tienen por fin lograr una adecuación del proceso penal a la situación de estas víctimas, minimizando el impacto que necesariamente produce la naturaleza misma y fines de tal proceso.

Cuestionamientos al proyecto

No obstante los importantes beneficios que significa este proyecto para la debida atención y protección de los niños, niñas y adolescentes, lo cual además implica dar cumplimiento a obligaciones contraídas en el ámbito internacional sobre la materia, han existido ciertos cuestionamientos que pretenden que este proyecto vulneraría el derecho a defensa del acusado, el principio de inmediación y afectaría en definitiva normas procesales relacionadas con el debido proceso, sin que, además, cumpla con el objetivo de protección del niño, niña o adolescente que se persigue. Lo anterior se aborda a continuación:

1. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A DEFENSA DEL IMPUTADO Y GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

El derecho a defensa que le concede, en síntesis, a todo imputado la facultad de participar en el proceso penal, personalmente o a través de un defensor, aportar las pruebas y realizar las alegaciones tendientes a desvirtuar los cargos formulados en su contra, se sostiene por los detractores de este proyecto, que se vería amenazado al no permitir a la defensa acceder directamente al niño,

niña o adolescente y proceder a su conainterrogatorio, afectando además garantías del debido proceso.

En primer término, cabe señalar que las acciones que contiene el proyecto conjugan las que actualmente adoptan los TOP de todo el país con fines de protección, como es el uso de circuito cerrado de televisión para que la víctima declare en una sala contigua, uso de biombos, desalojo del público de la sala, etc., todas éstas son medidas que se ajustan a la legislación vigente, sin que valga la discusión respecto a alguna restricción del derecho a defensa, dado que está en juego la vida o integridad física y psicológica del sujeto protegido.

En segundo lugar, si bien físicamente la víctima se encuentra en una sala anexa, ello no implica que el acusado y su defensor no puedan ejercer el derecho a defensa, debido a que en todo momento están visualizando perfectamente a la víctima en la pantalla, pueden escucharla e interrogarla por conducto del juez, lo cual está acorde con lo que dispone el art. 312 del CPP respecto a que las preguntas sólo se le pueden dirigir por intermedio del presidente de la sala.

De esta manera, el derecho a defensa del acusado no resulta menoscabado por este proyecto, ya que se garantiza su participación y la de su defensor en la audiencia del Juicio Oral, asegurándosele todas las garantías para el ejercicio de sus derechos, pudiendo realizar los interrogatorios pertinentes para sus descargos, sin embargo, negar la posibilidad de desarrollar iniciativas como ésta implica vulnerar derechos de los niños, niñas o adolescentes consagrados constitucionalmente, como su derecho a la vida e integridad física y psíquica y el derecho a que se adopten a su favor medidas de protección.

Por otra parte, existe un cúmulo de normas que nos obligan a actuar como Estado velando por derechos de los niños, niñas o adolescentes, sin dejar de lado aquellas disposiciones que aseguran el derecho a un debido proceso a los imputados. Sin embargo, pretender que existe en este proyecto una colisión de estos derechos que significaría una vulneración de garantías del debido proceso, no es real. Ambos derechos deben ser armonizados a fin de evitar que sean vulnerados en su núcleo esencial. Así, el derecho a la integridad física y psíquica del niño, niña o adolescente debe estar garantizado a través de acciones tendientes a evitar traumas y revictimizaciones producidas por su participación en el proceso penal, facilitándosele tal participación, y por su parte, el derecho del acusado se garantizará si se le permite realizar la defensa correspondiente.

2. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

El principio de inmediación que subyace sobre el proceso penal se sostiene que se vería afectado por no encontrarse todos los magistrados del TOP en la sala de audiencia frente a la víctima que se encuentra declarando, lo que les impediría formarse una opinión sobre este medio probatorio.

Ello no es tal. Hoy en día el uso de las nuevas tecnologías permite esta inmediación no sólo en este proyecto, sino también en casos de declaración de testigos que se encuentran fuera del territorio nacional, por ejemplo.

En este proyecto todos los jueces se encuentran presentes en la audiencia participando en ella, percibiendo la declaración de la víctima, pudiendo intervenir en ella a través de los medios tecnológicos debidamente instalados, como el sono pronter o la pantalla de televisión, lo cual les permitirá formarse la debida convicción sobre los hechos.

En este proyecto tanto la inmediación del tribunal está resguardada como también la atención y protección que corresponde otorgarle a esta víctima, que al declarar en condiciones más acordes a su edad podrá lograrse también un mejor relato, que permita cumplir con los fines del proceso penal.

3. LA RESOLUCIÓN DE LAS OBJECIONES

Otro cuestionamiento dice relación con la resolución de las objeciones que se plantean en la audiencia. El hecho que uno de los miembros del tribunal se encuentre en una sala contigua no atenta contra la posibilidad de dar a conocer su posición frente a una objeción o reposición. Los mecanismos tecnológicos que se utilizan en la sala permiten la comunicación entre los magistrados y la posibilidad de adoptar los acuerdos necesarios para resolver las objeciones que se planteen.

4. LA PARCIALIDAD DEL TRIBUNAL

La argumentación en torno a la reticencia que existiría para que la declaración de las víctimas menores de edad sea tomada por uno de los magistrados en una sala acondicionada, está dada por la posibilidad de que este juez se involucre psicológicamente con el niño, niña o adolescente perdiendo su objetividad y se incline a otorgarle en el hecho una calidad de víctima que aún no está determinada. Parece insostenible este argumento debido a que la actitud del magistrado frente al niño, niña o adolescente se limita a tratarlo teniendo presente esa condición de menor, y así realizar las preguntas en un lenguaje que sea entendible y acorde a la edad del menor, dándole las explicaciones necesarias para que pueda entender el contexto de lo que ocurre. Mantener una actitud cordial que genere confianza, no implica una pérdida de neutralidad.

Hoy en día el niño, niña o adolescente también puede ser interrogado por los tres magistrados en una sala anexa para evitar una revictimización y no se plantea esta pérdida de neutralidad.

5. EL PROYECTO NO CUMPLE CON EVITAR LA REVICTIMIZACIÓN DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE POR EL SISTEMA PROCESAL PENAL

Según el planteamiento la revictimización tiene lugar en las fases previas al juicio oral, por lo que la solución debería focalizarse en dichas etapas.

Al respecto, cabe señalar que en la etapa de investigación el Ministerio Público ha desarrollado un modelo con lineamientos para otorgar una atención y protección a las víctimas menores de edad, lo cual se expone en este trabajo. Sin perjuicio de ello, no es posible sostener que un niño, niña o adolescente que ha sido víctima de un delito de violación por ejemplo, sólo puede ser revictimizado en la etapa de investigación, ya que, en la audiencia de juicio oral debe prestar declaración sobre este grave hecho punible, donde la sola presencia de su agresor le resultará intimidatoria y revictimizante, frente a un conjunto de personas cuya función no entiende y que actúan en pos de dicha función. El interrogatorio en sí también resulta violento no sólo por el relato mismo, en muchos casos la forma en que se realizan las preguntas que se dirigen a ellos no es apropiada para su edad. Pretender que en esta audiencia la inserción de un proyecto como el que se está implementando no cumple con el fin de evitar la revictimización de los niños y adolescentes resulta un desconocimiento de sus derechos.

No se desconoce que es relevante realizar acciones durante la investigación, por ello el Ministerio Público ha desarrollado modelos y lineamientos en este sentido, y se encuentra constantemente revisando sus procesos para seguir avanzando. Esta iniciativa permite conectar el trabajo que se encuentran realizando ambas instituciones y brindar una continuidad durante todo el proceso penal, en la atención y protección de estos menores evitando agravar los efectos que ha producido el delito en ellos. La obligación de todos los operadores del sistema de justicia penal es avanzar en esta materia.

6. SOLUCIÓN LEGISLATIVA

La existencia de un proyecto de ley que establece la realización de una entrevista única, no es posible invocarla como solución a la revictimización que produce en los niños, niñas o adolescentes su paso por el proceso penal, ya que, sin intención de querer entrar a la discusión sobre el contenido de dicho proyecto de ley, basta con señalar que su tramitación podría significar años, en los cuales, muchos niños, niñas o adolescentes ya habrán vivido la experiencia revictimizante que significa el tránsito por dicho proceso, sin que se les hayan garantizado sus derechos. Por ello, las iniciativas en este sentido deben ser analizadas y apreciadas en un contexto normativo amplio.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO INDUSTRIAS CERESITA S.A.

Macarena Cañas Aranda¹

La investigación se inició producto de una denuncia por el delito de cohecho efectuada por el dueño del restorán “El Otro Sitio”, ubicado en el barrio Bellavista, de la comuna de Recoleta; quien declaró que el Director de Obras de la Municipalidad de Recoleta, (en adelante “DOM”), de iniciales C.R.V., le exigió un pago de \$35.000.000 para regularizar ampliaciones en la edificación del restorán que se encontraba en falta dado que tenía vencida la autorización transitoria que el artículo 124 del Decreto Fuerza Ley 458 del año 1975, actualizado por Ley 20.671 del año 2013, Ley General de Urbanismos y Construcciones, (en adelante “LGUC”), otorgada previamente, en virtud de las facultades discrecionales que esa norma entrega al DOM.

A continuación un contribuyente de la Municipalidad de Recoleta, de iniciales B.M.M, denunció al DOM C.R.V por el delito de cohecho consistente en solicitarle \$10.000.000 por sanear irregularmente la ampliación de su local comercial, ubicado en Recoleta, el que también tenía vencida la autorización del artículo 124 de la LGUC.

Se efectuaron diligencias sobre el patrimonio del imputado, en medios de información abierta, inmuebles, vehículos, cargas familiares, información del Servicio de Impuestos Internos que daba cuenta que no tributaba por sobre lo que percibía como funcionario público, cuyo ingreso resultaba evidentemente exiguo para sus bienes y gastos; régimen migratorio, gastos en casinos de juego, TAG de autopistas de sus vehículos, número de teléfonos celulares, etc. Con dicha información se solicitó el levantamiento de secreto bancario de sus cuentas corrientes y otros productos, a lo cual accedió el tribunal, advirtiéndose ingentes ingresos en efectivo que no tenían una explicación coherente desde el punto de vista tributario. A continuación se solicitó autorización judicial para ingreso, registro e incautación respecto de las oficinas de la DOM de la Municipalidad de Recoleta, incautándose todas las carpetas de edificación que tenía al interior de su oficina el DOM C.R.V., más otras desde el Departamento de Edificación. Se incautó entre los documentos personales una lista a mano alzada con los nombres y pagos de las sumas solicitadas por el DOM C.R.V a los contribuyentes; documento que posteriormente fue periciado caligráficamente, estableciéndose su autoría.

1 Fiscal Adjunto de la Fiscalía de Alta Complejidad de la Fiscalía Metropolitana Centro Norte, especializada en Delitos Anticorrupción.

Se formalizó investigación en contra del DOM C.R.V por dos delitos de cohecho conforme al artículo 248 bis del Código Penal y una falsificación de instrumento público conforme a lo dispuesto por el artículo 193 N°4 del Código Penal, en concurso medial. El juez de garantía deniega la prisión preventiva solicitada; se apela por la Fiscalía, conociendo de los antecedentes la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, la que revoca la resolución y la reemplaza decretando la prisión preventiva. Ante esta resolución, el DOM C.R.V se fuga durante 40 días y, existiendo orden de detención pendiente en su contra y realizadas múltiples diligencias, entre ellas entrevistas a sus familiares, quienes niegan haberle visto, finalmente se pone a disposición del tribunal mediante solicitud de audiencia para prestar declaración conforme al artículo 98 del Código Procesal Penal; durante el desarrollo de la audiencia se le contrasta con la existencia de los depósitos en sus cuentas corrientes, no pudiendo ofrecer una explicación razonable. Se ordena su ingreso a centro preventivo de Gendarmería.

A partir de las declaraciones obtenidas en dependencias de la Municipalidad de Recoleta el día de la ejecución de la orden de ingreso, registro e incautación y del análisis de los documentos incautados, se advierte que existe una empresa denominada “CARPEDIEM”, representada por su gerente general Doña M.C.M, que solicita las regularizaciones de la mayoría de las carpetas de edificación que se encontraban en el escritorio del D.O.M C.R.V. Al mismo tiempo, comienzan a llegar espontáneamente contribuyentes de Recoleta a declarar a la Fiscalía, indicando que el DOM los acosaba con multas o amenazas de clausura, y les señalaba que los arquitectos que contrataban no podían avanzar, que eran de mala calidad y que por tanto debían contratar a doña M.C.M de CARPEDIEM o al arquitecto E.F.del V.

Es así que se identifican a nueve contribuyentes más; los que pagaron diversas cifras a M.C.M, desde \$5.000.000 hasta aproximadamente \$20.000.000, quienes declararon haberse sentido sin opción frente a la recomendación del D.O.M de contratar a dicha empresa o arquitectos.

M.C.M, sabiendo que había investigación en su contra y siendo amenazada por el DOM C.R.V, durante el período en que se encontraba prófugo se autodenuncia, coopera con la investigación y revela que ella no era profesional, razón por la cual C.R.V. le exigía entregar la mitad de los honorarios que recibía, señala además que la empresa de pinturas CERESITA es el último trabajo que C.R.V. le ha encomendado porque es muy difícil.

En efecto, INDUSTRIAS CERESITA S.A. está instalada en la comuna de Recoleta desde el año 1945. La ciudad crece rodeándola de habitantes y los cambios en los planos reguladores del Área Metropolitana y de la comuna de Recoleta, creada en el año 1992, con su instrumento de planificación urbana afinado en febrero de 2005, determinan que INDUSTRIAS CERESITA S.A, industria productiva y molesta (al menos) está mal emplazada y debe

salir de la comuna. Sin embargo, durante al menos los últimos 20 años inexplicablemente no ha recibido multas, no ha sido clausurada, no tiene permiso de edificación al día y no tiene recepción final de obras, sin perjuicio de ello obtiene patentes municipales, que le permiten operar.

En su declaración, M.C.M indica que C.R.V. ideó sujetar a la Industria Ceresita S.A a la norma discrecional contenida en el artículo 2.1.28 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, en adelante “OGUC”, mediante la cual el DOM C.R.V puede autorizar a una industria a permanecer en radio urbano, en la medida que cuente con certificación de inocua de la autoridad ambiental, más otra serie de requisitos. El espíritu de esa norma jamás ha sido el facilitar el desarrollo de una industria en medio de la comunidad, por el contrario, se debe aplicar en forma restrictiva, tan sólo en casos equivalentes a una bodega de almacenamiento, pues se trata de una norma que puede hacer excepción al espíritu de la LGUC y de la OGUC, al instrumento de planificación regional y comunal, y su interpretación debe efectuarse en coherencia con los intereses de la comunidad circundante.

M.C.M señala en su declaración que en virtud del encargo del DOM C.R.V sobre regularizar los documentos de INDUSTRIAS CERESITA S.A al interior de la DOM con la finalidad de aplicar la norma citada, le indicó que debía relacionarse con la Gerente de Recursos Humanos de dicha empresa doña M.C.V.C, con quién él ya se encontraba de acuerdo. Se pidió autorización al tribunal para ingresar, registrar e incautar al interior de INDUSTRIAS CERESITA S.A, realizándose la diligencia con el apoyo de todas las especialidades del Laboratorio de Criminalística de Policía de Investigaciones y de la Brigada Investigadora de Delitos Económicos, con la finalidad de obtener una imagen del funcionamiento de la industria, que permitiese posteriormente evidenciar que técnicamente se encontraba fuera de norma, por ejemplo, niveles de ruido, producción industrial de pinturas, adosamiento a casas vecinas, inobservancia del distanciamiento, almacenamiento de elementos peligrosos, etc. Además se incautan correos electrónicos que evidencian que la relación desde INDUSTRIAS CERESITA S.A con el DOM C.R.V, fue desarrollada por la gerente de recursos humanos recientemente contratada, quien en definitiva es la que realiza el acuerdo con el DOM para que se resuelva el otorgamiento de las autorizaciones y, bajo la fachada de un contrato con la gerente general M.C.M. de la empresa CARPEDIEM, se acuerda un pago de \$40.000.000; en circunstancias que una tramitación de impacto ambiental mediana no supera actualmente en el mercado los \$10.000.000 de pesos. Este contrato fue el medio para cubrir la triangulación de dineros, desde INDUSTRIAS CERESITA S.A hacia el D.O.M C.R.V, dado que recibe en su cuenta corriente un depósito con documentos consistente en un cheque de M.C.M como representante de CARPEDIEM por la suma de \$10.000.000 a los pocos días de la celebración del contrato, con el fin de evitar la fiscalización y clausura.

Con la investigación patrimonial y societaria de INDUSTRIAS CERESITA S.A y el análisis de las pericias y las declaraciones de los empleados, que daban cuenta que jamás habían recibido capacitación o información sobre prevención de delitos, se procede a formalizar investigación por cohecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 248 bis del Código Penal en contra de la gerente general de CARPEDIEM, doña M.C.M. (junto a 8 delitos más de cohecho), en contra del arquitecto E.F.del V, quién reconoce haber recibido clientes de la comuna de parte del DOM C.R.V por lo cual le entregó la mitad de todos los honorarios que obtuvo, y finalmente a la gerente de recursos humanos de INDUSTRIAS CERESITA S.A doña M.C.V.C.

La defensa privada de INDUSTRIAS CERESITA S.A, advierte que la investigación se dirige en su contra por aplicación de la Ley N°20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, quienes luego de analizar el mérito de la investigación aceptan someterse a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 20.393, esto es celebrar una suspensión condicional del procedimiento. La característica que define los términos de la presente suspensión es que consistente en una OBLIGACIÓN DE HACER, no radica en la simple entrega de una suma de dinero, por el contrario, se trata de una serie de condiciones exigentes que conducen finalmente a la construcción de un parque arbóreo con elevado nivel de implementación en terrenos donados por la empresa, pues debe hacer abandono de la comuna de Recoleta, debiendo también mejorar y dotar a cuatro zonas de pequeñas plazas o parques cercanos, con similar nivel de implementación de juegos e implementos. También debe hacer un circuito de conexión entre ellos, mediante la mejora de veredas, para generar un sistema continuo de zonas de trote o caminata; pintar las fachadas de una importante cantidad de casas aledañas, aplicar un sistema de prevención de delitos o “compliance” al interior de la empresa, dotar de kits de emergencias a los servicios primarios de salud y poner un letrero en cobre y madera que este parque se construye en virtud a la aplicación de la Ley 20.393.

Al investigar los hechos pude entrevistar a los vecinos, me constituí en el registro a la Industria Ceresita S.A, recorrí las calles varias veces, miré las casas, las personas y el impacto que tiene una empresa de esa envergadura en la comunidad que la rodea. Ví por ejemplo que en los techos de las casas vecinas había un polvillo fino de residuos de la producción de pintura en polvo; ví que las esquinas estaban rotas por el paso de los camiones que no dan bien las vueltas, es decir, durante 50 años la comunidad ha soportado a un vecino molesto que además producía pintura en polvo, lo que significaba que una chancadora o moledora operaba de día y de noche, como un gran martillo ruidoso y polvoriento sobre sus cabezas.

Al revisar el expediente de edificación de la Industria Ceresita S.A en la DOM se aprecia que no hubo interés por parte de la empresa en regularizar

su situación, que respecto de la DOM no tuvo prácticamente ningún impulso individual en fiscalizarla, salvo una vez en el año 2006 por reclamos de vecinos y en el año 2011 por denuncia de un concejal al Consejo Municipal que en definitiva fue lo que determinó que la gerente de recursos humanos M.C.V.C negociara con el D.O.M C.R.V. el pago de una suma de dinero o “coima” a través de una contratación ficticia a la empresa CARPEDIEM, mediante el cual se obligaba a obtener el pronunciamiento favorable del DOM en orden a aplicar esta norma discrecional prevista en el artículo 2.1.28 de la OGUC.

Al ver la afectación de la vida de la comunidad circundante a la Industria Ceresita S.A ubicada en calle Gabriel Palma 820, quienes en definitiva son los verdaderos beneficiados de esta suspensión condicional del procedimiento, permite al Ministerio Público llegar a la comunidad de Recoleta de una forma única, cual es, poder intervenir “positivamente” en sus condiciones de vida, incluso mejorándolas, al lograr que Industrias Ceresita S.A abandone la comuna de Recoleta y en su lugar quede la instalación de un conjunto de parques interconectados, muy bien implementados de juegos, máquinas de ejercicios, canchas deportivas, árboles y senderos.

Formalización investigación

CERESITA SOCIEDAD ANÓNIMA, RUT 91.666.000-6

Cohecho art. 250 del Código Penal en relación al artículo 248 bis del mismo código y artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ley 20.393.

I. ANTECEDENTES

La Fiscalía investiga hechos constitutivos del delito de cohecho, dispuesto en el artículo 250 del Código Penal, y atribuye responsabilidad penal en ellos a la persona jurídica individualizada como CERESITA S.A., RUT. 91.666.000-6, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 20.393.

CERESITA S.A., es una persona jurídica de derecho privado y con fines de lucro, constituida el día 8 de febrero del año 1956 por escritura pública suscrita en la Notaría de Santiago de Don Hernán Chadwick Valdés, bajo la razón social Industrias Ceresita S.A., la cual fue modificada en diversas oportunidades, constando la última de ellas en escritura de fecha 22 de octubre del año 2011, otorgada en la Notaría de Santiago de don Cosme Fernando Gomila Gatica.

La relación laboral que vincula a doña M.C.V.C. con la persona jurídica Ceresita S.A. se encuentra acreditada mediante contrato de trabajo, de fecha 20 de diciembre de 2010, en que figura que se le contrata como Gerenta de Recursos Humanos.

II. HECHOS DE LA FORMALIZACIÓN

Por este medio, el Ministerio comunica a la persona jurídica con fines de lucro CERESITA Sociedad Anónima, Rol Único Tributario 91.666.000-6, domiciliada en calle GABRIEL PALMA N.º 820, comuna de Recoleta, y representada para estos efectos por su representante legal y gerente general, señor RODRIGO DE LA CUADRA GARRETON, que actualmente sigue una investigación en su contra, por los siguientes hechos, respecto de los cuales previamente se formalizó a la gerente de recursos humanos de la referida sociedad, doña M.C.V.C., con fecha 13 de julio de 2012:

A partir de junio del año 2011, la sociedad CERESITA S. A., ya individualizada, a través de su gerente de recursos humanos de la época, M.C.V.C., sostuvo reuniones y comunicaciones telefónicas con don C.R.V., a la fecha Director de Obras Municipales de Recoleta, tendientes a obtener autorización provisional de funcionamiento y patente comercial para una planta de propiedad de CERESITA S. A. ubicada en dicha comuna.

En dicho contexto, dada la demora en la tramitación del permiso y patente ya referidos, R.V. sugiere a V.C., en reunión sostenida durante los últimos meses del año 2011, en oficinas del primero, ubicadas en Avenida Recoleta, N.º 2774, piso 4, comuna de Recoleta, que la única forma en que considera posible que CERESITA S. A. obtenga lo solicitado es mediante la contratación de una asesoría externa por parte de la sociedad CARPE DIEM Ltda., poniéndola en contacto con la representante legal de dicha sociedad, doña M.C.M.. Acto seguido, CERESITA S.A. contrata, con fecha 21 de diciembre de 2011, los servicios de CARPE DIEM Ltda. por un monto equivalente en pesos a 1.540 unidades de fomento más IVA. Lo anterior, con miras a obtener el permiso provisorio y patente por un año.

Por su parte, mediante Oficio Ord. 381, de 23 de diciembre del 2011, C.R.V. autoriza un plazo de un año para regularizar la situación de la planta de CERESITA S. A., sin ampararse en norma legal alguna para ello, no obstante que el plazo de 60 días decretado originalmente mediante Oficio N.º 173, de 13 de junio de 2011, había caducado en agosto de 2011.

Finalmente, con fecha 13 de enero de 2012, la sociedad CERESITA S.A. pagó a CARPE DIEM Ltda. la suma de \$20.453.648. De esa suma, M.C.M. depositó con documentos bancarios \$11.000.000 en la cuenta corriente de C.R.V. con fecha 23.01.12. La contratación de servicios que CERESITA S.A. efectúa con CARPE DIEM Ltda. sólo dura dos días, siendo en realidad una forma de triangulación para el pago de un beneficio económico a R.V. y sus cómplices, a cambio de incurrir en las infracciones de deber ya mencionadas y proceder a la aprobación del permiso provisorio y patente comercial relatados.

La imputada V.C. cometió dicho delito en interés directo e inmediato de CERESITA S.A., toda vez que el acuerdo a que arriba con R.V. y los pagos en dicho contexto efectuados, tenían por objeto la consecución de un beneficio improcedente; a saber, que Ceresita S. A. pudiera mantener su planta de Recoleta en funcionamiento, a pesar de no contar con certificado de recepción final de obras, ni autorización sanitaria pertinente de la SEREMI de Salud, ni patente comercial, y en circunstancias que el plan regulador de la comuna de Recoleta prohíbe el giro de Industria en la zona en que se encuentra el inmueble, entre otras irregularidades.

La comisión del delito en comento, fue consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica imputada, esto es, CERESITA S. A., toda vez que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 20.393, esta sociedad no adoptó ni implementó, con anterioridad a los hechos, un modelo de prevención de delitos en los términos del artículo 4° de la misma ley, ni contó con mecanismos para prevenir la conducta de soborno antes descrita.

III. CALIFICACIÓN JURÍDICA

La conducta antes descrita, cometida por la persona jurídica CERESITA S. A. es constitutiva del delito consumado de cohecho, en su modalidad de soborno, en virtud de lo prescrito por los artículos 1 y 3 de la Ley 20.393, en relación con el artículo 250 del Código Penal.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO

Las siguientes condiciones se deberán cumplir en el plazo de 2 años.

1. La empresa Industrias Ceresita S.A, deberá hacer abandono de la comuna de Recoleta, mediante el traslado físico de todas sus faenas industriales y productivas a otros sectores fuera del deslinde comunal de Recoleta, a su elección, cumpliendo para ello la totalidad de normativa medio ambiental.

Para acreditar esta condición se efectuarán visitas en el terreno por parte de funcionarios de la Fiscalía Centro Norte y de la Municipalidad de Recoleta cada tres meses, durante los primeros 5 días del mes respectivo, siendo recibidos por el representante legal de empresas Industrias Ceresita S.A o a quien éste mandate al efecto. El representante legal de empresa Industrias Ceresita S.A o su mandatario procederá a fotografiar los avances y se levantará acta por parte del funcionario de la Fiscalía Regional Centro Norte, cuya copias se entregarán al representante legal de Industrias Ceresita S.A, a la Fiscalía Centro Norte, a la Municipalidad de Recoleta y al Juez Presidente del 3° Juzgado de Garantía de Santiago.

2. La empresa Industrias Ceresita S.A, deberá demoler todas las instalaciones que existen actualmente en la planta o empresa ubicada en calle Gabriel Palma N°820 y que comprende la superficie de 18.621 m² y sus deslindes son conforme a la Resolución Sección 6ª N°8 de 25.04.08 de la DOM Recoleta:

LOTE GABRIEL PALMA N°820

NORTE: En partes de 191.33 metros con calle Gabriel Palma y 16.07 metros con sitios Roles S.I.I. N°3422-55, 3422-56 de la manzana E de la Población Consistorial.

SUR: En partes de 21.36 metros con Población Recoleta y sitios Roles S.I.I. N°3422-09, 3422-10, 3422-11, 3422-12, 3422-13, 3422-14, 3422-15 de la Manzana O de la Población Recoleta, en 34.05 metros con calle El Roble, en 34.91 metros con sitios Roles S.I.I. N°3422-18, 3422-19, 3422-20, 3422-21 de la Manzana O de la Población Recoleta y en 24.22 metros con sitio Rol N°3422-53 de la Población Consistorial.

ORIENTE: En partes de 25.25 metros con sitio Rol N°3422-56 de la Manzana E de la Población Recoleta, en 23.89 metros con Pasaje Chuquicamata, en 40.59 metros con sitios Roles N°3422-53, 3422-52, 3422-51, 3422-50, 3422-49 de la Manzana E de Población Consistorial y en 64.02 metros con sitio Rol N°3422-18 de la Manzana O de la Población Recoleta.

PONIENTE: En partes de 78.97 metros con lotes B, C, D y E, en 62.99 metros con sitio Rol N°3422-15 de la Manzana O de la Población Recoleta.

Cuyo título de dominio se encuentra inscrito a fojas 50198 número 76635 del año 2012 de fecha 9 de agosto del año 2012 a nombre de la Sociedad Mar del Sur S.A RUT 76.182.362-0 la que adquirió el terreno por disolución de la sociedad Inmobiliaria Alcones Limitada según escrituras de fechas 23 de diciembre de 2011 y 11 de abril año 2012 otorgadas en la Notaría de don Cosme Fernando Gomila Gatica repertorios número 14083 y 3827; el título anterior está a fojas 20263 número 32967 del año 2006; a fojas 74627 número 119143 del año 2007 y a fojas 10426 número 16705 del año 2008; del Conservador de Bienes Raíces de Santiago; la inmobiliaria Alcones limitada pasó a dominio de Mar del Sur S.A según título de dominio inscrito a fojas 10409 número 7025 del año 2006 del Registro de comercio de Santiago.

Para acreditar esta condición se efectuarán visitas en el terreno por parte de funcionarios de la Fiscalía Centro Norte y de la Municipalidad de Recoleta cada tres meses, durante los primeros 5 días del mes respectivo, siendo recibidos por el representante legal de empresas Industrias Ceresita S.A o a quién éste mandate al efecto. El representante legal de empresa Industrias Ceresita S.A o su mandatario procederá a fotografiar los avances y se levantará acta por parte del funcionario de la Fiscalía Regional Centro Norte, cuya copias se

entregarán al representante legal de Industrias Ceresita S.A, a la Fiscalía Centro Norte, a la Municipalidad de Recoleta y al Juez Presidente del 3° Juzgado de Garantía de Santiago.

3. La empresa Industrias Ceresita S.A, respecto del predio singularizado en el número 2, deberá acreditar que se encuentra exento de todo riesgo para la salud de la población, conforme a ello, la empresa Industrias Ceresita S.A deberá efectuar un estudio de “Evaluación de Riesgos”, que debe contemplar, a lo menos:

- a. La caracterización del sitio o área de estudio.
- b. Evaluación de la exposición (identificación de población afectada, vías de exposición y dosis de exposición).
- c. Evaluación de toxicidad.
- d. Caracterización del riesgo.

Posteriormente, en el evento que el estudio de “Evaluación de Riesgo” lo exija, se deberá ejecutar un “Plan de Remediación”, con el cual el área remediada quede apta para cualquier tipo de uso de suelo que se le quiera dar en el futuro al terreno, circunstancia que posteriormente será certificada por la SEREMI de Salud Metropolitana.

Dicho estudio deberá ser ejecutado por Fundación Chile, el IDIEM o el DICTUC. Si el estudio determina presencia de contaminantes, se obligarán a efectuar las labores de limpieza necesarias, la que debería ser aprobada por la Seremi de Salud.

Para acreditar esta condición, deberá exhibir y entregar a la Fiscalía Centro Norte del Ministerio Público; al querellante institucional (CDE) y al presidente del 3° Juzgado de Garantía de Santiago, los respectivos informes o certificación que constituye el estudio evaluación de riesgo que establezca la inexistencia de sustancias contaminantes en el predio donado y/o la respectiva certificación de la SEREMI para el caso en que se hubiere llevado a cabo un Plan de Remediación al Parque ubicado en calle Gabriel Palma número ochocientos veinte durante los cinco primeros días del tercer mes a continuación de esta audiencia.

4. La empresa Industrias Ceresita S.A. promete donar al Fisco de Chile, representado por el Ministerio de Bienes Nacionales, 6.000 metros cuadrados del predio ubicado en calle Gabriel Palma N°820 ya identificado mediante sus deslindes en el número 2; con la finalidad de que se transforme en un parque arbóreo, deportivo y social a beneficio de la comunidad de personas de la comuna de Recoleta, incorporándose a los bienes nacionales de uso público, afectado a dicho fin. Para ello procederá a donar el referido inmueble cuya cabida no podrá ser inferior a 6.000 metros cuadrados y su metraje no podrá

ser inferior a una extensión lineal de 125,1 metros al norte, 124,9 metros al sur, 44,53 metros al poniente y 51,38 metros al oriente.

Con todo, se hace expresa mención a que esa transformación o destinación es el motivo o causa que lleva a CERESITA S.A. a efectuar la liberalidad, sin importar ello un modo para ningún efecto legal.

Esta promesa de donación futura implica, además del acto de donación, cumplir el control ambiental previo, y las normas del procedimiento administrativo establecido para que los órganos y servicios públicos incluidos en la Ley de Presupuestos acepten y reciban donaciones de bienes.

Dicha donación y transferencia de dominio se efectuará entonces conforme al procedimiento establecido en el D.L 1.939 de 1977, artículo 4 de la Ley N°19.896 y D.L 1263, para que la donación sea aceptada por resolución del Subsecretario de Bienes Nacionales, previa autorización del Ministerio de Hacienda; resolución que quedará afecta o exenta del trámite de toma de razón de acuerdo a si la donación excede las 5.000 UTM.

La donación deberá realizarse con la condición número 3 debidamente cumplida. Conforme a lo anterior, con el único fin de facilitar el cumplimiento de la condición, y sin perjuicio de las modificaciones y requisitos que sobre el particular pudiera imponer el Ministerio de Bienes Nacionales, u otra entidad involucrada en la donación y transferencia de dominio del inmueble, son requisitos del procedimiento los siguientes:

1. Presentar en la Seremi Metropolitana de Bienes Nacionales, el “Formulario de oferta de Donación de Inmueble al Fisco”, con individualización completa del donante y del inmueble objeto de donación.
2. Acompañar al mismo los siguientes documentos y antecedentes que permitan la identificación completa del donante:
 - a. Copia legalizada de la escritura de constitución social y sus modificaciones del donante.
 - b. Certificado de vigencia de la sociedad.
 - c. Personería o delegación de poderes del representante legal con antigüedad máxima de un año.
 - d. Título de dominio de la propiedad.
 - e. Certificado de dominio vigente del inmueble.
 - f. Certificado de hipotecas y gravámenes, certificado de interdicciones y prohibiciones de enajenar, certificado de litigios y declaración de bien familiar.

- g. Estudio de títulos de la propiedad, realizado y firmado por abogado responsable, que abarque un período no inferior a 10 (diez) años.
- h. Certificado de pago de contribuciones emitido por la Tesorería General de la República, que acredite que el inmueble particular se encuentra con sus pagos al día, o en su defecto se encuentra exento de pagos de este impuesto territorial.
- i. Certificado de avalúo fiscal vigente del semestre, con indicación del respectivo rol de avalúo, emitido por el Servicio de Impuestos Internos.
- j. Plano del inmueble con indicación de su superficie, cuando exista en poder del donante.
- k. Minuta de deslindes, cuando exista en poder del donante.
- l. Tasación del inmueble efectuada por la Seremía respectiva.
- m. Autorización realizada por el Ministerio de Hacienda aceptando la donación.
- n. Certificados de pagos de servicios básicos del inmueble.

Certificado del servicio de Vivienda y urbanismo (SERVIU) y Departamento de Obras Municipales (DOM), que acrediten que la propiedad no se encuentra sujeta a expropiación y/o remodelación.

Para acreditar esta condición, deberá exhibir a la Fiscalía Centro Norte copia de la presentación timbrada del Formulario de Oferta de Donación de Inmueble al Fisco efectuada ante la SEREMI de Bienes Nacionales. Deberá informar a la Fiscalía Centro Norte, a la Municipalidad de Recoleta y al Juez Presidente del 3° Juzgado de Garantía de Santiago, cada tres meses, durante los primeros 5 días del mes respectivo, los avances en el proceso de donación.

Esta condición sólo se encontrará cumplida con la exhibición y entrega de copias autorizadas de los nuevos títulos de dominio del Parque ubicado en calle Gabriel Palma N°820 a favor del Fisco de Chile, durante una audiencia convocada a ese efecto por resolución judicial del 3° Juzgado de Garantía de Santiago.

5. La empresa Industrias Ceresita S.A efectuará una contribución a la comunidad de personas de la comuna de Recoleta, desarrollando un sistema interconectado de Parques a partir de la donación de los terrenos ya indicados dentro del terreno industrial y comercial ubicado en calle Gabriel Palma N°820. Para lo anterior, procederá a construir un parque en este terreno, dotado de una cancha de fútbol, paseos peatonales, senderos, juegos infantiles, implementación deportiva estacionaria, césped, flores, iluminación, etc., cuyo detalle, especificaciones y valor de cada uno de los elementos de la inversión se encuentran definidos en el documento de Word que se exhibe en esta audiencia y se pide al tribunal lo tenga como integrante de esta suspensión

condicional del procedimiento. Además este sistema interconectado de parques, abarcará físicamente el mejoramiento vía inversión e implementación de paseos peatonales, senderos, juegos infantiles, implementación deportiva estacionaria, césped, flores, iluminación, etc., cuyo detalle, especificaciones y valor de cada uno de los elementos de la inversión se encuentran definidos en el documento de Word de las Plazas San Rafael, cuya superficie es de 700 metros cuadrados ubicada en Alfredo Lobos con Pasaje Emilio Álvarez; Plaza Alfonso Ortega con una superficie 1190 metros cuadrados ubicada en calle Obispo San Miguel/Padre Antonio Correa; Plaza José María Caro con una superficie 400 metros cuadrados ubicada en Obispo Diego de Medellín con Padre Antonio Correa; Plaza La Consistorial superficie 1.718 metros cuadrados ubicada en calle Gabriel Palma con el Teniente.

Asimismo, reparará, mejorará, reemplazará y/o construirá un paseo peatonal en las veredas del circuito identificado en extensión y calidad conforme el documento de Word que se exhibe en esta audiencia, de la calle Gabriel Palma que unirá física y conceptualmente el parque donado y las plazas intervenidas.

Para acreditar esta condición se efectuarán visitas en el terreno por parte de funcionarios de la Fiscalía Centro Norte y de la Municipalidad de Recoleta cada tres meses, durante los primeros 5 días del mes respectivo, siendo recibidos por el representante legal de empresas Industrias Ceresita S.A o a quien éste mandate al efecto. El representante legal de empresa Industrias Ceresita S.A o su mandatario procederá a fotografiar los avances y se levantará acta por parte del funcionario de la Fiscalía Regional Centro Norte, cuyas copias se entregarán al representante legal de Industrias Ceresita S.A, a la Fiscalía Centro Norte, a la Municipalidad de Recoleta y al Juez Presidente del 3° Juzgado de Garantía de Santiago.

6. La empresa Industrias Ceresita S.A pintará las fachadas correspondientes a las casas utilizadas como habitación y que enfrenten a las siguientes calles:

- a) Gabriel Palma, entre Avenida Diagonal José María Caro y Calle Alfredo Lobos.
- b) Obispo San Miguel, entre las calles Gabriel Palma y Padre Antonio Correa.
- c) Alfredo Lobos, entre las calles Gabriel Palma y Emilio Álvarez.
- d) Todas las casas utilizadas como habitación que enfrenten a las siguientes plazas:
 1. Plaza Consistorial.
 2. Plaza José María Caro.
 3. Plaza Alfonso Ortega.
 4. Plaza San Rafael.

Se utilizara pintura Látex Exterior y en su momento se entregaran 5 opciones de colores para que los vecinos puedan escoger.

Para acreditar esta condición deberá entregar fotografías de cada casa pintada a la Fiscalía Centro Norte, a la Municipalidad de Recoleta y al Juez Presidente del 3° Juzgado de Garantía de Santiago durante los cinco primeros días del décimo octavo mes a continuación de esta audiencia.

7. Equipará a todos los consultorios de la comuna de Recoleta con un equipo para enfermedades respiratorias consistente en:

- Entrega de kits emergencias respiratorias.
- Aerocámaras adulto (8 unidades).
- Aerocámaras infantil (4 unidades).
- Cánula nasal pediátrica (6 unidades).
- Cánula nasal adulto (12 unidades).
- Máscara ventury pediátrica (6 unidades).
- Máscara ventury adulto (12 unidades).
- Nebulizador ventury aerosol ad (20 unidades).
- Nebulizador ventury aerosol ped (20 unidades).
- Mascarilla de alta protección tbc n95 para personal sanitario (10 unidades).
- Mascarillas 50 cajas por 50 unidades.
- Inhalador salbutamol de 100 mg (10 unidades).
- Prednisona de 5 mg 25 cajas cada una de 25 tabletas.
- Hidrocortizona de 100 mg dos cajas por dos ampollas.
- Suero fisiológico amp 20 ml 20 cajas de 20 ampollas.

Para el cumplimiento de esta condición, deberá proceder a entregar los kits directamente al Alcalde de la Municipalidad de Recoleta, debiendo obtenerse fotografías por parte del representante legal de empresa Industrias Ceresita S.A o su mandatado y levantar un acta o registro de recepción por parte de la Municipalidad de Recoleta que será entregada a la Fiscalía Centro Norte y al Juez Presidente del 3° Juzgado de Garantía de Santiago durante los cinco primeros días del segundo mes a continuación de esta audiencia.

8. Aplicará el modelo de prevención de delitos que establece la Ley 20.393, conocido como compliance, debiendo exhibir y entregar a la Fiscalía Centro Norte y al Juez Presidente del 3° Juzgado de Garantía, la certificación y documentos que acrediten la aplicación del modelo, su evaluación y sistema de control permanente.

Para el cumplimiento de esta condición deberá entregar los citados documentos a la Fiscalía Centro Norte y al Juez Presidente del 3° Juzgado de Garantía de Santiago durante los cinco primeros días del sexto mes a continuación de esta audiencia.

9. La empresa Industrias Ceresita S.A aceptará que los antecedentes de la investigación sean utilizados para fines académicos y para estudio de modelos de prevención de delitos.

10. La empresa Industrias Ceresita S.A deberá instalar un letrero de 2.00 metros por 1.50 metros de madera y cobre en el que se indicará que efectúa la donación de los terrenos, del parque y del sistema de parques interconectados en cumplimiento al acuerdo celebrado con esta fecha con la Fiscalía Centro Norte, y en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 20.393.-

Para el cumplimiento de esta condición deberá proceder a instalar el letrero en un lugar visible de los terrenos donados y fotografiar su instalación, entregando las fotografías a la Fiscalía Centro Norte; a la Municipalidad de Recoleta y al Juez Presidente del 3° Juzgado de Garantía de Santiago durante los cinco primeros días del sexto mes a continuación de esta audiencia.

Cuya descripción indicará la siguiente leyenda: “Este parque se dona a beneficio de la comunidad de Recoleta por parte de la empresa Industrias Ceresita S.A, en cumplimiento al acuerdo celebrado con fecha 30 de abril del año 2013 con la Fiscalía Regional Centro Norte y en cumplimiento a lo dispuesto en la ley 20.393”.

LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LOS ÓRGANOS DE LAS EMPRESAS, EN RELACIÓN CON LOS PRESUPUESTOS PARA QUE LAS ACCIONES REALIZADAS POR PERSONAS INDIVIDUALES LES PUEDAN SER IMPUTADAS, CUANDO ÉSTAS EXCEDEN EL ÁMBITO PROPIO DEL GIRO DE LA EMPRESA

Roberto Morales Peña¹

El tema planteado requiere en primer lugar analizar los presupuestos de imputación requeridos para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas², para luego abocarnos a estudiar cómo resuelve la ley chilena la imputación a los órganos de las empresas cuando personas individuales que trabajan en ellas exceden el giro de la misma. Es decir, bajo qué condiciones la responsabilidad por las acciones ilícitas de personas naturales, que exceden sus atribuciones, pueden generar responsabilidad penal en la empresa.

Es necesario señalar que el sistema de imputación de responsabilidad penal a personas jurídicas chileno establece un modelo de responsabilidad penal por “Defecto de Organización”, o falta de prevención o incompleta/insuficiente prevención de la persona jurídica. En consecuencia, el delito tiene que haber sido cometido por alguno de los sujetos dotados de dirección y supervisión señalados en el artículo 3° de la ley y ello debe haber sido posible a consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de la empresa.

En doctrina comparada se lo llama modelo de “Culpabilidad de Organización”³ y en lo esencial requiere, para la legitimación de las sanciones penales a las personas jurídicas, la comprobación de un déficit organizativo que haya posibilitado la comisión del delito de los órganos, equivalente a la culpabilidad de las personas individuales en la forma de una culpabilidad de organización. De esta manera se daría cumplimiento al principio de culpabilidad, déficit

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

2 Para el análisis del tema se tuvo en consideración la Ley N°20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Chile, particularmente los artículos 3, 4 y 5.

3 BACIGALUPO, Enrique. Compliance y Derecho Penal, p. 82 cita 205 Confr. TIEDEMANN, Klaus, Wirtschaftsstrafrecht, AT, 2ª edición, 2007, págs. 136 y ss; BACIGALUPO, Silvina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, 1998, pp. 1567 ss (193 y ss.); GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Fundamentos Modernos de la Culpabilidad Empresarial, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008, p.180.

que presentaría el otro modelo presente en la legislación comparada llamado modelo de Transferencia de Responsabilidad^{4 5}.

I. Presupuestos de imputación de la persona jurídica

El modelo de atribución de responsabilidad penal opera en base a presupuestos “copulativos” que se encuentran descritos en el artículo 3 de la Ley 20.393 y cuya carga probatoria, de cada uno de ellos, será del Ministerio Público.

Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

4 El modelo de la imputación (transferencia): en este modelo el hecho cometido por los administradores y representantes se imputa directamente a la persona jurídica. No es un modelo en el que, en principio, sea compatible la sanción conjunta tanto a la persona física como a la jurídica; pues, se trata de un hecho cuya responsabilidad se transfiere. Véase en LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J. “Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas: Ley 5/2010”, p. 12.

5 HERNÁNDEZ, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, *Polít. crim.* Vol. 5, N°9 (Julio 2010), Art. 5, pp. 2110.

1er. presupuesto: Persona individual del artículo 3° debe ser autor de alguno de los delitos señalados en el artículo 1° de la Ley N°20.393⁶

“Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos ...por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión...”.

“Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior”.

Afirma el legislador que la persona jurídica será responsable de los delitos de lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y cohecho de funcionarios nacionales o extranjeros que fueren cometidos por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión⁷. Asimismo, la empresa será responsable de los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados anteriormente.

La amplia descripción de cargos que hace el inciso primero del artículo 3°, respecto de las personas naturales que generan responsabilidad en las personas jurídicas, obedece a la intención del legislador de abarcar la mayor cantidad posible de individuos que al interior de una persona jurídica⁸ desempeñan o tienen facultades de dirección y supervisión, pues entiende que son ellos quienes toman las decisiones de la empresa. De tal forma que si, en tanto personas naturales, pero actuando dentro de las calidades descritas en el artículo 3, realizan algún hecho ilícito de los descritos en el artículo 1° de la Ley N°20.393, posibilitan que le sea atribuida responsabilidad penal a la persona jurídica

6 “Artículo 1°.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N°19.913, en el artículo 8° de la ley N°18.314 y en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.

En lo no previsto por esta ley serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal y el Código Procesal Penal y en las leyes especiales señaladas en el inciso anterior, en lo que resultare pertinente.

Para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal.

7 Podemos encontrar ejemplos, a modo ilustrativo, de controlador en el art. 97 Ley de Mercado de Valores N°18.045, de ejecutivos principales en el art. 68 Ley de Mercado de Valores N°18.045, de representantes en el art. 551 Código Civil.

8 Persona Jurídica y Empresa se utilizarán como sinónimos en este trabajo para efectos de facilitar la redacción y por lo tanto tendrá que entenderse que nos estamos refiriendo en ambos casos a sociedades legalmente constituidas.

en cuyo nombre actúan, de modo que facultan a la Fiscalía para iniciar una investigación en forma separada o conjunta, en contra de la empresa y de ellos mismos, en tanto personas individuales.

En la descripción anterior se ha mencionado a los dueños y a la plana mayor gerencial de una empresa y a todos quienes ejercen el control de ella. Sin embargo, en el inciso segundo del mismo artículo se ha incluido un segundo grupo de sujetos que pudiesen no estar necesariamente vinculados a la cúpula de la organización pero que actúan “bajo la dirección o supervisión directa” de alguno de los individuos mencionados anteriormente. Al respecto diremos que ello dependerá de la estructura de la empresa, de sus funciones y responsabilidades específicas, de la jerarquía que ostente, lo cual será objeto de investigación y prueba por parte del Ministerio Público.

Nos ha parecido adecuada la incorporación de este segundo párrafo pues dada la complejidad de la delincuencia económica, terrorista y de corrupción; y lo ocultas que pudiesen resultar las organizaciones que cometan los delitos de lavado de activos, financiamiento de terrorismo y cohecho, es que el legislador ha extendido la responsabilidad de la empresa incluso a los hechos delictuales cometidos por personas naturales que se encuentran lejos de la cúpula empresarial pero que actúan bajo las órdenes y supervisión de ésta. Lo importante no es el cargo “formal” que ostente la persona sino su poder decisorio “real” al interior de la empresa, que realice actividades de administración y supervisión, lo cual será objeto de investigación y prueba⁹ por el Ministerio Público. Además, en organizaciones criminales complejas quien verdaderamente ostenta el poder y toma las decisiones raramente aparece en los puestos de mando y control, sino que suele operar escondido en un mando intermedio desde donde ordena a otros la ejecución material de un delito. Cabe señalar que en la discusión parlamentaria de esta ley se tuvo este aspecto en cuenta¹⁰.

9 Oficio del Fiscal Nacional del Ministerio Público FN N°440/2010, p. 6.

10 En las actas de la Historia de la Ley N°20.393, p.239. El abogado señor Miguel Chaves señaló que -de acuerdo a la orientación general del proyecto- las personas jurídicas deben tener presente un modelo de organización que impida la realización de los delitos a que la iniciativa se refiere. De esta manera, prosiguió, la responsabilidad fundamental recae en aquellos sujetos que se ubican en la cúspide de la organización, es decir, sus dueños, controladores, ejecutivos principales. Sin embargo, agregó, en organizaciones con cierto grado de complejidad, esas personas actúan a través de unidades o departamentos, de manera que entre éstos y quienes están en la cúspide de la empresa hay una vinculación importante que se expresa en una relación de dirección o supervisión. Esta relación, añadió, debe ser, en todo caso, directa con quien toma la decisión. Concretamente, en el ámbito de la iniciativa en debate, lo que ocurrirá normalmente es que si los directivos máximos de una persona jurídica deciden cometer un delito, no lo materializarán personalmente sino que instruirán para ello a las personas que están bajo su dirección o supervisión. Lo anterior, señaló, es un fenómeno propio de las organizaciones relativamente complejas, en las que se subdivide el modo de actuación.

Cabe señalar que se hace una distinción similar en el artículo 31 bis del Código penal español al afirmarse, en el mismo sentido, de que pueden cometer el delito “por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas”. El profesor Bacigalupo discrepa de esta distinción por “innecesaria y no acertada”¹¹ pues parecería que el déficit de organización habría sido establecido como presupuesto de la punibilidad de las personas jurídicas sólo para el caso de la infracción de deberes de vigilancia de los administradores sobre sus subordinados. Si esto fuera así, en la hipótesis de la responsabilidad de los administradores se habría renunciado al déficit de organización como presupuesto de la punibilidad de la persona jurídica y como elemento legitimador de la misma. Por nuestra parte, estimamos que en la ley chilena ello no es así pues existe un presupuesto específico para el déficit de organización donde la falta del deber de vigilancia es un déficit de la persona jurídica y para suplirlo debe implementar un modelo de prevención y designar un empleado encargado de su implementación y cumplimiento, siendo indiferente si la falta del deber de vigilancia se refiere a un dueño o administrador principal o a un empleado subordinado.

Estimamos que el inciso segundo en comento, podría permitir incorporar a las personas naturales externas que prestan servicios especializados a empresas, cuando actúan bajo la dirección y supervisión de un administrador principal de la empresa contratante. A modo de ejemplo, los abogados, ingenieros, contadores auditores, secretarías, etc. pueden subcontratar sus servicios tanto por conveniencias de carácter laboral como por la ocasionalidad del servicio prestado. Atendido lo anterior, podría señalarse que si ellos trabajan bajo dirección y supervisión directa y cometen uno de los delitos que generan responsabilidad en las personas jurídicas y si, además, se cumplen los demás presupuestos de imputación penal, podrían generar responsabilidad en la persona jurídica principal. Me explico con un ejemplo, si en una licitación pública sobre la prestación de un determinado servicio al Estado, una empresa grande que presenta una importante oferta para adjudicarse una licitación encarga a uno de sus asesores externos especializados que realice una propuesta de cohecho a uno de los funcionarios públicos que resuelve la licitación con el fin de adjudicarse el proyecto. En este caso, sin perjuicio del análisis propio de autoría y participación de la parte general del derecho penal, estimamos que cabría analizar si su actuar pudiese ser abarcado por el inciso segundo del artículo 3° y comprometer la responsabilidad penal de la persona jurídica mandante.

Por otra parte, queda por resolver si también debieran incluirse las empresas externalizadas subcontratadas por las grandes empresas que efectúan las funciones que antes realizaban empleados propios, a saber, servicios de guardias privados, agencias de secretarías, agencias financiera-contables, empresas de colación alimenticia, servicio de correo privado, etc. En principio por tratarse

11 LÓPEZ, J. “La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas: Ley 5/2010”, p. 15.

de empresas y no de personas naturales no debieran quedar comprendidos en el inciso segundo del artículo 3 de la ley, sin embargo habrá que revisar si en el caso concreto el modelo de prevención debió contemplar esta zona de riesgo. Sin embargo, pareciera que con ello se excede lo dispuesto por la norma legal.

La realización de una conducta delictiva por parte de alguno de los sujetos a que se acaba de hacer referencia es presupuesto necesario, pero no suficiente, de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por último, respecto al grado de desarrollo en que se debe encontrar el delito base¹² hemos estimado que no es necesario que la persona natural se encuentre condenada por alguno de los delitos que generan responsabilidad a la persona jurídica para poder abrir por parte del Ministerio Público una investigación en contra de la empresa, sino que bastará que exista una investigación abierta en contra de una de las personas señaladas en el artículo 3° de la Ley 20.393. Encontrándose sustento a esta afirmación en el artículo 20 de la ley citada¹³.

2do. presupuesto: Directa e inmediateamente en interés o provecho de la persona jurídica

“Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediateamente en su interés o para su provecho”.

Es decir, los delitos cometidos por las personas individualizadas en el art. 3 deben ceder necesariamente en interés de la persona jurídica o para su provecho. Con ello se quieren fundamentar las responsabilidades penales que recaerán en la empresa pues el hecho delictual fue cometido para su beneficio, que puede ser material o inmaterial¹⁴. Ej. Beneficio patrimonial, desplazar del mercado a algún competidor, obtener reputación, adjudicarse una licitación, etc.

Además, los delitos base deben ser cometidos directa e inmediateamente: Directa: derecho o en línea recta. Que va de una parte a otra sin detenerse

12 Denominaremos delito base al lavado de activos, financiamiento de terrorismo y cohecho a funcionario público nacional o extranjero, pues son los únicos delitos que posibilitan atribuir responsabilidad a las personas jurídicas cuando concurren con los demás presupuestos de imputación penal.

13 Artículo 20 de la Ley N°20.393: “Investigación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si durante la investigación de alguno de los delitos previstos en el artículo 1°, el Ministerio Público tomare conocimiento de la eventual participación de alguna de las personas indicadas en el artículo 3°, ampliará dicha investigación con el fin de determinar la responsabilidad de la persona jurídica correspondiente”.

14 La misma exigencia está ya establecida respecto del cohecho a funcionario público extranjero, art. 251 bis CP: “El que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero un beneficio económico o de otra naturaleza”.

en puntos intermedios.¹⁵ e Inmediatamente: contiguo o muy cercano. Que sucede enseguida, sin tardanza.¹⁶

El mismo artículo 3° incorpora una de las principales situaciones que exculpan a la persona jurídica al señalar en su inciso final:

“Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero”.

Por último, este párrafo incorpora una exclusión de la responsabilidad de la empresa pues en caso de que la persona natural haya actuado sin la intensión o instrucción de beneficiar a la empresa sino que con el solo objetivo de obtener un beneficio personal o para un tercero carece de sentido atribuir responsabilidad a la primera. Por otra parte, en el caso que el delito sea cometido en ventaja o beneficio de ambos, del autor o de un tercero y también de la persona jurídica, ello no elimina este presupuesto de culpabilidad para la empresa.

La razón tenida en cuenta para no atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica cuando el delito es cometido por una persona individual en exclusivo interés propio o de un tercero, radica en que en tal situación no parece razonable sostener que la orden de delinquir se generó en la empresa pues no la beneficia y, a contrario sensu, excluye la posibilidad que un empleado disconforme o con el interés de dañar a la empresa cometa el delito con el único y exclusivo fin de perjudicar a la persona jurídica y posibilitar que se inicie una investigación en su contra. En esa situación se abrirá una investigación penal en contra de la persona natural por su responsabilidad en el delito cometido pero no en contra de la persona jurídica.

3er. presupuesto: comisión del delito por incumplimiento de deberes de dirección y supervisión

“Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente”.

La responsabilidad de la persona jurídica no radica tanto en el conocimiento que tenga de la comisión de un ilícito sino por el deber que tiene de adoptar las medidas de prevención para evitar la comisión de delitos, la sanción a la empresa es por defecto de organización. Es decir, deriva del incumplimiento o cumplimiento imperfecto de los deberes de dirección y supervisión que no evitan la comisión de delitos por alguna de las personas naturales señaladas en

15 RAE.

16 RAE.

el artículo 3°. Por tal razón, en el artículo 4°¹⁷ de la Ley N°20.393 se estable-

17 Artículo 4°.- Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:

1) Designación de un encargado de prevención.

a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la "Administración de la Persona Jurídica", deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.

b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.

2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.

La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:

a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.

b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.

El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.

b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

cen los requisitos mínimos que debe contemplar un modelo de organización, administración y prevención. Sin embargo, este es facultativo como asimismo su certificación. Estimamos que su correcta implementación permitirá a la empresa alegar el cumplimiento de este presupuesto y desligar su responsabilidad para con la comisión del hecho delictivo.

Sin embargo, la calidad del modelo así como su adopción e implementación serán puestas a prueba por la Fiscalía, que comprobará la idoneidad del mismo; para ello deberá analizar si existía un encargado de prevención, los medios y facultades reales de que disponía para establecer el sistema de prevención de delitos y si existía una supervisión o certificación por una entidad externa¹⁸.

Para que el modelo tenga efectividad tiene que estar “adoptado e implementado” en la empresa pues la responsabilidad de la persona jurídica no deriva directamente del delito cometido por uno de sus ejecutivos o representantes sino que del incumplimiento o cumplimiento imperfecto de los deberes de dirección y supervisión de la entidad. Ello genera un efecto preventivo en la organización de la empresa.

La empresa puede alegar que cumplía con este presupuesto de supervisión y dirección siempre que el “modelo de prevención” haya sido adoptado e implementado antes de la fecha de la comisión del delito. Si ello ocurre con posterioridad podría configurar una atenuante del artículo 6 N°3 de la Ley N°20.393¹⁹.

En consecuencia, no se trata de que exista una responsabilidad penal en la persona jurídica porque uno de sus dueños, ejecutivos principales o equivalentes cometió un cohecho, financiamiento de terrorismo o lavado de activos sino que su responsabilidad se genera porque la comisión del ilícito se pudo producir a consecuencia de su incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión. Que tiene su mejor manifestación en la adopción por parte de la empresa de un modelo de prevención eficiente y eficaz, el cual no es obliga-

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal.

18 A modo de ejemplo: Que la empresa haya dado capacitación permanente a sus trabajadores, principalmente aquellos que trabajan en la zona identificada como de riesgo de comisión de los delitos base, debe además existir un manual de conducta con sanciones administrativas internas, hot line, facilidad para denunciar conductas impropias, revisiones periódicas, etc.

19 Artículo 6°.- Circunstancias atenuantes. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes: 3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

torio sino que meramente facultativo, en cuanto a su contenido. Por último, para que sea legítima la sanción penal imponible a una persona jurídica la Fiscalía deberá comprobar la existencia de un déficit organizativo que haya posibilitado la comisión del delito.

En la misma línea, Bacigalupo afirma que “la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el legislador tendrá una indudable trascendencia sobre la organización empresarial, porque las empresas deberán asumir privadamente una función preventiva, basada en códigos de conducta, programas de cumplimiento (compliance), en el asesoramiento y en la vigilancia de la legalidad de sus administradores y empleados. De esta forma los programas de prevención beneficiarán a las empresas en la medida en la que reducirá sensiblemente el riesgo de su propia responsabilidad”²⁰.

Al respecto, el profesor Hernández ha profundizado el tema y sostenido que “(...) si la ley ha querido que la ausencia del modelo acarree responsabilidad penal en el caso de cometerse el delito, sin duda le basta con que dicho modelo hubiera podido impedirlo razonablemente, esto es, no en términos absolutos, que es lo mismo que decir que lo hubiera dificultado de un modo significativo. Con esto se evita, al mismo tiempo, una imputación automática, pues siempre habrá que excluir ésta cuando, no obstante la ausencia total de un modelo de prevención, las características y circunstancias concretas del delito en cuestión permitan poner seriamente en duda la efectividad incluso relativa de aquél para haberlo impedido”.²¹ El mismo autor, al referirse a los modelos de prevención afirma que “(...) ya la letra de la ley arrastra un grado importante de ambigüedad en relación con la función específica del modelo de prevención delineado en el art. 4, ambigüedad que se encuentra asociada a los vaivenes de la discusión parlamentaria. Con todo, parece haber acuerdo en cuanto a que el modelo del art. 4 no es formalmente obligatorio para las personas jurídicas, sin perjuicio de lo cual debiera ser pacífico también que el modelo que cada persona jurídica se dé (lo que sí sería obligatorio) equivalga materialmente a esa representación legislativa. En otras palabras, el art. 4 debería servir de orientación en cuanto a lo que la ley considera una correcta organización, capaz de liberar de responsabilidad penal”.²²

Por nuestra parte, creemos que la adopción o no, de un modelo de prevención es facultativo para las empresas, y las menciones del art. 4 consituyen una acertada orientación e imposición de los requisitos mínimos exigidos a la persona jurídica para implementar un modelo que sea eficaz para controlar el riesgo

20 BACIGALUPO, Enrique. “Compliance y Derecho Penal”. 1ª ed., Editorial Aranzadi, SA., 2011, p.93.

21 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: Revista de Estudios de la Justicia, N°16, Año 2012, págs. 88.

22 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: Revista de Estudios de la Justicia, N°16, Año 2012, págs. 84.

que el giro de la empresa genera. Es por ello que a partir esta matriz cada empresa deberá detectar sus zonas de riesgo e implementar mecanismos de control particulares que permitan reducir al mínimo las infracciones y delitos en el ámbito de la empresa. En las Sentencing Guidelines²³ se describe un sistema organizativo que garantice el cuidado exigible o “due diligence”, deberá contar con la existencia de standards de conducta y directivas de actuación; medidas de vigilancia encomendadas a personas que deben llevarlas a cabo; exigencias para los directivos de no hacer ni recibir pagos de quienes se sabe o se debe saber que tienen tendencias criminales; comunicación efectiva, incluso mediante publicaciones, y formación mediante cursos de los responsables de las áreas de riesgo; supervisión y procedimientos de revisión, incluyendo un régimen de denuncias, en su caso anónimas; sistema de sanciones internas; persecución, esclarecimiento y descubrimiento de los casos sospechosos mediante las medidas adecuadas y corrección de los programas existentes. Es muy distinto el mecanismo de prevención que deberá implementarse en una empresa bancaria, en una empresa de armas, en una empresa exportadora agrícola o en una gran constructora de obras civiles, cada una se relaciona es forma distinta con el ámbito público, con el sector servicios y con el sector privado. Concluimos, que lo único realmente obligatorio para las personas jurídicas respecto de este tercer presupuesto es cumplir con sus “deberes de dirección y supervisión”, para lo cual se debe tener o implementar un “diseño” de control que permita acotar el riesgo de incurrir en conductas delictuales, y una forma de hacerlo es construyendo un modelo de prevención, pero este no es por sí la única forma de realizarlo. Pudiesen existir ciertos controles regulares en una empresa pequeña PYME que satisfagan una supervisión y control adecuado sin constituir propiamente tal, un modelo con las exigencias del art. 4, pero que si den cuenta de un adecuado y efectivo “diseño” de control.

II. Presupuestos para que las acciones realizadas por personas individuales les puedan ser imputadas a los órganos de las personas jurídicas cuando estas exceden el ámbito propio del giro de la empresa²⁴

Conocidos los presupuestos de imputación que son requeridos para generar responsabilidad penal en las personas jurídicas debemos analizar a continuación el mismo tema desde la óptica de la persona individual, es decir, qué presupuestos debe satisfacer una persona individual para generar responsabilidad en una empresa. Y luego, los temas complejos a resolver: que sucede cuando su conducta ha excedido las atribuciones que le ha dado la empresa; o cuando

23 www.ussc.gov/2002guid/TABCON02.htm.

24 En este apartado tendremos en consideración el artículo 31 bis del Código Penal español y la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, principalmente los artículos 3, 4 y 5.

excede el ámbito propio del giro de la empresa; o cuando delega facultades; o cuando realiza las conductas actuando dentro del giro de la empresa.

a. Actuaciones dentro del ámbito propio del giro de la empresa

Por giro de una empresa entenderemos aquel conjunto de actividades que ordinaria y habitualmente ésta desarrolla como actividad principal y respecto de la cual organiza su planificación e inversiones, sus ejecutivos principales y el personal subalterno se capacitan en estas áreas y enfocan su trabajo y gestiones en tal sentido. Atendido este aspecto las empresas suelen clasificarse en industriales, comerciales y de servicios.

Se pueden producir dos situaciones:

- La persona individual comete el delito base actuando en el contexto de actividades propias de la empresa.

Es decir, cuando una de las personas señaladas en el artículo 3 actúa dentro del giro de la empresa presumimos que lo hace dotado legalmente de poderes de administración y supervisión.

En tal situación existirá una fuerte presunción de que hay responsabilidad de la persona jurídica porque el autor logró cometer el ilícito actuando dentro de la empresa y vulnerando el “modelo de prevención”, o los deberes de dirección y supervisión.

Por tanto, cuando el hecho ilícito base es ejecutado por una de las personas dotadas de dirección y supervisión, y dentro del giro de la misma, adquiere fuerza la presunción de que falló o se carecía de un modelo de prevención, el cual debió tener mecanismos de control de riesgos para las áreas más delicadas y sin embargo fue vulnerado. Es obligación del encargado de prevención y del modelo determinar cuáles son aquellas actividades y áreas de la empresa de mayor riesgo y cuáles serán los controles periódicos que se realizarán para prevenirlos. Habiéndose cometido el ilícito por una de las personas del artículo 3° sobre las cuales debió existir un control regular y respecto de uno de los delitos del artículo 1° pareciera constatarse fuertemente una responsabilidad penal de la empresa de acuerdo a la Ley N°20.393.

- La persona individual comete el delito directa e inmediatamente en interés o provecho de la empresa.

Es de suponer que si se ha actuado dentro del giro de la empresa el delito se ha cometido para el provecho de la misma. A modo de ejemplo, “(...) el caso Siemens-KWU no solo se vincula a la administración desleal, sino también con el delito de corrupción internacional. K, director de un departamento comercial de la firma, y su asesor V sobornaron en el año 2000 a dos directi-

vos de la empresa italiana ENEL, pagándoles millones de euros, para obtener para Siemens dos contratos por 132,5 millones de euros y 205,6 millones de euros, con los que esta firma obtuvo una ganancia de 103,8 millones de euros, menos los impuestos correspondientes. Para la realización de los pagos se utilizó un complejo de cuentas bancarias operadas en Lichtenstein a nombre de “firmas de buzón” (Briefkasten-Firmen), sólo conocidas por los acusados K y V, en las que se mantenían fondos de la empresa para ser destinados a “usos útiles” de la misma. Esas cuentas provenían de la empresa KWU, adquirida años antes por Siemens. Los respectivos valores no habían sido incorporados a la contabilidad de Siemens.”²⁵ En diversas empresas con cobertura internacional, principalmente del mundo desarrollado, se desarrolló una práctica de negocios en la cual se dotaba a sus ejecutivos de una caja negra para cohechar a funcionarios públicos de terceros países que decidían qué empresa se adjudicaba una licitación pública. Una vez ganada la licitación se regularizaban los dineros en la empresa matriz y se estimaba que era propio del negocio operar de esa manera atendidas las condiciones corruptas de terceros países.

Respecto de cada uno de estos indicios, ellos deberán ser acreditados fehacientemente por la Fiscalía, más allá de toda duda razonable, en el sentido de demostrar que el delito fue cometido dentro del giro de la empresa, lo que permite sospechar o presumir que hay responsabilidad de la persona jurídica. Sin perjuicio de la prueba de cada uno de los criterios o elementos de imputación a la persona jurídica que deben ser satisfechos.

Dado lo singular de los tres delitos que generan responsabilidad penal en las personas jurídicas chilenas, a saber: lavado de activos, financiamiento de terrorismo y cohecho a funcionario público nacional o extranjero, es probable que los dos primeros se realicen fuera del giro de la empresa; en cambio, respecto del cohecho lo normal será que la empresa operando dentro de su giro normal coheche a un funcionario público para adjudicarse u obtener alguna ventaja patrimonial dentro del giro en que habitualmente se desempeña.

b. Actuaciones que exceden el ámbito propio del giro de la empresa

- La persona individual comete el delito base excediendo el ámbito propio del giro de la empresa.

Cuando la actuación de las personas individuales dotadas de poderes de dirección y supervisión se realiza fuera del giro propio de la empresa la situación tiende a adquirir mayor complejidad. Podría argumentarse que al ser cometido el delito base fuera del giro normal de la empresa no sería exigible que

25 BACIGALUPO, Enrique. “Compliance y Derecho Penal”. 1ª ed., Editorial Aranzadi, SA., 2011, p.116.

el modelo de prevención cubra tal situación pues sería extender su ámbito de prevención a áreas completamente ajenas a su control.

No concordamos con este planteamiento y estimamos que merece un análisis más profundo basado en las responsabilidades que subyacen más allá de actuar o no en el giro de la empresa. Recordamos que tratándose de delitos de cohecho, financiamiento de terrorismo y lavado de activos será habitual que se empleen empresas fachadas que ocultan el verdadero objetivo de sus actividades.

Consideramos que tan determinante como actuar o no dentro del giro propio de la empresa es que la persona individual actúe para provecho o interés de la empresa y esté dotada de facultades de dirección y administración o actúe bajo alguien que las tenga.

Debemos, entonces, construir alguna base argumental que permita superar el sólido planteamiento de que fuera del giro la empresa, ésta carece de responsabilidad pues ella no se puede extender ad infinitum.

Las empresas cuando crecen y adquieren altas complejidades organizativas hacen posible que el derecho los considere sujetos de derecho, y en cuanto tales sujetos sobre los cuales pesan derechos y obligaciones. En palabras de Gómez-Jara, "(...) en el derecho penal empresarial no será suficiente cualquier tipo de autoobservación organizativa, sino que se exigirá una complejidad suficiente. Ello permite excluir del derecho penal individual aquellos sistemas que todavía no poseen aquella autoreferencialidad y complejidad interna suficiente –sociedades pantalla, entre otras-".²⁶

Bajo consideraciones de dogmática penal general propondremos algunos conceptos que permitan justificar su responsabilidad penal cuando cometen hechos ilícitos fuera de sus funciones propias fundamentándolo principalmente en la posición de garante y el riesgo permitido.

Los sujetos individuales que menciona expresamente el legislador en el artículo 3° de la Ley N°20.393, están allí por sus particulares responsabilidades en la dirección y supervisión de la empresa. No son sujetos cualesquiera sino que aquellos dotados de la más alta responsabilidad dentro de la empresa. Y generan responsabilidad en la persona jurídica por su actuar, sea dentro o no dentro del giro de la empresa pues sobre ellos pesa una posición de garante sobre la marcha de los negocios sociales y sobre las decisiones que se tomen, así como sobre los riesgos penales o de otro tipo asociados a éstos. Ellos al cometer un delito del artículo 1° de la ley en comento, no sólo responden por su responsabilidad en tanto personas naturales sino que también hacen

26 GÓMEZ-JARA, Carlos. "Fundamentos Modernos de la Culpabilidad Empresarial", Editorial Jurídica de Santiago, 2008, p. 143.

responsable a la empresa para la cual actuaron. Estimamos que la posición de garante deriva de sus particulares deberes de dirección y supervisión, es decir, de aquel deber de vigilancia que tienen sobre la empresa. Al respecto, Bacigalupo sostiene que “la posición de garante deriva de un deber de vigilancia sobre una fuente de peligro”²⁷.

Por su parte, el riesgo permitido es un factor que excluye ya el tipo delictivo y con ello la imputación al tipo objetivo²⁸. Para establecer el nivel del riesgo permitido deberán estudiarse en cada caso particular los hechos concretos que se cuestionan y establecer con exactitud si ellos se encontraban dentro de la esfera de las atribuciones y facultades propias legítimas o si éstas habían sido transgredidas, en cuyo caso deberá probarse que fueron ellas la causa del hecho ilícito por cuanto crearon un riesgo no permitido. Estimamos que las actividades peligrosas pueden exigir mayor control de garantes y por tanto tener más acotado el riesgo permitido. Asimismo, consideramos que deben excluirse de la imputación los casos de riesgo permitido. Sobre lo mismo, Roxin afirma que, “aunque el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, sin embargo la imputación se excluye si se trata de un riesgo permitido”²⁹.

Si estimamos que se actuó fuera del riesgo permitido y lo asimilamos a la idea de “fuera del giro de la empresa” mayor razón hay para exigir que el modelo de prevención hubiese estado preparado para contemplar estas situaciones, pues será esperable que los delitos se cometan fuera del giro normal de la empresa pero es en aquellas áreas críticas donde deberá existir mayor control, ejemplo: si una empresa de retail quisiera financiar un grupo terrorista o lavar dinero el modelo deberá tener un mayor control sobre las personas y áreas donde se disponga de dinero líquido para evitar su utilización en fines ilícitos. Por lo tanto, existirá responsabilidad aun cuando se actúe fuera del giro de la empresa.

- La persona individual comete el delito directa e inmediatamente en interés o provecho de la empresa.

Este requisito puede cumplirse actuando dentro o fuera del giro de la empresa. Lo que deberá acreditarse es que el interés o provecho cedió en interés de la persona jurídica. En consecuencia, deberán decretarse diligencias, principalmente de carácter financiero contable, tales como levantamientos patrimoniales y pericias, a efecto de establecer el interés o el provecho de la empresa, puesto que las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las

27 BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Económico, Buenos Aires, Editorial Hammulabi, 2000. p. 123.

28 ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo 1, Madrid, España, Editorial Civitas, 2008, p. 763.

29 ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo 1, Madrid, España, Editorial Civitas, 2008, p. 371.

personas naturales hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

- Respecto del presupuesto de que la comisión del delito se haya podido realizar por incumplimiento de deberes de dirección y supervisión.

Estimamos, que un modelo de prevención real y eficaz deberá contemplar medidas de vigilancia y control que abarquen las áreas críticas y de alto riesgo de la actividad propia de la empresa, tanto dentro del giro de la empresa. Atendidos los tres tipos penales a los cuales el legislador les atribuyó la capacidad de generar responsabilidad en las personas jurídicas, es muy probable que las empresas sean creadas directamente para delinquir o en otros casos, se utilicen empresas legalmente creadas y lícitas, como fachada de las actividades delictivas.

A modo de conclusión, estimamos que cumpliéndose los tres presupuestos penales que hemos desarrollado se genera la responsabilidad penal en la persona jurídica, indistintamente de que la actuación de la persona individual haya sido ejecutada, dentro o fuera del giro de la empresa, pues sobre la primera existe una particular posición de garante que le impide sobrepasar el riesgo permitido sin comprometer la responsabilidad de la persona jurídica en la cual se desempeña.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS ASOCIACIONES ILÍCITAS EN LA LEY 20.000

Ximena Marcazzolo Awad¹

I. Generalidades

El presente estudio tiene por objeto analizar la figura de la asociación ilícita contemplada en el Código Penal y la regulada en el artículo 16 de la Ley N°20.000, desde el punto de vista de su concepto, con miras a la determinación de los elementos que la componen y tomando posición respecto de ello.

Como se observará en lo sucesivo de este trabajo, la finalidad perseguida dice relación con consignar el estado de situación respecto del mencionado delito, desde una perspectiva eminentemente práctica, vale decir, analizando y sistematizando la visión jurisprudencial que existe a su respecto.

La motivación que subyace a este trabajo, surge de la multiplicidad de elementos que se han esgrimido como integrantes del delito de asociación ilícita, lo cual se traduce en la dificultad de definirlo y, desde la perspectiva del Ministerio Público, la problemática presentación de un caso en juicio, tanto en cuanto a su construcción, tanto en cuanto a la discusión y elección de los medios de prueba.

Este trabajo no pretende agotar el tema de la presentación de los casos de asociación ilícita por infracción de la Ley 20.000 en juicio, sino tan solo mostrar, como se dijo, el estado de situación, analizarlo y efectuar algunas propuestas de sistematización con miras a facilitar la labor de los fiscales al momento de sostener los casos en juicio.

II. Breve referencia a la asociación ilícita del Código Penal

Como es sabido, el delito de asociación ilícita se encuentra regulado en el Código Penal desde su dictación en el año 1874. Se ubica entre los artículos 292 al 295 bis del Código Penal, bajo el Título VI “Crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”, en el párrafo 10 “de las asociaciones ilícitas”.

La necesidad de garantizar el orden y la seguridad pública de parte de los Estados, generó la tipificación de la actividad asociada o lo que modernamente conocemos como organización criminal. En este sentido Cornejo ha

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

señalado *“consecuentemente, a la par de las sociedades ilícitas se fue tomando conciencia, a la sazón, de la dimensión axiológica del orden y/o la tranquilidad pública, a la vez que, invariablemente, dicha idea fue tomando una característica esencialmente mutable, puesto que lo que en una época y para una sociedad determinada fue arquetípico, como consecuencia de los cambios sociales dejó de serlo en otras, y así sucesivamente”*².

Que nuestro Código la contemplara era algo esperable a la época, aunque si revisamos su evolución histórica podemos apreciar que el Estado ha fundado su punibilidad en diferentes motivos. En este orden de ideas, *“desde sus orígenes sirvió como un arma de lucha en contra de las conductas disidentes, pero, sobre todo, en contra de las denominadas bandas de malhechores, las que por su especial organización y estabilidad, portaban un grado importante de peligrosidad”*³.

Por su parte, Grisolí⁴ refiriéndose a la Comisión Redactora del Código Penal, concuerda con el criterio sostenido por ésta en orden a apartarse en este punto del Código Penal español de 1848, tomando como base el Código Penal belga de 1863, el cual a su vez se nutrió del Código francés de 1810.

La asociación ilícita del Código Penal ha sido objeto de diversas modificaciones a través del tiempo, siendo la última incorporada por la Ley 20.393⁵ sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, mediante la cual se agregó un inciso segundo al artículo 294 bis.

Ahora bien, volviendo a la regulación normativa del delito de asociación ilícita, **el artículo 292** del Código Penal entrega la siguiente definición: *“toda asociación formada con el objeto de atentarse contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse”*.

Como se aprecia de la sola lectura de la norma, la descripción típica es bastante amplia en el sentido que la conducta consiste en “asociarse”, pero no explica qué se entiende por ello, cuántas personas se requieren, cómo y cuándo se efectúa, entre otras varias interrogantes. A este respecto, Grisolí señaló *“...Observa Muñoz Conde que si bien es necesario establecer lo que se entiende por asociación, en ningún sitio ofrece el Código (el español, en este punto igual que el chileno) una definición de asociación. Por ello debe recurrirse al significado*

2 CORNEJO, p. 41.

3 CARNEVALLI Y FUENTES, p. 1.

4 GRISOLÍA, págs. 76 y ss.

5 Ley 20.393, Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los delitos de Lavado de Activos, Financiamiento de Terrorismo y Delitos de Cohecho que indica. Publicada en el Diario Oficial el 2 de diciembre de 2009.

*gramatical o lingüístico del término y así entender por ella toda unión de varias personas organizadas para la consecución de determinados fines*⁶.

Justamente esta indeterminación del **concepto de asociación** ha llevado a la doctrina y jurisprudencia a emprender la necesaria tarea de determinar los elementos que la componen o definen.

En el contexto de la delimitación del concepto de asociación, se le ha diferenciado de la **conspiración** para cometer delitos. Como es sabido, en nuestro derecho este acto preparatorio se contempla en el artículo 8 del Código Penal, siendo punible de manera excepcional, esto es, cuando la ley expresamente lo señale. En este sentido, Grisolí⁷ ha defendido la diferencia que existe entre la asociación ilícita y la conspiración, expresando que esta última existe en relación con un delito determinado, a diferencia de la primera que es independiente de los ilícitos que singularmente se puedan cometer a través de la misma. Adicionalmente, el mismo autor señala que Rodríguez Devesa y Antón Oneca, también realizan esta distinción en relación con la mayor estabilidad de la asociación y que la conspiración tiene por objeto un delito determinado y la asociación un número indeterminado⁸.

No obstante lo expresado en el párrafo precedente, algunos autores⁹ estiman que la asociación ilícita es una conspiración elevada a la categoría de delito autónomo, vale decir, que el delito de asociación ilícita sería un acto preparatorio (conspiración) que el legislador ha sancionado con independencia de los concretos delitos en los que se incurra.

Nosotros compartimos la posición que afirma la independencia del delito de asociación ilícita respecto de la conspiración, principalmente, porque se refiere a un sinnúmero de ilícitos y no se trata de acto preparatorio de uno en específico, como ocurre en la conspiración. Lo anterior, se refuerza a nuestro juicio,

6 GRISOLÍA, p. 75.

7 Ídem anterior.

8 En este mismo sentido MUÑOZ CONDE, quien señala que la diferencia entre la asociación y el acto preparatorio emana del carácter autónomo e independiente del delito o delitos que se pretendan realizar.

9 SÁNCHEZ, p. 110. Al respecto la autora ha señalado: *“por otra parte, el delito de asociación ilegal presenta interesantes problemas dogmáticos, derivados de su particular naturaleza: estamos ante un claro delito de preparación, ante una elevación a la categoría de delito de –a lo sumo– meros actos preparatorios de futuros e incluso indefinidos delitos y en la mayoría de los ordenamientos, también en el español, de cualquier delito, lo que sitúa esta figura a caballo entre la parte general y la especial del derecho penal. No en vano son objeto de protección del tipo penal de asociación para delinquir –para un sector de la doctrina– los bienes jurídicos protegidos a través de figuras de la parte especial. Respecto de los mismos la figura se presenta como un delito de peligro abstracto. De este modo, se sitúa en la zona problemática de la criminalización de conductas previas a las que constituyen el derecho penal nuclear. Conducta de lesión y puesta en peligro concreto de bienes jurídicos–...”*

con la exigencia que efectúan la doctrina y jurisprudencia relativa al elemento de la permanencia o estabilidad, lo cual no es propio de un acto preparatorio.

En relación con **los sujetos activos** del delito, puede ser cualquier persona, no exigiéndosele calificaciones especiales. La discusión se ha producido en relación con el número mínimo de miembros, esto es, si basta con dos o más o tres o más. En este sentido Grisolía¹⁰ ha señalado: “*se trata, además, de un delito plurisubjetivo, es decir, requiere de un número mínimo de participantes*”, a continuación agrega que a su juicio el mínimo debieran ser tres, ya que le parece complejo suponer una situación en la que baste con la manifestación de voluntad de dos personas. Por su parte, el autor español Francisco Muñoz Conde¹¹, señala que si bien podría ser suficiente la existencia de dos personas, a su juicio del sentido de la norma se desprende que debieran ser a lo menos tres.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, del año 2000, al definir el concepto de crimen organizado, dispone que debiera tratarse de tres o más personas¹².

En relación con la forma a través de la cual se arribe al acuerdo de voluntades, ciertamente la ley no contempla una forma unívoca de llevarlo a cabo, es más, en muchos casos las asociaciones ilícitas no adoptan la forma de empresas o estructuras legales para operar y simplemente converge este acuerdo de asociarse con miras a delinquir.

Dentro del **tipo objetivo** la doctrina entiende que dicha asociación debe tener cierto grado de **permanencia y organización**. En palabras de Grisolía¹³, “*el delito consiste, en tomar parte o formar una asociación aunque se requiera de cierta permanencia como concepto que dependerá de la naturaleza de los planes (concepto relativo)*”. Por su parte Muñoz Conde señala: “*...es preciso una cierta organización (que será más o menos) compleja en función del tipo de actividad a que se dedique la asociación) y que el acuerdo asociativo sea duradero y no puramente transitorio*”¹⁴. Tamarit también considera que los requisitos de organización y permanencia han sido invocados por la doctrina¹⁵.

10 GRISOLÍA, p. 80.

11 MUÑOZ CONDE, p. 798.

12 El artículo 2, relativo a las definiciones, en su letra a) dispone: Por “*grupo delictivo organizado*” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

13 GRISOLÍA, p. 81.

14 MUÑOZ CONDE, p. 798.

15 TAMARIT, págs. 2168 y ss.

A mayor abundamiento, Carnevalli ha expresado que la conducta típica “*consiste en el despliegue de una actividad por parte de una pluralidad de individuos que ha tener como base un concierto permanente y continuo con el propósito de ejecutar delitos contra determinados bienes jurídicos, en particular, el orden social, las personas y la propiedad*”¹⁶.

La permanencia dice relación con el factor temporal o cronológico, pero no debe exigirse que esté en relación con cierta cantidad de delitos cometidos ya que el ilícito existe al margen de los que se cometan. A nuestro juicio, la permanencia no dice relación con el transcurso de un largo tiempo, aunque puede darse, sino que debe dar cuenta de la estabilidad de la organización, es decir, de un grupo que se asocia sin fecha de término y con estabilidad.

Lo señalado en el párrafo precedente es concordante con el significado del término permanencia: “*Duración firme, constancia, perseverancia, estabilidad, inmutabilidad*”¹⁷.

En este mismo sentido Grisolia expresa: “*la tendencia francesa es a considerar punible la asociación “cualquiera sea su duración”*”¹⁸.

Lo relativo a la **organización** debe entenderse en un sentido moderno de distribución de funciones y responsabilidades, ya que al igual que la sociedad, las asociaciones ilícitas evolucionan y se adaptan a las nuevas estructuras, hoy más flexibles y dinámicas.

Sobre este punto se ha señalado: “*... sin que sean formas especiales de asociación, se necesita un mínimo de organización o cohesión dentro del grupo. No es preciso, con todo, el trato personal y directo pues –como en toda asociación– basta la conciencia del sujeto de formar parte de ella conociendo su existencia y finalidades*”¹⁹.

Esta materia será latamente desarrollada al momento de analizar algunas sentencias por asociación ilícita de la Ley 20.000, por de pronto, baste señalar que la jurisprudencia es partidaria de su concurrencia para la configuración del delito.

Finalmente, es necesario hacer presente que la circunstancia que la jurisprudencia exija requisitos a este delito, es coherente con la historia legislativa de este tipo penal, ya que la propia comisión redactora en la sesión 157, a través de Gandarillas expresó: “*que la mente de este artículo es castigar los cuerpos formados para propender a un fin ilícito, de modo más o menos estable, a diferencia de las conspiraciones para cometer uno o más delitos determinados, que se castigan con las*

16 CARNEVALLI Y FUENTES, p. 4.

17 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

18 GRISOLÍA, págs. 81-82

19 GRISOLÍA, pág. 81, citando a Soler.

*penas asignadas al delito en el grado que determinan las reglas del Libro I*²⁰ y por ello se ha afirmado que es necesario que exista permanencia y organización.

El tipo subjetivo, se refiere al ánimo de asociarse, de formar parte de un grupo cuya finalidad es delinquir, lo que en el caso de la asociación ilícita del Código Penal dice relación con atentados contra el orden social, contra las buenas costumbres y contra las personas o propiedades. Con frecuencia este elemento ha sido denominado como *“animus societatis”*.

Este ilícito es de mera actividad o formal, por lo que se consuma por el solo hecho de constituirse una asociación con esta finalidad, no siendo necesario que lleven adelante el plan delictual, vale decir, no es exigible que se cause un resultado.

Algunos autores han descartado que este delito pueda realizarse mediante dolo eventual o culpa, por ser necesaria la presencia del elemento cognoscitivo y la voluntad o ánimo de ser miembro de la asociación²¹.

En relación con la existencia del ánimo desde el inicio o la posibilidad que éste concorra con posterioridad, se ha señalado: *“no es necesario que la asociación se constituya inicialmente como asociación criminal; la finalidad delictiva puede agregarse a una asociación preexistente. Claro está, que en tales casos no son autores de asociación ilícita todos los partícipes de la primitiva asociación, sino las que hayan impreso a ella el nuevo rumbo y las que hayan participado en los acuerdos y comprometido la nueva orientación”*²².

Para que se configure el delito también se ha hecho presente la necesidad que el plan criminal persiga la realización de delitos y no meras faltas o contravenciones de carácter administrativo²³. No es requisito que los delitos que se realizan sean exactamente los mismos que se tuvo por finalidad cometer o si sólo algunos y no todos concurren a la ejecución de los mismos.

Finalmente, respecto de la sanción, el artículo 293 del Código Penal, regula los siguientes casos:

1. Cuando la asociación ha tenido por objeto la **perpetración de crímenes**, sus jefes, provocadores y los que hubieran ejercido mando, sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.
2. Cuando la asociación ha tenido por objeto la **perpetración de simples delitos**, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados, para

20 GRISOLÍA, p. 82.

21 CARNEVALLI Y FUENTES, p. 5.

22 GRISOLÍA, págs. 83 y 84, citando a Soler.

23 GRISOLÍA, p. 84.

los jefes, provocadores y personas que hubieren ejercido mando en la asociación.

A continuación, el artículo 294 del código punitivo señala:

3. Cualesquiera otras individuos que hubieren tomado parte en la asociación y los que a sabiendas y voluntariamente le hubieren suministrados medios e instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión, serán castigados en el primer caso previsto en el artículo 293, con presidio menor en su grado medio, y en el segundo, con presidio menor en su grado mínimo.

El artículo 294 bis, contempla una regla incorporada el año 1979, por el Decreto Ley N°2.621, mediante la cual se señala que la sanción de los delitos que cometa la asociación se castigarán con independencia del delito de organización, vale decir, consagra la existencia de un **concurso material de delitos**, lo cual debe primar por sobre el artículo 75 del Código Penal y en la práctica se traduce en que debe castigarse el delito de asociación y aquellos cometidos mediante ella²⁴.

Finalmente, el artículo 295 contempla una **excusa legal absolutoria**, en cuya virtud quedarán exentos de penas aquellos culpables que antes de ejecutar alguno de los crímenes o simples delitos que constituyen el objeto de la asociación y antes de ser perseguidos, hubieren revelado a la autoridad la existencia de dichas asociaciones, sus planes y sus propósitos. Además, el artículo dispone que podrán ser puestos bajo vigilancia de la autoridad.

III. La asociación ilícita en la Ley 20.000

La asociación ilícita con la finalidad de cometer delitos de la Ley de Drogas, se encuentra regulada en el artículo 16 de la Ley 20.000. Su texto posee similitudes y diferencias con las reglas aplicables a la contemplada en el Código Penal.

En este sentido, encontramos diferencias que dicen relación con la finalidad o propósito de cometer delitos, que en este caso se restringe a figuras de la

24 Sin perjuicio que como hace presente CARNEVALLI Y FUENTES. En ob. cit. p.7:” *empero, es posible concebir, como lo ha señalado recientemente la Corte Suprema en sentencia de 3 de mayo de 2006, en causa Rol N°3406-05, la concurrencia de un concurso medial, el que, aun teniendo la naturaleza de un verdadero concurso real, brinda el mismo tratamiento penológico que el concurso ideal. Por lo tanto, se podría excluir la aplicación del artículo 74 del Código Penal si se estima que el delito de asociación ilícito es el medio necesario para cometer otro delitos, si es que concurre la debida conexión ideológica entre los ilícitos*”. Nosotros discrepamos de este criterio y estimamos que la regla del artículo 294 bis es clara en orden a establecer un concurso real de delitos, lo cual además es coherente con la clara intención del legislador de sancionar de manera independiente la asociación ilícita de los ilícitos efectivamente realizados, con miras a castigar severamente estas conductas.

Ley 20.000; en relación con las penas asignadas al delito, siendo más altas las contempladas en el estatuto nacional de drogas, además no se determina la penalidad según se trate de simples delitos o de crímenes; no existe excusa legal absoluta en caso de delación, aunque sí una rebaja de hasta tres grados en caso de cooperación eficaz del artículo 22 de la Ley 20.000, entre otras.

Entre esta asociación y la figura penal del artículo 292 del Código Penal, existe un concurso aparente de leyes penales, que por especialidad, cuando concurra la finalidad de cometer ilícitos de la Ley de Drogas, se resuelve a favor de esta última²⁵.

Ahora bien, concretamente, el artículo 16 de la Ley 20.000 describe en su inciso primero la figura penal de la siguiente manera: “*los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos²⁶ contemplados en esta ley, serán sancionados, por este solo hecho*”, vale decir, que se incurre en ella por asociarse u organizarse con el objeto de cometer un delito de la Ley de Drogas y, al igual que en el Código Penal, su consumación no depende de la efectiva ejecución de los delitos planificados.

El **bien jurídico protegido** por el delito es de carácter **pluriofensivo** por cuanto el objeto de protección es **el orden público** y **la salud**, esta última debido a su finalidad particular de cometer delitos de la Ley de Drogas.

En relación con el artículo 16 de la Ley 20.000, al igual que respecto de la figura del cuerpo punitivo, se ha planteado la discusión relativa a que se trataría de un **acto preparatorio** elevado a la categoría de delito consumado. En este sentido Matus lo ha calificado dentro de los actos preparatorios y tentativas especialmente punibles²⁷.

Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, parte de la doctrina y jurisprudencia estiman que la asociación ilícita no es un **acto preparatorio** y por ende, existe un verdadero **concurso de delitos** entre éste y los ilícitos cometidos bajo su seno. Uno de los argumentos que se ha dado a este respecto es la existencia de bienes jurídicos protegidos diversos, esto es, que en la organización criminal lo cautelado es **el orden público**, a diferencia de la **salud pública** que es lo resguardado en las figuras penales contempladas en la Ley 20.000, que son los que en definitiva integran el plan delictual²⁸.

25 En el mismo sentido CARNEVALLI, Raúl, p. 3.

26 No obstante la ley utiliza la nomenclatura delitos, entendemos que debe tratarse de simples delitos y crímenes, excluyéndose las faltas contempladas en el Ley 20.000, habida consideración de la gravedad de la conducta.

27 POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, págs. 575 y ss.

28 CARNEVALLI Y FUENTES, p. 7.

Refuerza esta idea el propio texto del artículo 16 que en su inciso final resuelve derechamente la cuestión a favor de la existencia de un concurso real de delitos: “*si el autor, cómplice o encubridor del delito establecido en este artículo cometiere, además, alguno de los delitos contemplados en esta ley, se estará a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal para los efectos de la aplicación de la pena*”.

Este punto fue objeto de discusión durante la tramitación de la Ley 20.000; el Diputado Sr. Orpis²⁹ manifestó la siguiente opinión: “*Asimismo, esta figura va más allá de la **simple conspiración**³⁰, en que basta con que dos o más personas se pongan de acuerdo para cometer un delito. En cambio, en este artículo, para tipificar el delito se requiere que exista una organización o asociación de personas, no bastando para ello la simple reunión... ()... Se señaló que otro tema que no está resuelto en la referida indicación dice relación con el concurso de delitos. Es decir, la asociación ilícita por sí misma tiene una penalidad determinada, Como su finalidad de constitución es traficar o lavar dinero, hecho que también debe ser sancionado en forma independiente, se suman las penas y no se asigna la pena más grave. En definitiva, se fundamentó que en este caso se deben aplicar las reglas del **concurso real de delitos**³¹ y no las del concurso ideal³².*”

Respecto de la convergencia de los elementos que configuran el delito de asociación ilícita, durante la tramitación parlamentaria se planteó la discusión en relación con si eran los mismos de la figura del Código Penal o deberían exigirse otros distintos. Prueba de ello fue expresado por el Ministro de la Corte de Apelaciones de San Miguel Sr. Claudio Pavez: “*advirtió que existe una tendencia en el sentido de confundir la figura de asociación ilícita establecida en la ley N°19.366, y también contemplada en este proyecto, con la de la ley N°18.314, que determina conductas terroristas, a que se refiere el N°5 de su artículo 2 y el inciso final de su artículo 3°, y con la que contempla el artículo 292 del Código Penal, en circunstancias que su establecimiento, objeto y finalidad es distinta.*”

Entonces, para determinar si existe una asociación ilícita se exigen diversas circunstancias, que destruyen la posible determinación de tal actividad en relación a las drogas. Así, se habla como requisitos, para la existencia de dicha asociación, de la presencia de un grupo de personas con organización y jerarquía, una división de funciones, permanencia en el tiempo y un objeto determinado, elementos que deben ser probados particularmente. Los que conocen las organizaciones criminales destinadas al narcotráfico saben muy bien que, en muchas ocasiones, se integran para un caso concreto, que obviamente no permanecen en el tiempo y que emplean a individuos ocasionales que, después de cumplida la misión particular, son dejados de lado. También es difícil determinar las jerarquías dentro de la referida organización oca-

29 Actualmente Senador de la República.

30 Lo destacado es nuestro.

31 Ídem anterior.

32 Informe de la Comisión de Drogas. Historia de la Ley 20.000, p. 123.

sional. Pero ninguna duda cabe de que se está en presencia de una asociación ilícita que, en la práctica, no es sancionada por tal situación, sino por el resultado, cuando se ha incautado drogas. En la generalidad de los casos, tales conductas asociativas no son castigadas.

Concluyó manifestando que, atendido lo anterior, sería recomendable que la propia Ley de Drogas diseñe parámetros para determinar cuando se está en presencia de una asociación ilícita para perpetrar los delitos que la ley sanciona³³.

En el mismo sentido el abogado Sr. Michel Dibán: “Por un lado, en cuanto a causales, incorpora una nueva: que el imputado haya formado parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin que ésta llegue a constituir el delito de asociación ilícita. De esta forma, se enfrenta la circunstancia de que (como advirtió en la Comisión el Ministro de la Corte de Apelaciones de San Miguel, don Claudio Pavéz, juez con larga trayectoria y experiencia en todo lo que significa el tráfico de drogas) una cierta tendencia jurisprudencial considera que la asociación ilícita de la Ley de Drogas debe reunir todos los requisitos que la doctrina exige para la asociación ilícita del Código Penal, lo que es imposible de acreditar, por la naturaleza de este accionar delictivo (grupo con organización y jerarquía; división de funciones; permanencia en el tiempo, objeto determinado)”.

En relación con el tipo objetivo y subjetivo, replicamos lo señalado respecto de la figura del artículo 292 del Código Penal, con las salvedades y diferencias propias de este tipo de asociación.

Por su parte, se ha señalado³⁴ que los elementos para la conformación del delito de asociación ilícita de la Ley 20.000 serían:

1. Organización de funciones y centro de poder.
2. Voluntad o ánimo de colaborar a su fin delictivo.
3. Relativa estabilidad en el tiempo.
4. Finalidad de cometer delitos contemplados en la Ley 20.000.

A este respecto, coincidimos con la necesaria convergencia de estos requisitos para la existencia de la asociación en los términos del artículo 16 de la ley, sin perjuicio que en el capítulo V y VI de este trabajo nos referiremos latamente al tema.

En cuanto a las sanciones consignadas en el artículo 16 de la Ley 20.000:

1. Se castigará con la pena de **presidio mayor en sus grados medios a máximo** a:
 - Al que financie de cualquier forma.

33 Primer Informe Comisión de Constitución. Historia de la Ley 20.000, págs. 588 y 589.

34 FIGUEROA y SALAS, p. 113.

- Ejerce mando o dirección o planifique e o los delitos que se propongan.
2. Con la pena de presidio **mayor en sus grados mínimos a medio**:
- Al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamiento, escondite, lugar de reunión.
 - Cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización.

La asociación ilícita de la Ley 20.000, al igual que la del Código Penal, también elevó una forma clásica de encubrimiento a la categoría de autoría, al estimar que el proporcionar *alojamiento, escondite o lugar de reunión*, es un tipo de colaboración con la organización que en atención a su carácter secreto o subrepticio, es necesario para que ésta logre sus fines.

El artículo 16 de la Ley 20.000, no gradúa la pena en atención a la comisión de simples delitos o crímenes, sino, como se aprecia, sobre la base de la conducta que el autor despliega a favor de la organización, existiendo por tanto autores que realizan una actividad que se estima tienen un mayor desvalor y por ende una pena más elevada, que los que corresponden al numeral segundo de la norma en comentario.

La parte final del artículo contempla una regla sobre concursos, lo cual como se ha señalado en este trabajo, ratifica que la asociación ilícita es un delito distinto e independiente de los que se comentan bajo su estructura.

A este respecto, el autor nacional Juan Pablo Mañalich estima que el inciso final del artículo 16, al someter este concurso a las reglas del artículo 74 del Código Penal, *“...tiene la importancia adicional de poner de manifiesto que el legislador, al excluir la eventual aplicabilidad del régimen de acumulación jurídica del art. 351 del Código Procesal Penal, parece asumir que la lesividad específica de la asociación ilícita para el narcotráfico es independiente de la lesividad de los delitos de tráfico de estupefacientes, puesto que el presupuesto de aplicabilidad de ese régimen es que el concurso real (la “reiteración”) se dé entre delitos de la misma especie, esto es, que constituyan un menoscabo para un bien jurídico”*³⁵.

IV. Autoría en materia de asociación ilícita en la Ley 20.000

En relación con el número de miembros necesario para configurar el delito de asociación ilícita señalamos que parte de la doctrina era partidaria de la existencia de dos³⁶³⁷ o más personas, otros de tres o más y que la Convención de

35 MAÑALICH, p. 294 en nota el pie N°53.

36 GAJARDO, p. 230.

37 ETCHEBERRY, p. 317: *“no se precisa el número de personas necesarias para constituir asociación; en rigor bastaría con dos”*.

Palermo contra la Delincuencia Organizada participa de este último criterio. La exigencia de más de un miembro para la comisión del delito, en doctrina recibe el nombre **de concurrencia necesaria**.

En relación con los miembros de la asociación se ha señalado: *“lo trascendente es que el agente conozca y tenga la voluntad de formar parte de una agrupación...”*³⁸, máxime si estimamos que se trata de un delito autónomo que se consuma por el solo hecho de constituirse.

Como se indicó en el capítulo anterior, el artículo 16 de la Ley 20.000 establece distintas penalidades según el aporte concreto que realicen los autores, vale decir, aquellos que cumplan roles de mando, dirección, planificación o financiamiento, podrán tener una pena más elevada que aquellos que realicen actividades de colaboración e incluso de encubrimiento de la asociación, que han sido elevados a la categoría de autoría por el numeral segundo del artículo 16.

Del mismo modo, no son pocos los casos en que concurren pluralidad de autores que realicen distintas funciones y la relación de jerarquía o mando no existe, lo cual no obsta la procedencia de la asociación. En este sentido el autor argentino Cristián Cúneo ha señalado: *“puede darse el supuesto de que, por la división de tareas convenida entre sus integrantes, no exista la presencia de un organizador, inclusive que tampoco se cuente con un jefe. En este sentido, se ha pronunciado la Sala I de la Cámara Federal al descartar el calificante señalando que “si bien algunos habrían tenido un papel preponderante dentro de la ejecución de los hechos materia de la investigación, lo cierto es que no se advierte que ente los recurrentes y el resto de los partícipes mediaran una relación de obediencia o bien que se hallaran delimitadas las funciones relativas al ejercicio del mando u organizacional, ajena a la división de las tareas puntuales que a cada uno cupiera”*³⁹.

Ahora bien, en materia de autoría las mayores discusiones se producen en relación con la atribución de responsabilidad a sus miembros respecto de los delitos que se llevan a cabo. En este sentido, se discute: *“el título de imputación respecto de aquél que no interviene directamente en la realización de delitos concretos que llevan a cabo otros, y que se limitan a diseñar y planificar y asumir la dirección de su realización. Se trata del caso del que no interviene en la ejecución de modo directo, pero que domina la realización de las actividades del aparato de poder que dirige, y que funciona con una complejidad análoga a una máquina”*⁴⁰.

Para solucionar estos problemas se ha recurrido a la **teoría del dominio de la organización**, como forma de justificar la punición de quienes materialmente

38 CÚNEO, p. 89.

39 CÚNEO, p. 94

40 CARNEVALLI Y FUENTES, p. 6.

no ejecutaron o tomaron parte en la ejecución del delito, pero son quienes ordenaron su realización, lo organizaron o lo financiaron.

La teoría sobre el “**dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder**” fue elaborada por el jurista alemán Claus Roxin en el año 1963⁴¹, quien la define como una figura jurídica que se *“apoya en la tesis de que en una organización delictiva los hombres de atrás, que ordenan delitos con mando autónomo, pueden, en ese caso, ser responsables como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables”*⁴².

Siguiendo a Roxin, la coautoría en estos casos ha mostrado ser insuficiente, ya que ésta exige la ejecución en común del delito y esto no ocurre con el “hombre de atrás”, el cual permanece a distancia respecto de la realización del delito. El mismo autor agrega que la inducción tampoco soluciona las dificultades de imputación de responsabilidad que se producen por cuanto, en ésta el inductor deja en libertad al inducido para llevar a cabo el delito y la forma de realizarlo, a diferencia de lo que acontece en las organizaciones delictivas donde el hombre de atrás decide si el hecho será ejecutado, mientras que quien lo ejecuta llega causalmente a concretar el hecho.

La crítica a esta teoría está dada por la existencia de un autor mediatamente responsable. Quien tiene el dominio del hecho es quien lo ejecuta materialmente, por lo que algunos critican que el hombre de atrás pueda también tener dicho dominio.

Roxin contra argumenta frente a estas críticas indicando que el instrumento es el aparato de poder, el cual está compuesto por varias personas, que realizan distintas funciones y aportes para la organización, y que con esta estructura se arma un esquema que determina que el hombre de atrás tenga el dominio del hecho.

Agrega que el dominio del hecho compartido entre el hombre de atrás y del ejecutor es distinto. El primero tiene el dominio de la organización y el segundo el de la acción (dominio de la consumación del hecho).

V. Revisión de sentencias nacionales en relación con la asociación ilícita en materia de Ley 20.000

En cuanto al número de sentencias definitivas dictadas en virtud de un procedimiento abreviado o en juicio oral, por el delito de asociación ilícita contemplado en el artículo 16 de la Ley N°20.000, pronunciadas durante la vigencia

41 ROXIN, p. 11.

42 Ídem nota anterior.

de la reforma procesal penal, hemos contabilizado alrededor de 23 desde el año 2007 hasta la fecha⁴³.

Las sentencias corresponden a distintos tribunales de Chile, concentrándose principalmente en la Región Metropolitana y zona norte del país.

Desde ya hacemos presente el importante desarrollo jurisprudencial que se ha evidenciado en la argumentación de las sentencias, la creación jurisprudencial y el análisis de la doctrina en relación con esta figura delictiva.

Durante el presente capítulo analizaremos **sólo algunas de las sentencias existentes**, esto es, aquellas que nos parecen más relevantes, con el objeto de dar cuenta de los criterios y decisiones que han adoptado los Tribunales en relación con las mismas, máxime si consideramos que nuestro principal objetivo es centrarnos en los elementos que configuran el delito de asociación ilícita del artículo 16 de la Ley 20.000.

Con el objeto de sistematizar el análisis de las sentencias, las hemos agrupado de acuerdo al año en que fueron emitidas, esto es:

43 Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, 1 de enero de 2008, RUC: 0600554208-k; 12° Juzgado de Garantía de Santiago, 5 de marzo de 2008, RUC 0500418046-3; Juzgado de Garantía de Talcahuano, 14 de abril de 2009 y 26 de agosto de 2009, RUC 0700350845-K; Juzgado de Garantía Talcahuano, 13 y 19 de octubre de 2009, RUC: 0800331065-6; 8° Juzgado de Garantía Santiago, 26 de febrero 2010, RUC: 0800472579-5; Tribunal Oral en lo Penal de San Miguel, 3 de mayo de 2007, RUC: 0500322293-6; Tribunal Oral en lo Penal de Talagante, 28 de abril de 2008, RUC: 0500255222-3; 2° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 18 de agosto de 2008, RUC: 0500683346-4; 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 20 de octubre de 2008, RUC: 0600765400-4; 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 17 de febrero de 2009, RUC: 0700616004-7; Tribunal Oral en lo Penal de Colina, 30 de junio de 2009, RUC: 0600578577-2; Tribunal Oral en lo Penal de San Felipe, 11 de mayo de 2010, RUC: 0800989323-8; Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles, 19 de mayo de 2010, RUC: 0800307439-1; Tribunal Oral en lo Penal de Talca, 24 de julio de 2010, RUC: 0700910245-5; 2° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de diciembre de 2010, RUC: 0700818345-1; 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 11 de diciembre de 2010, RUC: 0700500869-1; 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, de 22 de mayo de 2011, RUC: 0700935945-6; Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 3 de enero de 2012, RUC: 0800165077-8; Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes, 13 de enero de 2012, RUC: 0901120081-5; 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 8 de febrero de 2013, RUC: 1100299277-0; 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, 22 de marzo de 2013, RUC: 1100479782-7; Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes, 20 de abril de 2013, RUC: 1100264922-7; 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 22 de junio de 2013, RUC: 1000919232-3.

1. Sentencias pronunciadas durante el año 2007:

6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 3 de mayo de 2007, RUC: 0500322293-6⁴⁴

En este caso el Ministerio Público dedujo acusación por el delito de asociación ilícita del artículo 16 de la Ley 20.000⁴⁵, en contra de 16 imputados que actuaban en la zona sur de Santiago, específicamente en la población La Legua.

Una de los aspectos relevantes de esta sentencia condenatoria dice relación con los elementos que configuran el delito de asociación ilícita, a cuyo respecto el tribunal en el considerando décimoquinto señaló:

***“DECIMOQUINTO:** Que, si bien nuestro Código Penal no define en forma específica lo que debe entenderse como el género “asociación ilícita”, ni tampoco lo hace la ley 20.000, que es la que sanciona esta figura en relación al tráfico ilícito de droga, limitándose a señalar en su artículo 16 en sus números 1° y 2°, las penas en que incurrirán las personas que incurran en las conductas que en la misma disposición se indican.-*

De las disposiciones de los artículos 292 y 293 del Código citado, artículo 16 de la Ley 20.000, de la doctrina y la jurisprudencia, podemos obtener los elementos que se requieren para estimar como configurado el referido tipo penal.-

Estos elementos estructurales (SIC) del tipo son:

- 1° Pluralidad de personas. Dos o más personas concertadas.*
- 2° Un centro de poder.*
- 3 Distintos niveles jerárquicos.*
- 4° Los miembros tienen diversas tareas o misiones compartimentadas.*
- 5° Sometimiento a una férrea disciplina.*
- 6° Intercambio de sus miembros.*
- 7° Aplicación de tecnología e implementación logística.*
- 8° Apariencia de legalidad en algunas actividades o simplemente la realización de una actividad francamente clandestina.*
- 9° Una o varias finalidades.*
- 10° Relativa independencia de los miembros.*

⁴⁴ Este caso informalmente fue denominado con “los cara de pelota”.

⁴⁵ También la acusación se efectuó contemplando al delito de tráfico ilícito de drogas y estupefacientes e infracción a la Ley de Control de Armas y Explosivos.

Cabe agregar que conforme lo establece el artículo 292 del Código Penal toda asociación ilícita que se conforma, importa un delito con el sólo hecho de organizarse, lo que guarda armonía con lo previsto en el artículo 18 de la Ley 20.000 que establece que los delitos que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución”.

Posteriormente el tribunal da por acreditada la concurrencia de cada uno de estos elementos y enumera los medios de prueba que tuvo en consideración para ello.

Llama la atención la gran cantidad de elementos (diez) que el tribunal estima deben concurrir para la procedencia del ilícito en comento, algunos de los cuales, a nuestro juicio, son perfectamente subsumibles dentro de otros, como ocurre entre el 1, 3 y 4. Por su parte, estimamos que otros más que ser elementos independientes, emanan de la aplicación de las reglas generales, como ocurre con el numeral 6 y, finalmente, en relación con algunos derechamente no compartimos su procedencia como ocurre con el numeral 7.

2. Sentencias pronunciadas durante el año 2008:

2.a. Tribunal Oral en lo Penal de Talagante, de 28 de abril de 2008, RUC: 0500255222-3

En esta oportunidad, el Ministerio Público dedujo acusación por el delito de asociación ilícita en la que participaban cuatro imputados, los cuales importaban la droga desde Bolivia, la acopiaban en Iquique, para posteriormente trasladarla a la comuna de Talagante en Santiago.

El tribunal condena a **tres** de los cuatro acusados por el referido ilícito, en virtud de los argumentos que expone en el considerando **décimoquinto**, los cuales se resumen de la siguiente manera:

- Si bien la ley no entrega una definición muy acabada del término asociación, es posible conocerlo incluso desde su tenor literal.
- Los objetivos de la asociación están determinados en la propia ley, esto es, cometer alguno de los delitos contemplados en la Ley de Drogas.
- Si bien existe una relación de género especie entre la asociación del Código Penal y la de la Ley de Drogas, es necesario que la ley expresamente consigne cualquier otra finalidad no contemplada en el Código Penal, ya que de otro modo estaría exenta de responsabilidad penal.
- La figura en la Ley de Drogas fue creada en el año 1973, en la Ley 17.934 y en su época se señaló que era indispensable crearla ya que la asociación del Código Penal, se refería a otros delitos.
- Son elementos de la asociación, **la pluralidad de sujetos, el fin común y la organización jerárquica**. Respecto de esto último, agrega que la Ley

20.000 sanciona a los autores según el grado de poder de decisión que hayan tenido al interior de ella. Otro elemento que debe concurrir es la **permanencia temporal**, agregando que este elemento sirve para distinguir los casos de co-participación que la Ley de Drogas contempla.

- La co-autoría es la reunión circunstancial para la comisión de determinados delitos. Además, la Ley de Drogas considera la existencia de una estación intermedia que se identifica con “la agrupación de delincuentes”.
- *“En definitiva, de las anteriores cavilaciones, podemos compendiar que a nuestro parecer, los elementos requeridos para estar en presencia de una asociación ilícita es la existencia de una pluralidad de individuos, con una determinada forma de organización, la persecución de un fin común y dotada de una cierta perdurabilidad, mas que de los asociados, de la asociación⁴⁶. En ello está de acuerdo importante doctrina, pues se dice que “la mayor parte de los elementos que dicha definición contemplaba (de asociación ilícita) habían sido señalados previamente por nuestra jurisprudencia, la que para establecer la existencia de una asociación ilícita, y como los propios términos de la ley lo dan a entender, afirma que es necesaria la existencia de una organización más o menos permanente y jerarquizada, con sus jefes y reglas propias, destinada a cometer un número indeterminado de delitos también más o menos indeterminados, en cuanto a su fecha y lugar de realización, supuestos que la distinguen de la mera conspiración o el acuerdo casual para cometer un delito determinado” (Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial, Politoff, Ramírez y Matis, pags. 598-99)”.*
- El cuarto integrante fue absuelto puesto que el tribunal estimó que carecía del dolo asociativo, que su intervención había sido la efectuada por primera vez. Agregando que carece del factor permanencia.

Como puede apreciarse, en esta sentencia se retorna a la concepción más clásica de la asociación ilícita, con los elementos de pluralidad, permanencia, organización, fin asociativo y finalidad de cometer delitos de la Ley de Drogas.

2.b.2° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 18 de agosto de 2008, RUC: 0500683346-4⁴⁷

El Ministerio Público interpuso acusación en contra de nueve imputados, por diversos delitos uno de los cuales es la asociación ilícita contemplada en el artículo 16 de la Ley 20.000. En relación con los hechos de la acusación, básicamente se trataba de una organización de carácter transnacional cuya finalidad

46 La negrita es nuestra.

47 Este caso fue conocido como Pilar del Norte.

era la importación de droga a Chile, para posteriormente reenviarla a otros países.

El tribunal en los considerandos **noveno, décimo, undécimo y duodécimo** estimó, en su voto de mayoría, que no estaba acreditada la existencia del delito en cuestión, en virtud de los siguientes fundamentos:

- No concurrieron los elementos del delito de asociación ilícita de la Ley de Drogas.
- Entre la asociación ilícita de la Ley 20.000 y la del Código Penal, las diferencias sólo dicen relación con la finalidad de los ilícitos que se proponen cometer y las penas con que se sancionan.
- La configuración de este delito queda entregada a la jurisprudencia y a la dogmática penal.
- También el tribunal latamente discurre acerca del bien jurídico protegido.
- *“...la sola circunstancia de constatarse la existencia de un grupo de personas más o menos numeroso que actúa planificadamente en la comisión de delitos que afectan bienes jurídicos singulares no autoriza a incriminar los hechos con la figura de asociación ilícita, porque tales actuaciones constituyen únicamente formas de coparticipación...”⁴⁸.*
- No concurrieron todos los requisitos de la asociación ilícita y además no se afectó el bien jurídico protegido.
- Son operaciones de tráfico separadas entre sí aunque con un alto grado de sofisticación.
- No se da cumplimiento al requisito de querer realizar un delito en común, cada uno quería efectuar una actividad ilícita distinta.
- No se cumplió con el requisito del centro de poder, además porque éste se encontraba fuera de Chile.
- Tampoco se acreditó el requisito relativo a la corrupción de órganos públicos o utilización de redes de protección.
- Agrega que: *“...Es por ello que analizadas las probanzas rendidas, la mayoría de este Tribunal estima que con el desarrollo de las actividades de los acusados faltó un elemento indispensable del ilícito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, cual es la afectación del bien jurídico protegido de esta*

48 Considerando 12°.

*figura punible, esto es, el propio poder del Estado, su primacía en cuanto institución política y jurídica; comprometida por el mero hecho de la existencia de otra institución –la asociación criminal– con fines antitéticos a los suyos, que le discute esa hegemonía o monopolio del orden jurídico y político*⁴⁹.

Por su parte el voto de minoría expresó, en el considerando cincuecésimo séptimo:

- Existió una asociación ilícita, con distribución de funciones, roles y atribuciones.
- Hubo un grupo de personas, con permanencia en el tiempo, se organizaron en forma jerárquica, dividiéndose funciones, con el objeto de cometer el delito descrito en el artículo 3° y penado en el artículo 1° de la misma ley, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.
- El delito de asociación ilícita es complejo y difícil de pesquisar. Su acreditación se realiza sobre la base de la prueba indirecta o indiciaria.
- Este delito se encuentra en una relación de especialidad en relación con el Código Penal y los bienes jurídicos protegidos no son los mismos.

2.c. 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 20 de octubre de 2008, RUC: 0600765400-4

El Ministerio Público dedujo acusación en contra de ocho imputados por el delito de asociación ilícita de la Ley 20.000, tráfico de drogas e infracción a la ley de control de armas. Esta organización tenía como objetivo principal la internación de drogas operando desde Chile, con el objeto de transportar drogas desde Perú a Italia.

La sentencia condena, a la mayoría de los acusados, por el delito de asociación ilícita en virtud de los siguientes argumentos, que se consignan en los considerandos **sexto, séptimo, octavo y noveno**:

- Que si bien ni el Código Penal, ni la Ley 20.000, definen claramente la asociación ilícita, los elementos del delito se pueden desprender.

Estos elementos estructurales del tipo son:

- 1° Pluralidad de personas. Dos o más personas concertadas.
- 2° Un centro de poder.
- 3° Distintos niveles jerárquicos.

49 Considerando 12°.

- 4° Los miembros tienen diversas tareas o misiones compartimentadas.
 - 5° Sometimiento a una férrea disciplina.
 - 6° Intercambio de sus miembros.
 - 7° Aplicación de tecnología e implementación logística.
 - 8° Apariencia de legalidad en algunas actividades o simplemente la realización de una actividad francamente clandestina.
 - 9° Una o varias finalidades.
 - 10° Relativa independencia de los miembros.
- Agrega que este hecho importa un delito por la sola circunstancia de organizarse, lo cual está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 20.000.
 - A continuación el fallo analiza cada requisito con la prueba rendida, concluyendo que fue acreditada la concurrencia de cada uno de los elementos.
 - La prueba principal para acreditar este tipo de delitos es la indiciaria.
 - En relación con la alegación de la defensa en orden a que no existió vulneración del bien jurídico protegido ya que la droga nunca pasó por Chile, el tribunal estimó *“...que Así conforme el artículo 65 de la Ley 20.000 el legislador asimiló los delitos que trata la ley señalada como aquellos contenido en el N°3 del artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto al sometimiento de la jurisdicción chilena de crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República, lo anterior sólo considerando el interés internacional en la sanción de estas figuras, producto de la ratificación de Chile de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, que en su artículo segundo establece como propósito el de promover la cooperación de las partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes u sustancias sicotrópicas, que tengan una dimensión internacional, de los que sigue que “... la intención de los convenios internacionales, en cuya virtud se ha introducido en la legislación de los diversos países la incriminación por la exportación de estupefacientes, es la de amparar la salud pública también más allá de las fronteras nacionales, de lo que se sigue que el bien jurídico resulta afectado aunque la totalidad de los destinatarios de la droga se encuentren fuera de nuestro país...” (cfr. Politoff. L. Sergio, Tratamiento Penal del Tráfico ilícito de Estupefacientes⁵⁰.*

50 Considerando 9° parte final.

3. Sentencias pronunciadas durante el año 2009:

3.a. 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 17 de febrero de 2009, RUC: 0700616004-7

El fiscal dedujo acusación por el delito contemplado en el artículo 16 de la Ley 20.000, en contra de seis imputados. También por el ilícito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Los argumentos que esgrime el tribunal para condenar a los imputados fueron los siguientes (considerando decimotercero):

- *“Un grupo de personas, bajo la dirección de uno de ellos, actuando organizadamente –con un horario determinado, siguiendo pautas de acción, recibiendo “remuneraciones”, y mediante el uso de elementos tecnológicos– actuaban para vender clorhidrato de cocaína en la población Rosita Renard”⁵¹.*
- El concepto de asociación debe comprenderse en un sentido natural y obvio y además reunir un conjunto de requisitos que se le han sumado en doctrina y a través de la jurisprudencia, esto es: *“...Estos requisitos consisten principalmente en que la pluralidad de personas deben estar regidas por un centro de poder, organizadas jerárquicamente, distribuyéndose las funciones que tienden a un fin ilícito, y con un carácter más o menos permanente en el tiempo...”⁵².*
- Finalmente, concluye la procedencia de estos elementos habida consideración que mediante la prueba rendida por la fiscalía, se acreditó cada uno de ellos.

3.b. Tribunal Oral en lo Penal de Colina, de 30 de junio de 2009, RUC: 0600578577-2

La Fiscalía acusó a cinco imputados por los delitos de asociación ilícita y tráfico de drogas, por la importación de drogas desde Bolivia hasta Argentina y Chile.

El tribunal estimó que en el caso de marras se configuró el delito de asociación ilícita respecto de cuatro de los acusados habida consideración de los siguientes argumentos, que fueron vertidos en el considerando undécimo:

- El artículo 16 se refiere a la asociación ilícita, pero para construir el tipo penal, se deben buscar sus restantes elementos en la figura del artículo 292 del Código Penal, el cual está en relación de género a especie con la norma de la Ley 20.000.

51 Considerando 13°.

52 Considerando 13°.

- El tribunal luego de analizar diversa doctrina y jurisprudencia, concluye que los elementos o requisitos de la asociación ilícita son:

“1. La concurrencia de un determinado número de personas, que pueden ser dos, pero lo normal es que por la complejidad de estas estructuras superen a tres;

2. La existencia de un acuerdo entre los miembros del grupo el que ha de tener cierta permanencia en el tiempo. Es indiferente la forma en que se ha adoptado (SIC) este acuerdo y quienes llevan la iniciativa y que otros adhieran al acuerdo, lo relevante es que el acuerdo exista y que no sea transitorio (Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, Décimo Quinta Edición, año 2004, página 832);

3. La actividad encaminada a la realización de actividades ilícitas, en este caso el tráfico de drogas. Es fundamento de toda asociación ilícita el delinquir y a ello, obviamente, no es ajena esta asociación que sanciona la ley 20.000, sólo se precisa que ese delinquir debe tener como contendio (SIC) los delitos que sanciona (SIC) la ley 20.000.

4. La asociación ha de estar dotada de una estructura jerárquica y organizada, lo que corresponde a distinguir (SIC) en su conformación niveles superiores de jefatura y de ejecución de actos y que entre ellos se conozca y respete dicho orden, de esta conformación nace la organización, necesaria que le va a dar permanencia y estabilidad a la estructura;

5. Funciones o roles determinados de sus miembros. Este requisito se desprende del anterior, si efectivamente hay jerarquía y organización, tales valores se corresponden a una clara determinación de funciones y roles a su interior, roles que son parte del acuerdo de delinquir y que se entiende en base a la organización jerárquica de la estructura, como por ejemplo quien planifica y posee recursos para hacer efectivos dichos planes, no estará en la parte ejecutiva de la estructura;

6. El fin debe ser el cometer delitos. Ya se dijo que estas estructuras deben crearse para delinquir, ese es el fin común de las asociaciones ilícitas;

7. La independencia de la asociación de los delitos que se cometan. Esto refleja la autonomía de este delito en razón de los que se cometan.

La jurisprudencia nacional antes citada converge en la concurrencia de estos requisitos, en efecto, se ha señalado que para que realmente se configure el delito antes mencionado es indispensable que ésta esté formada por dos o más personas cuyas voluntades converjan para formar un cuerpo organizado jerárquicamente, dirigido por uno o más jefes, con reglas y directivas que deben acatar y hacer cumplir disciplinariamente (entre ellas el sigilo), con

*carácter más o menos permanente en el tiempo y con la finalidad de cometer uno o más de los delitos que contempla la ley sobre drogas y estupefacientes*⁵³.

- *“...Finalmente, en razón de la concurrencia de los requisitos antes mencionados, es que se puede diferenciar la asociación ilícita de la co-participación y de las exigencias (SIC) del artículo 19 letra A de la ley 20.000. En el primer caso la sola circunstancia de constatarse la existencia de un grupo de personas más o menos numeroso, que actúa planificadamente en la comisión de delitos que afectan bienes jurídicos particulares no autoriza a incriminar los hechos con la figura de asociación ilícita (sentencia dictada el 31 de agosto de 2004, Rol N°15.506-2003), sino más bien autorizaría a sancionar el delito particular en base a las reglas de coparticipación y que para el caso de la ley 20.000, de constatarse que esa agrupación es la forma de asegurar el resultado del delito bajo una unión con cierta permanencia en el tiempo, permitiría la aplicación de la circunstancia calificante que describe la letra a) del artículo 19 de la ley 20.000...”*⁵⁴.
- A continuación el tribunal analiza la prueba y considera que mediante ésta se acredita la procedencia del delito de asociación.

4. Sentencias pronunciadas durante el año 2010:

4.a. Tribunal Oral en lo Penal de San Felipe, de 11 de mayo de 2010, RUC: 0800989323-8

La Fiscalía de Antofagasta deduce acusación en contra de cinco imputados por los delitos de asociación ilícita contemplada en el artículo 16 de la Ley de Drogas y por tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

El tribunal condena a los imputados y en el considerando vigésimo, lo explicita:

- El artículo 16 de la Ley 20.000 sanciona la asociación constituida por una pluralidad de sujetos, se trate de un cuerpo organizado jerárquicamente, con tareas planificadas y distribuidas entre sus miembros, con reglas o directivas acatadas por éstos, con carácter más o menos permanente en el tiempo y con la finalidad de cometer uno más delitos contemplados en la Ley de Drogas número 20.000.
- A continuación señala las exigencias doctrinarias para la configuración del delito de asociación ilícita, esto es, **(a) Participación concertada de varias personas, (b) Jerarquía que se manifiesta dentro de una organización que evidencia estructura en su funcionamiento, (c) Permanencia en el tiempo, (d) Misma finalidad ilícita.**

53 Considerando 11°.

54 Considerando 11°.

- Y a continuación analiza la prueba en virtud de la cual estima concurrente los elementos mencionados.

4.b. 2° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 2 de diciembre de 2010, RUC: 070081345-1

El Fiscal acusó a cuatro imputados por diversos delitos, dentro de los cuales se encuentra la figura penal de la asociación ilícita, del artículo 16 de la Ley de Drogas.

El tribunal para emitir la decisión de condena estimó que la asociación ilícita supone la concurrencia de los siguientes requisitos (considerando noveno):

- Para la procedencia del delito deben concurrir los elementos que exige la jurisprudencia y la doctrina, esto es, presencia de un grupo de personas con organización y jerarquía, con una división de funciones, con permanencia en el tiempo y un objeto determinado.
- *“...En otros términos, la asociación debe estar constituida por dos o más personas cuyas voluntades convergen para constituir un cuerpo organizado jerárquicamente, dirigido por uno o más jefes, con reglas y directivas que se deben acatar y hacer cumplir disciplinadamente, incluso con sigilo, con carácter más o menos permanente en el tiempo y con la finalidad de cometer delitos...”*⁵⁵.
- Respecto del bien jurídico protegido, se estima que afecta el orden público y la salud pública.
- Finalmente analiza la prueba de acuerdo a estos requisitos, concluyendo que en la especie concurre el delito por lo que se condena a los acusados.

5. Sentencias pronunciadas durante el año 2011:

3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 24 de noviembre de 2011, RUC: 0800472579-5

El Ministerio Público deduce acusación en contra de once personas por los delitos de asociación ilícita y además respecto de algunos de los imputados por otros ilícitos. En la acusación la organización es definida como una de carácter familiar.

El tribunal en el considerando 64° esgrime los argumentos que a su juicio justificaron la absolución por el ilícito de asociación ilícita de la Ley de Drogas:

55 Considerando 9°.

- El concepto de asociación ilícita se construye sobre la base de los aportes de la doctrina y jurisprudencia.
- También resulta necesario acudir a la figura base que es la que se encuentra establecida en el artículo 292 del Código Penal.
- *“...En el proyecto del Ejecutivo de la ley 20.000 se contenía una definición de “organización delictual” como: “aquella sociedad criminal constituida por un grupo de dos o más personas, jerárquica y disciplinariamente constituido, unidas todas por el propósito común y de permanencia en el tiempo, de incurrir en una indeterminada cantidad de delitos a fin de repartirse las utilidades o beneficios que de ellos provenga”.*

Por su parte, la jurisprudencia ha aportado diversas definiciones de lo que debiera entenderse por asociación ilícita como por ejemplo en sentencia pronunciada por el 6° TOP de Santiago, de fecha 3 de mayo de 2007 en la que se analizan como elementos estructurales de la asociación ilícita los siguientes:

1. *Pluralidad de personas. Dos o más personas concertadas.*
2. *Un centro de poder*
3. *Distintos niveles jerárquicos*
4. *Tareas o misiones compartimentadas*
5. *Férrea disciplina entre sus miembros*
6. *Intercambio de sus miembros*
7. *Aplicación de tecnología e implementación logística*
8. *Apariencia de legalidad en algunas actividades o realización de una actividad derechamente clandestina*
9. *Una o varias finalidades*
10. *Relativa independencia entre sus miembros.*

En fallo dictado por el 3° TOP de Santiago de fecha 17/02/2009 en su considerando decimotercero se indica: “En la especie, los hechos acreditados encuadran en el tipo penal antes descrito por cuanto un grupo de personas, bajo la dirección de uno de ellos, actuando organizadamente –con un horario determinado, siguiendo pautas de acción, recibiendo “remuneraciones” y mediante el uso de elementos tecnológicos– actuaban para vender clorhidrato de cocaína en la población Rosita Renard. A este respecto, el concepto de “asociación u organización” que emplea el tipo penal, además de entenderse en su sentido natural y obvio –esto es– “unir una persona a otra que colabore en el desempeño de algún cargo, comisión o trabajo” o “asociación de personas reguladas por un conjunto de normas en función de determinados fines”, debe en este caso en particular reunir otros requisitos doctrinarios y jurisprudenciales”.

La Excma. Corte Suprema en resolución de 15 de marzo de 2010 introduce los elementos que a su criterio son los que configuran el delito al señalar que: “La jurisprudencia ha desarrollado los criterios o elementos necesarios para determinar o llenar de contenido el tipo delictual, a saber: la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicación y/o instrucciones, concertación, distribución de tareas y una cierta estabilidad temporal (...).”

Por otra parte, en el delito asociativo, será necesario verificar, a través de comportamientos ya exteriorizados, la seriedad de la puesta en peligro de la paz y el orden público –norma principal– esto es, de la crisis de la confianza ciudadana en la vigencia de ellos. En materia probatoria, la posesión de determinados objetos, información, datos, planos, instrumentos, etc. puede resultar un indicador material eficaz en la interpretación del tipo. (El crimen organizado, del profesor Guillermo Yacobucci, edit. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, pág. 89)

Por lo tanto, resulta de la esencia del tipo que nos enfrentemos a un número de personas que se encuentren vinculadas entre sí por cierto afecto societario. No es necesario que haya un pacto escrito, pero sí que al menos tácitamente se pueda comprobar ese acuerdo de voluntades que tiene por objeto la comisión de hechos ilícitos futuros. Por eso el número va de la mano con el análisis de cierta permanencia, orientación y acuerdo material. (El crimen organizado, del profesor Guillermo Yacobucci, edit. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, pág. 96)...⁵⁶.

- A continuación agrega que este caso da cuenta de una organización familiar, más o menos organizada, pero que no cumple con los requisitos antes mencionados.
- Finalmente, concluye que en este caso lo procedente es la agravante del artículo 19 letra a) de la Ley 20.000.

6. Sentencias pronunciadas durante el año 2012:

Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, de 3 de enero de 2012, RUC:0800165077-8

El Ministerio Público acusa a veinte imputados por el delito asociación ilícita de la Ley de Drogas, de los cuales once fueron condenados y nueve absueltos.

El tribunal argumenta su decisión de condena de la siguiente manera (considerando quinto):

- El tribunal señala que condenó por este delito ya que a su juicio concurren los elementos que lo componen, esto es, “*La concurrencia de una pluralidad de personas. 2.-Existencia de un concierto más o menos perma-*

⁵⁶ Considerando 64°.

*nente o continuo, en orden a ejecutar acciones propias con miras a perpetrar delitos de tráfico de drogas. 3.- Una **organización** con carácter funcional a la comisión de dichos ilícitos. 4.- Dirección de uno o más líderes, en que se observe alguna distribución de funciones entre los distintos miembros.- En último término para efectos de este análisis, 5.- Un determinado nivel de **jerarquía**, donde concurran a lo menos dos niveles definidos*⁵⁷.

- El tribunal agrega que el elemento de la permanencia se manifiesta en la fungibilidad de sus integrantes, ya que cada vez que detenía a algunos de sus miembros ingresaban nuevos a cumplir esas tareas.
- El concierto se manifestó en el ofrecimiento y aceptación continua de realizar actos de tráfico.
- También el tribunal observó la existencia de una organización y jerarquía.

7. Sentencias pronunciadas durante el año 2013:

7.a. 5° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 22 de marzo de 2013, RUC: 1100479782-7

El Ministerio Público dedujo acusación en contra de catorce imputados, por varios delitos y a nueve de éstos por la figura del artículo 16 de la Ley 20.000. Analizada la prueba en la sentencia se los absuelve por este hecho. Los argumentos esgrimidos para estos efectos fueron (considerando sexto):

- La doctrina como la jurisprudencia han señalado que deben concurrir diversos requisitos para que se configure el delito de asociación ilícita.
- Estos elementos a juicio del tribunal son: “...*dos o más personas cuyas voluntades converjan para formar un cuerpo organizado jerárquicamente, dirigido por uno o más jefes, con reglas y directivas que deben acatar y hacer cumplir disciplinariamente, con carácter más o menos permanente en el tiempo y con la finalidad de cometer uno o más de los delitos...*”⁵⁸.
- En el caso de marras el tribunal no observa la concurrencia de todos estos elementos, concluyendo que: “...*En efecto, no puede confundirse la **asociación ilícita** con la ejecución de un plan delictivo por una pluralidad de personas, como sucede en la especie, lo que pertenece a la co-participación delictiva, aún cuando ambos supuestos presenten ciertos rasgos o características comunes.*”

*Así, la **asociación** lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso, una cierta jerarquización; empleo*

57 Considerando 5°.

58 Considerando 6°.

*de medios materiales; continuidad temporal del plan criminal más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito o mera codelinquencia. La conducta del autor –asociado para delinquir– deriva en que él sujeta su voluntad a la del grupo, y de este modo se inserta en la organización, siendo necesario “que haya existido, al menos, una exteriorización de la conducta de sus integrantes que permita a todos ellos reconocerse entre sí como pertenecientes a un conjunto que comparte objetivos comunes, esto es, que la **asociación se forma para cometer delitos**” (Patricia S. Ziffer: “El Delito de **Asociación Ilícita**”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, página 72). La misma autora expresa que: “ello supone la existencia de algunas reglas vinculantes para todos los miembros con respecto a la formación de la “voluntad social”; aún cuando no haya relaciones de subordinación entre los miembros, para que la agrupación funcione como tal es requisito la aceptación común de esas reglas (ob. cit., página 73)”⁵⁹.*

- Concretamente en la sentencia se señala que no se pudo probar que existiera un jefe, no siendo suficiente el trato de patrón que le daban los otros imputados. En relación con la permanencia en el tiempo, ya que si bien se acreditaron cinco delitos no se pudo demostrar la vinculación entre ellos.

7.b. 5° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 22 de junio de 2013, RUC: 1000919232-3

El tribunal absuelve a los nueve acusados por la infracción al artículo 16 de la Ley 20.000 y condena a catorce, fundando su decisión de la siguiente forma (considerando sexto):

- El delito de asociación ilícita es un delito de peligro abstracto, cuyo bien jurídico protegido es el orden social por lo que se persiguen las organizaciones que atenten contra dicho orden.
- Los elementos que la jurisprudencia considera integran este delito son: “...dos o más personas cuyas voluntades convergen para constituir un cuerpo organizado jerárquicamente, dirigido por uno o más jefes, con reglas y directivas que deben acatar y hacer cumplir, con carácter más o menos permanente en el tiempo, con la finalidad de cometer uno o más delitos que contempla la Ley N°20.000. (Excma. Corte Suprema Rol N°1183-2002)”⁶⁰.
- La asociación no es una mera reunión de personas, lo propio de ésta es que se trata de una organización de personas con reglas propias y un fin determinado.

⁵⁹ Considerando 6°.

⁶⁰ Considerando 6°.

- Del mismo modo es posible distinguir la agravante de agrupación con la asociación, donde esta última es más organizada, permanente. La agravante es de carácter residual.
- Es por lo expresado que la asociación configura un delito autónomo y distinto que se sanciona por el solo hecho de constituirse.
- La asociación a diferencia de la co-participación que es esporádica o eventual, se rige por reglas que tiene el grupo y donde existe algún grado de permanencia.
- En virtud de lo expuesto el tribunal declara que: “...*En base a lo señalado podemos señalar que los requisitos objetivos para estar frente a una asociación ilícita del artículo 16 de la Ley N°20.000, son los siguientes: a) organización de dos o más personas; b) más o menos permanente; c) jerarquizada, con sus jefes y reglas propias y distribución de funciones; y d) destinada a cometer un indeterminado número de delitos de la Ley N°20.000*”⁶¹.
- Concluyendo, del análisis de la prueba, que estos elementos concurren en el caso concreto respecto de catorce de los acusados.

VI. Nuestra opinión respecto de los elementos de la asociación ilícita

Del estudio realizado en los capítulos precedentes, queda en evidencia que el concepto de asociación ilícita se caracteriza porque sus elementos precisos han sido construidos por la doctrina y la jurisprudencia. Al mismo tiempo, si bien existe convergencia en orden a la concurrencia de elementos como pluralidad de individuos, organización, permanencia en el tiempo, ánimo asociativo y finalidad delictiva, también se han planteado algunos nuevos como, férrea disciplina, uso de tecnología, independencia de sus miembros, entre otros.

Algunos de estos nuevos elementos pueden, a nuestro juicio, ser subsumidos en otros, como se señaló al momento de analizar una de las sentencia⁶², lo que determina que en definitiva no sean tantos como aparentemente parece ocurrir.

En relación con el lucro, si bien es recurrente que en este tipo de organizaciones sus miembros persigan el obtener ganancias con su actividad, dicho lucro, al igual como ocurre en el tráfico de drogas, no es un elemento integrante del tipo.

Por lo expuesto, nuestra propuesta dice relación con instar por la procedencia del delito de asociación cuando concurren los elementos que a continuación mencionaremos:

⁶¹ Considerando 6°.

⁶² 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 3 de mayo de 2007, RUC: 0500322293-6.

1. Organización de funciones y centro de poder.
2. Voluntad o ánimo de colaborar a su fin delictivo.
3. Relativa estabilidad en el tiempo.
4. Finalidad de cometer delitos contemplados en la Ley 20.000.

En relación con **la organización y centro de poder**, estimamos que es indispensable que el grupo se organice, distribuya tareas y defina encargados, pero creemos que es más adecuado utilizar el término *centro de poder* que jerarquía, máxime si las organizaciones modernas no siempre responden a una estructura piramidal, existen órganos colegiados, funciones compartidas e incluso identificar precisamente un solo liderazgo resulta muy complejo. Adicionalmente, es recurrente encontrar organizaciones con compartimentaje de información y con cédulas de poder.

El elemento subjetivo relativo **al ánimo de asociarse con el fin de cometer delitos**, es fundamental a la hora de responsabilizar a sus miembros por el ilícito de organización y los delitos cometidos. En este sentido, la convergencia de los miembros y su adhesión al programa criminal encuentra su fundamento en el lucro o el propósito de generar ganancias mediante la realización mancomunada de delitos de la Ley de Drogas. Esta circunstancia define a las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas y es un punto que pretendemos desarrollar en el futuro.

En relación con la **relativa estabilidad en el tiempo** si bien este elemento es de carácter temporal lo relevante dice relación con la estabilidad o cómo el grupo se proyecta, más que el transcurso del tiempo o la efectiva comisión de cierta cantidad de delitos.

Por último, respecto de la **finalidad de cometer delitos contemplados en la Ley 20.000**, ésta es fundamental para distinguirla de la figura base del artículo 292 del Código Penal, más cuando el organizarse para cometer delitos de la Ley de Drogas, conlleva una pena más gravosa que el comprometerse con las finalidades del Código Penal.

VII. Conclusiones

Finalmente, hacer presente que lo que hemos pretendido mediante este trabajo es dar cuenta de algunas de las características y dificultades del delito de asociación ilícita en general y en particular en relación con la Ley 20.000.

Que, la doctrina y la jurisprudencia han realizado importantes esfuerzos para delimitar el concepto de asociación, lo cual resulta ser una tarea bastante compleja.

La gran cantidad de requisitos que se han señalado como integrantes del tipo penal, dificultan la prueba del caso en juicio, por lo que se recomienda instar por la procedencia de los elementos clásicos, en virtud de los argumentos explicitados en este trabajo.

Bibliografía

Autores

- CARNEVALI, Raúl y FUENTES, Hernán. Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el artículo 16 de la Ley N°20.000 [en línea]. Santiago, Chile. Política criminal N°62008 D1 pp. 1-10. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_1_6.pdf, 1 de julio de 2013.
- CORNEJO, Abel. *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni editores, 2001.
- CÚNEO, Cristián. *Asociación ilícita: elementos del delito orden jurídico penal*. Argentina, Editorial Fabián J. di Plácido, 2007.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte Especial*, 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile 1998.
- FIGUEROA, Renzo y SALAS, Rubén. “La conspiración la agravante del artículo 19 letra a) y la asociación ilícita del artículo 16 de la Ley 20.000”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público* N°53, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2012, págs. 105-113.
- GAJARDO, Tania. “Elementos del tipo penal de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal. Propuesta análisis doctrinal y jurisprudencial”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°45, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2010, págs. 229-243.
- GRISOLÍA, Francisco. “El delito de asociación ilícita”. En: *Revista Chilena de Derecho* Vol. 31 N°1, Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004, págs. 75-88.
- MAÑALICH, Juan Pablo. “Organización delictiva bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”. En: *Revista Chilena de Derecho* Vol N°38 N°2, Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile 2001, págs. 279-310.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*, 14ª ed. completamente revisada y puesta al día. España, Editorial Tirant lo Blanch, 2002.

- POLITOFF MATUS Y RAMÍREZ. *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- ROXIN, Claus. “El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata”. En: *Revista de Estudios de la Justicia* N°7, Santiago, Chile, Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile, 2006, págs.11-22
- SÁNCHEZ, Isabel. “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”. En: *Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional* N°23, Colombia, Editorial Legis, 2008, págs. 671-681.
- TAMARIT, Josep María. *Comentarios al nuevo Código Penal de Gonzalo Quinteros Olivares y otros*. 2ª. ed., España, Editorial Aranzadi, 2001.

Leyes

- Historia de la Ley 20.000. En Biblioteca del Congreso Nacional [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=235507&buscar=20000>, de 11 de julio de 2013.
- Chile, Ley N°20.000, sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Diario Oficial del 16 de febrero de 2005.

Sentencias

1. 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 3 de mayo de 2007, RUC: 0500322293-6.
2. Tribunal Oral en lo Penal de Talagante, de 28 de abril de 2008, RUC: 0500255222-3.
3. 2° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 18 de agosto de 2008, RUC: 0500683346-4.
4. 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 20 de octubre de 2008, RUC: 0600765400-4.
5. 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 17 de febrero de 2009, RUC: 0700616004-7.
6. Tribunal Oral en lo Penal de Colina, de 30 de junio de 2009, RUC: 0600578577-2.
7. Tribunal Oral en lo Penal de San Felipe, de 11 de mayo de 2010, RUC: 0800989323-8.

8. 2° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 2 de diciembre de 2010, RUC: 070081345-1.
9. Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 24 de noviembre de 2011, RUC: 0800472579-5.
10. Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, de 3 de enero de 2012, RUC: 0800165077-8.
11. 5° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 22 de marzo de 2013, RUC: 1100479782-7.
12. 5° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 22 de junio de 2013, RUC: 1000919232-3.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL
Y EXTRADICIONES

UN ACERCAMIENTO A LA CAUSA PROBABLE

Karinna Fernández Neira¹
Carolina Gómez²

Introducción

Como es de conocimiento de quienes integran el Ministerio Público chileno, como consecuencia de lo previsto en la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que trata sobre la protección a pesquisas y aprehensiones arbitrarias, en todos los requerimientos de asistencia penal internacional dirigidos a los Estados Unidos de Norteamérica debe incorporarse una cláusula especial indicando “la causa probable” del caso, en la que se acredite que de los antecedentes que se poseen en la investigación criminal es posible deducir la existencia real de un delito específico, así como la identidad de sus autores, requisito que, superado, permitirá a las autoridades judiciales acceder a las diligencias solicitadas por la Fiscalía chilena.

Ahora bien, cumplir con dicho requisito o estándar no es una tarea sencilla, especialmente porque el referido instituto si bien es un concepto simple, en la práctica es muy difícil de superar, lo que se explica fundamentalmente por lo impreciso de la consagración en la Cuarta Enmienda. En este sentido, la referida disposición expresa; “el derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”³. Como consecuencia de esta protección constitucional, se exige que antes de realizarse cualquier gestión o diligencia que atente contra el derecho de sus habitantes a la inviolabilidad arbitraria de su persona, domicilio o efectos personales, existan en poder de las autoridades policiales antecedentes probatorios que aseguren la existencia de una sospecha verosímil tanto del crimen como de los supuestos partícipes respecto de los cuales se ordenan las diligencias investigativas,

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

2 Estudiante de Doctorado Jurídico, California Western School of Law, San Diego.

3 La Constitución de los Estados Unidos de América 1787, Enmienda IV, traducción de las autoras.

siempre considerando que se está comprometiendo los intereses de la libertad individual y la aplicación efectiva de la ley⁴.

En atención a las dificultades que la concepción⁵ de este instituto puede representar, este breve trabajo pretende otorgar un acercamiento a la Causa Probable, presentando sus aspectos generales, observando su evolución en manos de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, y finalmente entregando ciertos ejemplos que permitan en su conjunto facilitar su comprensión por parte de aquellos fiscales y abogados que deben invocarla y superarla al momento de elaborar un requerimiento dirigido a las autoridades norteamericanas, siempre en miras a obtener un resultado exitoso del mismo.

Aspectos generales

Presentado el origen y consagración constitucional de la Causa Probable, es importante comprender su finalidad. Para ello resulta esencial mencionar que la Corte Suprema de los EE.UU. ha concluido que cuando el estándar de la causa probable es aplicado correctamente, se cumple con proteger a los ciudadanos de las interferencias irracionales y precipitadas de su vida privada, así como de acusaciones infundadas sobre su participación en delitos, mientras que paralelamente se asegura la existencia de un margen razonable para el ejercicio efectivo de la ley en la protección de la comunidad⁶.

Podemos conceptualizar la Causa Probable como “un estándar que debe ser respetado y superado por todos aquellos oficiales públicos que pretendan efectuar una búsqueda que ponga en riesgo al intimidad o la propiedad de una persona, así como aquellos que busquen privar de libertad a un imputado”.

Corresponde precisar que en los EE.UU., la causa probable es exigida para todas aquellas diligencias que afecten o impliquen una intromisión en la propiedad de los ciudadanos, así como en todos los arrestos, hechos con o sin orden judicial, adicionalmente en aquellos que no existe una orden judicial previa, se debe de tener una creencia razonable que el crimen específico fue cometido por la persona que se ha arrestado⁷.

Así, el agente policial puede arrestar o hacer una búsqueda sin la correspondiente orden judicial, pero el imputado tendrá la posibilidad de alegar poste-

4 WRIGHT, Charles Alan, LEIPOLD, Andrew D. “Showing of Probable Cause Required”. En: *Federal Rules of Criminal Procedure* § 52, 4th Edition, United States, 2013, p. 1.

5 Que como indicó Ronal Dworwin, hace referencia a la forma de llevar a la práctica un concepto.

6 Supreme Court of the United States, 15 December 2003, *Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 366.

7 Supreme Court of the United States, 30 June 2004, *State v. Abbott*, 83 P.3d 794.

riormente y en sede judicial que no se cumplió con el estándar que implica la Causa Probable, existiendo la posibilidad de que la evidencia obtenida en la búsqueda sea declarada inadmisibile y excluida.

La Causa Probable encuentra su faz más concreta y completa cuando el agente policial antes de efectuar la diligencia obtiene una orden oficial de un juez al que le ha acreditado que posee suficiente evidencia para satisfacer los requisitos de verisimilitud que se exigen, respecto del delito como de los partícipes para dar por superada la Causa Probable. Dicho estándar de verisimilitud, deberá ser el que cumpla la o el fiscal chilenos al fundar su requerimiento, en la medida que la solicitud que incluye, requiera afectar de alguna forma los derechos protegidos por la Cuarta Enmienda.

La Causa Probable es un estándar de evidencia más fuerte que una sospecha razonable, pero más débil que el que se requiere para asegurar una condena penal⁸. Incluso, un rumor puede suministrar una Causa Probable si se trata de una fuente confiable y respaldada por otras pruebas⁹. El estándar que se aplica se refiere como el examen de la “totalidad de la circunstancias” y opera debajo del antiguo estándar “Spinelli-Aguilar”, en el cual, si a una parte del análisis le falta información, la parte dos del análisis lo puede cubrir¹⁰.

Así, si bien el estándar de la causa probable tiene sus propios requisitos —a los que nos referiremos más adelante— dadas las características del sistema anglosajón no son de estricto cumplimiento y pueden ser complementados con la explicación de los hechos y otra evidencia que contribuya a aclarar la existencia del delito y la identidad de sus partícipes, considerando la totalidad de las circunstancias que concurran en el caso particular.

El principal problema de la aplicación de la Causa Probable, se relaciona con su ambigüedad, por ello observar su evolución nos otorga mayor claridad. Originalmente, la causa probable era solamente un requisito de declaración para las víctimas o los funcionarios que fueron testigos de un delito¹¹. La noción moderna es que la causa probable es un umbral probatorio que permita otorgar una legitimidad a una búsqueda o detención que pueda ser satisfecha con los frutos de la investigación de un oficial¹². El tema de la causa

8 HANDLER, J.G. “Probable Cause” En: *Ballentine’s Law Dictionary* (Legal Assistant ed.), Albany: Delmar, United States, 1994, p. 431.

9 OLIVER, Wesley MacNeil, “The Modern History of Probable Cause”. En: *Tennessee Law Review Association, Inc* [en línea], 78 Tenn. L. Rev., Tennessee, United States, 2011, págs. 378-381. Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/tenn78&div=14&cid=&page=> [fecha de consulta: 19 julio 2013].

10 *Ibidem*.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*, p. 379.

probable se desarrolló cuando los delitos sin víctimas crearon una necesidad para un nuevo método de autorización de búsqueda¹³, y se llegó a concluir que, a pesar de existir ciertas circunstancias particulares de un caso en el cual la policía no necesita obtener un orden judicial antes de hacer un arresto, no se puede justificar un arresto sin causa probable¹⁴, otorgándosele relevancia a la necesidad de obtener una orden judicial para una búsqueda o arresto ya que el imputado tendrá menos posibilidades de lograr impugnar el arresto o de excluir la evidencia obtenida en la búsqueda, cuando la diligencia o arresto encuentra su origen en una orden judicial¹⁵.

Lo que constituye la Causa Probable

No hay un examen preciso que determine o establezca que en un caso particular existe o no suficiente Causa Probable para hacer un arresto, más bien, el análisis está basado en los hechos particulares y circunstancias de cada caso individualmente¹⁶.

Por su parte, la Causa Probable necesaria para arrestar a alguien o limitar sus derechos de propiedad, como inspeccionar sus bienes, sin una orden judicial es un tema práctico que no responde a un concepto técnico¹⁷.

Así, el umbral de la causa probable está basado en hechos y consideraciones prácticas que provocarían que una persona razonable crea que hay una probabilidad de que un acto ilegal ocurrió o va a ocurrir¹⁸. El estándar de la causa probable para un arresto representa la sabiduría acumulada del precedente legal y experiencia del policía, lo cual justificará el requerimiento básico para hacer una intrusión considerada razonable bajo la Cuarta Enmienda¹⁹.

La idea de la persona confiable y fidedigna se debe entender simplemente como cuestiones estrechamente entrelazadas que puedan iluminar convenientemente el sentido común o cuestión práctica²⁰. Así, la tarea del juez es simplemente hacer una decisión práctica de sentido común si, dadas todas las circunstancias enunciadas en la declaración jurada ante él, existe una probabilidad razonable que la evidencia de un delito se encuentran en un lugar

13 Ibidem.

14 LOCKHART, James. "Cause of Action Under §1983 for Unlawful Arrest or Detention". En: *Causes of Action First Series* §17, 9 Causes of Action 237, United States, 2013, págs. 1-3.

15 Supreme Court of the United States, 1 March 1983, *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 214.

16 Supreme Court of Missouri, 25 June 2002, *Hinnah v. Director of Revenue*, 77 S.W.3d 616.

17 Supreme Court of the United States, 15 August 1964, *Beck v. State of Ohio*, 379 U.S. 89.

18 United States Court of Appeals Sixth Circuit, 6 May 2002, *U.S. v. Martin*, 289 F.3d 392.

19 Supreme Court of the United States, 19 February 2013, *Bailey v. U.S.*, 133 S. Ct. 1031.

20 Supreme Court of the United States, 1 March 1983, *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 230.

determinado²¹. Por su parte, el deber de un tribunal de apelación será simplemente asegurarse que el magistrado tenía una base sustancial para concluir que existía una causa probable²². Este estándar de aplicación, al ser flexible logra una mejor garantía de los intereses públicos y privados protegidos por la Cuarta Enmienda, flexibilidad que surge del enfoque generado por Aguilar y Spinelli²³.

Sin embargo, podemos indicar que en general, para satisfacer el estándar fijado por la Causa Probable con el fin de obtener pruebas como resultado de un requerimiento, es necesario fundarlo en:

- 1) Información de origen confiable que sea suficiente para
- 2) Garantizar que un hombre razonable adquiriría la creencia de que el delito ha sido cometido y que las pruebas del delito se encuentran en el lugar que se solicita sea registrado

Estos parámetros han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU., lo que los ha complejizado, por ello, desarrollamos a continuación una simplificada explicación para ayudar en la preparación de solicitudes de asistencia de los Estados Unidos que requieren satisfacción de la causa probable estándar.

El primer requisito necesita que la información aportada y en la que se basa la solicitud de prueba sea absolutamente confiable. Resultando central acreditar la fiabilidad de la fuente desde donde proviene la información.

Este requisito puede ser satisfecho de diversas maneras, siendo el más típico el estándar que considera que la información es confiable si la fuente es un ciudadano común o un agente de policía o perteneciente a una agencia de gobierno.

Si la fuente es un criminal, la información debe ser apoyada con antecedentes adicionales que demuestren que la información es fiable. Esto se puede hacer por ejemplo, mostrando que (a) la información recibida desde esta fuente ha demostrado ser útil en el pasado; (b) la fuente de la información también corre el riesgo de condena por haber proporcionado la información, o (c) la información proporcionada es tan precisa que debe ser cierta.

Para cumplir con el **segundo requisito**, se debe mostrar que la información aportada ha sido **personalmente descrita o relatada por la fuente, en base a hechos que ella vivenció de manera directa**. Utilizando, por ejemplo, los parámetros manejados para solicitar una orden de detención, ya que en tales

21 Ibidem, p. 230.

22 Ibidem, págs. 213-214.

23 Ibidem.

solicitudes generalmente se mencionan observaciones personales de la fuente que permiten argumentar que es muy probable o evidente que la persona cuya detención se solicita ha cometido el delito (es decir, la fuente vio a la persona que cometió el delito, o no vio que cometió el delito, pero reconoció su voz, o vio evidencia física que vincula a cierta persona con el delito, etc.).

En el mismo sentido, una solicitud de orden de registro debe demostrar la existencia de antecedentes que acrediten que un **determinado local fue comprometido por un delito** y que actualmente contiene específicas pruebas.

La **información presentada deberá ser reciente** o un tribunal de EE.UU. podrá denegar la solicitud, concluyendo que tanto tiempo ha pasado desde que se creía que la evidencia estaba en determinado lugar, que pudo haber sido trasladada.

Finalmente, si la información no se basa en la observación personal de un testigo, los antecedentes que fundan la solicitud de prueba, deberían ser suficientemente **corroborados por una investigación independiente (policial)** a fin de que un tribunal de EE.UU. pueda concluir que es probable que la información sea correcta.

Casos importantes

Para demostrar la evolución que la Causa Probable ha tenido como estándar en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, hemos seleccionado los cuatro fallos del máximo tribunal que más han incidido en el desarrollo de la concepción de la Causa Probable, así como en la identificación de los requisitos que deben verificarse:

Aguilar vs. Texas²⁴

Este caso cumplió con estabilizar originalmente los parámetros del estándar de la causa probable. En este caso, dos policías de Houston solicitaron a un Juez Local una orden de registro para revisar si había narcóticos en el hogar del imputado²⁵. En apoyo de su solicitud, los funcionarios presentaron una declaración jurada que indicaba: “Los declarantes han recibido información fidedigna de una persona creíble que indican que hay heroína, marihuana, barbitúricos y otros narcóticos y estupefacientes que se mantienen en el lugar indicado, para su venta y uso contrario a las disposiciones de la ley”²⁶.

24 Supreme Court of the United States, 25 March 1964, *Aguilar v. State of Texas*, 378 U.S. 108.

25 Ibidem, p. 114.

26 Ibidem, p. 115.

En base a tales antecedentes el Juez otorgó la orden de registro. Después, durante la ejecución de la orden, la policía local, junto con los funcionarios federales, anunciaron en la puerta del imputado de que eran policías con una orden judicial²⁷. Al oír alboroto dentro de la casa, los agentes irrumpieron en la casa y detuvieron al imputado cuando trataba de deshacerse de un paquete de narcóticos²⁸.

En el juicio ante el Tribunal Estatal, el imputado, a través de su defensor, se opuso a la introducción de las pruebas obtenidas como resultado de la ejecución de la orden judicial. Las objeciones fueron anuladas y las pruebas admitidas²⁹. Luego la Corte Suprema decretó que la orden de registro no debería haber sido emitida porque la declaración jurada no constituye una base suficiente para la determinación de una Causa Probable y que por tanto, las pruebas obtenidas como resultado de la orden de registro no debían ser admitidas en el juicio contra el imputado³⁰.

Así se estableció que en virtud de la Cuarta Enmienda, un Juez no puede emitir correctamente una orden para registrar una vivienda a menos que pueda encontrar una Causa Probable dentro de los hechos o circunstancias que se le presentaron, bajo juramento o afirmación. Las creencias o sospechas no son suficientes para hacer conclusiones validas³¹. Lo que se busca salvaguardar es que la orden emane de un magistrado neutral e independiente en lugar de ser resuelto por la valoración aportada por el oficial involucrado en el caso³².

A pesar que una declaración jurada pueda basarse en la información de oídas y no necesita reflejar las observaciones directas y personales del declarante, el magistrado debe ser informado de algunas de las circunstancias subyacentes con las que el informante llegó a la conclusión de que los narcóticos estaban donde se dijo que estarían, y de algunas de las circunstancias subyacentes con las cuales el oficial llegó a la conclusión de que el informante, cuya identidad no necesita ser revelada, estaba en lo cierto³³.

27 Ibidem.

28 Ibidem.

29 Ibidem.

30 Ibidem, p. 116.

31 Ibidem, p. 112.

32 Ibidem, p. 111.

33 Supreme Court of the United States, 25 March 1964, *Aguilar v. State of Texas.*, 378 U.S. 114.

Spinelli vs. United States³⁴

En *Spinelli v. United States*, la Corte amplió el estándar fijado en *Aguilar v. Texas*, indicando que el juez debe ser informado de las circunstancias en las cuales la persona que provee la información obtuvo la información que entrega³⁵. Ahora estos criterios no se siguen completamente porque fue modificado y expandido por *Illinois v. Gates*. Pero sí fue el primer caso que le dio estructura al análisis de la Causa Probable, razón que a nuestro juicio justifica que la incorporemos en este trabajo.

En este caso, William Spinelli fue condenado en virtud de 18 USC 19521 por viajar a St. Louis Missouri, desde un suburbio cercano con la intención de llevar a cabo actividades de juegos de azar prohibidos por la ley de Missouri³⁶. En cada etapa de las actuaciones en los tribunales de primera instancia, el demandante impugnó la constitucionalidad de la orden que autorizaba la búsqueda del FBI que les permitió obtener la evidencia necesaria para su condena³⁷.

La declaración jurada presentada por los oficiales indicaba:

1. Que el FBI había seguido los movimientos de Spinelli por cinco días durante el mes de agosto del 1965. En cuatro de esas ocasiones, Spinelli fue visto cruzando uno de los dos puentes que conducen de Illinois hasta St. Louis, Missouri, entre las 11 am y 12:15 pm. En cuatro de los cinco días, Spinelli también fue visto parqueando su auto en un aparcamiento utilizado por los residentes de un edificio de apartamentos en 1108 Circle Drive indio en St. Louis y lo vieron entrar en un departamento³⁸.
2. Una revisión del FBI con la compañía telefónica reveló que este departamento tenía dos teléfonos que figuran bajo el nombre de García P. Hagen y tenían los números WYdown 4-0029 y WYdown 4-0136³⁹.
3. La solicitud decía que “William Spinelli es conocido por el declarante y agentes federales y agentes de la policía local como un corredor de apuestas, un asociado de los corredores de apuestas, un jugador, y un socio de los jugadores”⁴⁰.

34 Supreme Court of the United States, 19 January 1969, *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410.

35 Ibidem, p. 410.

36 Ibidem, p. 411.

37 Ibidem, págs. 411-412.

38 Ibidem, págs. 413-414.

39 Ibidem, p. 414.

40 Ibidem.

4. Por último, se indicó que el FBI había sido puesto en aviso por un informante fiable y confidencial que Spinelli estaba generando y recibiendo apuestas, cuyos resultados difundía a través de los teléfonos números WYdown 4-0029 y WYdown 4-0136⁴¹.

El relato del informante primero debe calificarse con los criterios fijados en *Aguilar v. Texas* de modo que su valor probatorio pueda ser evaluado. Si a la luz de los requisitos es considerado insuficiente, se deben apreciar los demás alegatos que corroboran la información contenida en el informe de oídas. Sin embargo, en esta etapa también, las normas enunciadas en *Aguilar v. Texas* deben ser consideradas por la decisión del magistrado⁴².

Se debe preguntar: ¿Si el consejo anónimo, aun cuando algunas de sus partes han sido corroborados por otras fuentes independientes, es capaz, dado su naturaleza de anónimo, de superar el estándar fijado en *Aguilar*? *Aguilar*, es relevante en esta etapa de la investigación, porque el estándar que establece fue diseñado para poner en práctica el principio de larga data de que la Causa Probable debe ser determinada por un “magistrado neutral e imparcial” y no por “el oficial dedicado a atacar y descubrir la delincuencia”⁴³.

Así, aunque el declarante juró que su confidente era “fiable”, no ofreció ninguna razón en apoyo de esta conclusión. Tal vez aun más importante es el hecho de que otra prueba de *Aguilar* no ha sido satisfecha. El consejo anónimo no contiene una motivación suficiente de las circunstancias subyacentes de las que el informante concluyó que Spinelli manejaba una operación de apuestas⁴⁴.

La Corte Suprema concluyó que en el presente caso, el consejo anónimo, incluso corroborado en la medida en que se les indicó, no era suficiente para proporcionar la base para una determinación de causa probable. Esto no quiere decir que el consejo anónimo fue tan insustancial que no podía correctamente haber contado en la decisión del magistrado, más bien, requería de más apoyo⁴⁵.

41 Supreme Court of the United States, 19 January 1969, *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 414.

42 Ibidem, p. 415.

43 Ibidem.

44 Ibidem, p. 416.

45 Ibidem, p. 419.

Illinois vs. Gates⁴⁶

Este caso, que llegó hasta la Corte Suprema de los EE.UU., es muy relevante pues evidencia la evolución de la Causa Probable. Además, generó un cambio en su aplicación porque reemplazó el análisis de dos partes que estabilizaron los casos *Aguilar v. Texas* y *Spinelli v. United States* por uno basado en la “totalidad de las circunstancias”⁴⁷.

El caso se trata de un informante anónimo, en que su información culminó en el arresto de varios traficantes de drogas. En mayo de 1978, el departamento de policía de Bloomington, Illinois recibió una carta anónima que decía “hay pareja en la ciudad que hace dinero vendiendo drogas. Sus nombres son Sue y Lance Gates, y viven en la calle Greenway en condominios⁴⁸. La mayoría de sus compras son hechas en Florida. Sue, la esposa, maneja su coche a Florida, donde ella lo deja para que lo llenen de drogas, después Lance toma un vuelo a Florida y maneja el coche devuelta a Illinois y Sue toma un avión a Illinois. El 3 de mayo, ella va a manejar a Florida y cuando él lo maneje devuelta, habrá más de \$100,000.00 en drogas⁴⁹. En este momento tienen como \$100,000.00 en drogas en su sótano. Ellos alardean que nunca tienen que trabajar y ganan mucho dinero empujando drogas. Yo les garantizo que si los observan cuidadosamente, usted atraparé algo grande. Son amigos con unos traficantes de drogas muy importantes que los visitan en su casa”⁵⁰.

El detective Madar decidió tomar en serio el consejo y obtuvo la información que “L. Gates” había comprado un pasaje a Florida y después, con la ayuda del DEA⁵¹ (la administración de aplicación de drogas), descubrió que Gates sí se subió al avión. El equipo del DEA determinó que Gates se encontró con una mujer en un hotel donde el cuarto estaba registrado bajo el nombre de Susan Gates y que después la pareja se metió en su coche y manejaron hacia Chicago⁵².

El detective Madar después firmó la correspondiente declaración jurada, donde describió todos los detalles de la investigación, incluyendo la carta anónima y el Juez le dio un orden judicial para revisar el coche y la casa de la pareja. Cuando llegó la pareja a su casa, la policía revisó su coche y descu-

46 Supreme Court of the United States, 1 March 1983, *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213.

47 Supreme Court of the United States, 1 March 1983, *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 214.

48 Ibidem, p. 213.

49 Ibidem.

50 Ibidem, p. 225.

51 Drug Enforcement Administration; en español: Administración de Cumplimiento de Leyes sobre las Drogas.

52 Ibidem, p. 226.

brieron 159 kilos de marihuana. Después la policía encontró más marihuana y armas en la casa de los Gates⁵³.

El Tribunal de Circuito de Illinois dictaminó que la búsqueda fue ilegal basada en el análisis del caso *Aguilar v. Texas*. Básicamente, la declaración jurada del detective Madar no fue suficiente evidencia para comprobar la Causa Probable, y la evidencia obtenida con la orden judicial por tanto, no era válida.

El Tribunal de Apelaciones y la Corte Suprema de Illinois confirmaron esta decisión. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos anuló esa decisión resolviendo que si la información provino de alguien fidedigno que tiene una buena base de conocimiento, ello es muy relevante para ponderar el valor de los antecedentes que proporcionó⁵⁴. Así, el proceso no tiene que ser basado en certezas duras, sino que en probabilidades. La evidencia recolectada debe ser analizada, no en términos de un análisis de biblioteca, sino que con un enfoque práctico como el que aplican los que activamente trabajan como policías⁵⁵. El doble análisis formulado en *Spinelli* hace que la información fidedigna y la base de conocimiento tengan un mismo peso, pero utilizando el estándar de la totalidad de las circunstancias, si a uno de los requisitos le falta fuerza, se puede balancear con otros requisitos (como un consejo anónimo)⁵⁶.

La Corte aceptó que si la carta hubiese sido la única fuente de información, no habría Causa Probable para recibir una orden judicial. Pero en conjunto con toda la otra evidencia, visto en la totalidad de las circunstancias, considero que sí hubo suficiente prueba para la orden⁵⁷. El tribunal revocó la orden del Tribunal inferior y cambió los requisitos para obtener suficiente causa probable para poder pedir un orden judicial⁵⁸.

Maryland vs. Pringle⁵⁹

Este caso se trata de una búsqueda en un vehículo que fue realizada por un policía sin una orden judicial. Los hechos son: un oficial registró el interior del vehículo de un imputado contando con su permiso, después que constató desde afuera, que había un rollo grande de dinero en la guantera del coche. Había tres pasajeros, y Pringle (el imputado) estaba en el asiento de pasajero. Cuando el oficial registró el auto, encontró el dinero en la guantera y cocaína

53 Ibidem, p. 227.

54 Ibidem, p. 232.

55 Ibidem.

56 Ibidem, p. 233.

57 Ibidem, p. 227.

58 Ibidem, p. 229.

59 Supreme Court of the United States, 15 December 2003, *Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 366.

atrás del asiento de pasajero⁶⁰. Ninguno de los hombres admitió que las drogas eran de su propiedad y el oficial arresto a los tres⁶¹.

El argumento del imputado en el juicio fue cuestionar si el oficial tenía suficiente Causa Probable para hacer el registro sin contar con una orden judicial para poder condenarlo por posesión de drogas⁶². La Corte Suprema dijo que sí había suficiente causa probable porque Pringle era uno de los tres hombres en un coche pequeño y que el dinero estaba en frente de Pringle y la cocaína inmediatamente atrás de Pringle, fácilmente accesible para él y los otros dos hombres⁶³. También indicó que es razonable creer que los tres hombres sabían que había drogas y ejercieron dominio y control sobre las drogas. La experiencia del policía también fue muy relevante para este análisis y había suficiente evidencia para satisfacer el estándar de la “totalidad de circunstancias” para sospechar de cada uno de los hombres y no sólo de Pringle.⁶⁴ Por tanto, el máximo Tribunal sostuvo que el arresto siguió los requisitos exigido por la Constitución.

Ejemplos prácticos

A continuación, presentaremos una serie de ejemplos prácticos relacionados con el cumplimiento de la Causa Probable, con la finalidad de aportar un enfoque que ilustre con mayor claridad los elementos que deben reunirse en una investigación y presentarse a las autoridades norteamericanas, para que se dé por superado el estándar que implica el observar la Causa Probable:

Ejemplo 1:

Un banco local fue robado por la noche. X, una persona conocida por la policía como un criminal, informa a la policía que fue Y quien robó el banco local. X no dice que él era un testigo del crimen. X tampoco indica la forma en que llegó a tener esta información. La policía no proporciona otra información que vincule a Y con el crimen. Si esta información se proporciona en una solicitud para registrar la casa de Y, el poder judicial lo más probable es que considere que no existe Causa Probable y se niegue a emitir una orden de registro para el hogar de Y.

Pues no se demuestra que X, un criminal conocido, es una fuente creíble y confiable de la información. En esta situación, X puede ser la fabricación de

60 Ibidem, p. 368.

61 Ibidem.

62 Ibidem, p. 366.

63 Ibidem, p. 369.

64 Supreme Court of the United States, 15 December 2003, *Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 370.

la historia en conjunto con el fin de lograr algún motivo oculto (tal vez en realidad era X quien había cometido el delito y quería despistar a la policía en su investigación, o tal vez quiere ganarse el favor de la policía, evitando ser acusado por otros delitos). Además, X no afirmó que él fue testigo, ni tampoco divulgó la fuente de su información. La policía no proporcionó más información sobre Y, ni corroboró su participación, lo que podría compensar la falta de X demostrando confiabilidad y credibilidad. Por último, no se ha facilitado información para demostrar que es probable que las pruebas del delito estén en la casa de Y (esto podría ser una inferencia razonable si la búsqueda se lleva a cabo poco después del robo).

Ejemplo 2:

Un banco local es robado por la noche. La policía llega a la escena y entrevista a G, que les informa que él es el guardia de seguridad por la noche en el banco y que estaba de servicio la noche del robo. T dice que vio a H romper una ventana del banco, robar dinero, dejar el banco y huir en dirección a su casa. T da la policía una descripción general de la apariencia física del ladrón, con una altura de como 1,25 metros, vistiendo ropa de color negro, y tener la piel pálida. G está seguro que es H, ya que G había visto a H la noche anterior buscando por fuera del banco y lo siguió hasta su casa. G ha tenido un historial impecable durante su larga carrera como guardia de seguridad. Cuando se le presenta una serie de fotografías tomadas de diferentes individuos, incluyendo a H, G identificó la foto de H como la del ladrón.

En este caso, para un juez de EE.UU. sería más probable encontrar que la causa probable existe y emitiría una orden de allanamiento para la casa de H. G fue creíble desde que era un ciudadano de a pie cuya declaración podría ser considerada digno de confianza. G también tenía una base de conocimiento suficiente para afirmar que H cometió el robo: Él estaba de servicio en el momento del robo, y vio el robo en progreso. T identificó la foto de H como la de la persona que vio robar el banco. Es razonable concluir que la evidencia del robo esté en la casa de H ya que el robo fue la noche antes y T y G vieron huir a H en la dirección de su casa.

Ejemplo 3:

Un banco local es robado por la noche. J viene a la comisaría al día siguiente para informar que vio a K entrar al banco y volver a su coche con el dinero robado. J explica que era el conductor del coche de la partida en la noche del robo. Él y K juntos habían planeado la operación de la noche anterior y estuvo de acuerdo en ocultar la evidencia en la casa de K. La única responsabilidad de J era la de conducir el coche de huida. Aunque J da cuenta de que se incrimina a sí mismo al venir a la policía, pero tenía una conciencia culpable por su

participación en el crimen. J identifica K como el ladrón cuando se le presenta una serie de fotografías.

Explica que K envió correos electrónicos durante la fase de planificación del robo, y que J los había borrado de su propia cuenta de correo como medida de precaución.

J declara que K vestía pantalones negros, un chaleco negro, y tenía un tatuaje de la serpiente roja la noche del robo. La policía tiene alguna información para vincular a J y K con el crimen, incluyendo el hecho de que una serie de otros testigos vieron a dos personas huyendo de la escena del crimen en el tipo de coche de la partida descrito por J.

En este caso, un juez de EE.UU. lo más probable es que aprobara una orden de allanamiento para la casa de K y a las cuentas de emails.

Aunque J es un criminal, su declaración es suficientemente fiable, ya que, al hacerlo, también se ha incriminado a sí mismo como cómplice del crimen. Además, otra información de la policía corrobora la declaración de J, por lo que hay suficiente evidencia para concluir que es, en efecto, K quien ha cometido el robo y que tiene la evidencia, y se procede a revisar su casa, y cuentas de correos.

Ejemplo 4:

Después de ser arrestada por solicitar sexo, la prostituta P ofreció al detective Q información relativa a un supuesto traficante de heroína. Aunque P ha sido detenida en varias ocasiones por prostitución ilegal y la delincuencia relacionada con las drogas, en muchas ocasiones anteriores, también ha proporcionado a la policía información valiosa y precisa sobre los traficantes de drogas en el barrio. En esta ocasión, ella le dice al detective Q que R es un gran traficante de heroína en el barrio y que le dijo el día antes que acababa de recibir un cargamento de 100 kilogramos de heroína en su apartamento en 23 Spruce Street (Apto. 3B).

P explicó que R declaró recientemente que mantiene registros detallados de su tráfico de drogas en su apartamento y se instala las cuentas con su proveedor a través de correspondencia por correo electrónico. La policía consultó con las autoridades locales, oficinas del gobierno, y determinó que 23 Spruce Street tenía 10 departamentos y que uno era el 3B. La policía consulta con MSN y confirmó que R es el abonado a esa dirección de correo electrónico.

En este caso, un juez encontrará una causa probable y emitirá una orden de registro de la droga y libros de registro de transacciones en 23 Spruce Street (apartamento 3B), así como de la cuenta de correo electrónico de R.

En cuanto a la fuente de la información, aunque P ha sido anteriormente detenida y la policía no puede confirmar que R es el ocupante del departamento 3B, P ha constantemente proporcionado a la policía información precisa y útil en el pasado. Por lo tanto, debe considerarse como fiable.

Su base de información también es suficiente, ya que afirma que R le ha admitido a ella que acababa de recibir un cargamento de drogas ilícitas, y que mantiene la evidencia del tráfico de drogas en el apartamento.

El apartamento y la dirección de correo electrónico que se debe buscar son precisamente descritos, al igual que los elementos de prueba que se pueden encontrar allí.

Es importante señalar que si P había dicho que R le dijo esto hace un año, no habría causa probable, ya que no sería probable que la permanencia de la droga en el apartamento o que ciertos antecedentes seguirían en la cuenta de correo electrónico.

También es relevante tener en cuenta que si P no hubiera sabido que R vivía en un preciso departamento, un juez de EE.UU, no autorizaría la búsqueda de todos los apartamentos en el edificio a 23 Spruce Street.

Ejemplo 5:

C llama a la policía para decirles que cree que D ha cometido un asesinato. C se niega a identificarse. Sin embargo, ella dice que D mató a un hombre blanco, de unos 20 años, alrededor de 1,75 metros de altura, de contextura media, que llevaba un uniforme de fútbol. Antes de colgar, C indica que la dirección de la casa de D es 19 Elm Street.

La policía comprueba la existencia de una víctima, E, que ha desaparecido y que coincide con la descripción dada por C, habiendo sido reportado como desaparecido el día anterior después de un partido de fútbol.

La policía también confirma que D vive en 19 Elm Street. Los investigadores además hablan con otras personas que vieron a D y E discutiendo antes de la desaparición de D. La policía solicita una orden de búsqueda y captura de 19 Elm Street para encontrar pruebas de un asesinato.

En este caso, lo más probable es que el juez encontrará una causa probable para el registro e incautación solicitada (a) aunque el informante anónimo y su fiabilidad no se puede establecer, y (b) no proporcionó la base para saber que D cometió el asesinato, la declaración detallada, combinada con evidencia que lo corrobora, compensa la falta de información.

A modo de conclusión

Para obtener una orden de registro de los Estados Unidos, la **descripción de los hechos** en la solicitud debe, en la mayor medida posible, cumplir las siguientes normas:

1. La solicitud debe describir un lugar específico que se debe buscar y los elementos específicos para ser incautados.
2. Las fuentes de la información en que se basa la solicitud deben ser confiables, indicando en qué se basa dicha confiabilidad; la fuente es generalmente considerada digna de confianza si él / ella es un ciudadano común, es un funcionario que ejecuta la ley u otro funcionario del gobierno. Si la fuente es un criminal, se requiere mayor apoyo a su declaración, la que puede proveerse mostrando, por ejemplo, que: (a) la información recibida de esta persona ha demostrado ser confiable en el pasado; (b) la fuente de la información también corre el riesgo de condena por haber proporcionado la información, o (c) la información proporcionada es tan precisa que debe ser verdad.
3. Las fuentes de información deben dar un testimonio personal de lo observado directamente, testimonio que hace creer en la probabilidad que el delito se perpetró, y que es probable que la evidencia de un crimen será encontrada en la ubicación que se señala. Además, su testimonio debe basarse en hechos concretos (por ejemplo, ¿cómo vio, escuchó o percibió los hechos relevantes?) y estos hechos deben mostrar una probabilidad de que se cometió un delito. No es suficiente citar las conclusiones de investigadores, o evidencia basada en suposiciones.
4. En ausencia de una explicación de la fuente, deben proporcionarse por parte de los investigadores otras declaraciones o evidencias que den fuerza a la versión de la o las fuentes.
5. La información no puede ser demasiada antigua, o un tribunal de EE.UU. será de la conclusión de que ya no hay probabilidad de que la evidencia esté en el lugar que se desea buscar.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA DICTADA POR EL SEXTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO POR EL DELITO DE FEMICIDIO FRUSTRADO Y OTROS¹

Macarena Car Silva²

*“Julietta. –¡Oh Romeo, Romeo! ¿Por qué eres tú Romeo?
Niega a tu padre y a tu madre y rehúsa tu nombre; o,
Si no quieres, júrame tan sólo que me amas,
Y dejaré yo de ser una Capuleto”³.*

Antecedentes

La violencia contra la mujer como fenómeno social, cultural y psicológico ha sido ampliamente estudiado desde la década de los 70, estableciéndose distintos marcos conceptuales que permiten explicar su ocurrencia como asimismo pretenden dar herramientas para su intervención.

El Estado de Chile desde la década de los 90 invierte gran cantidad de recursos materiales, técnicos y humanos en avanzar en la prevención, tratamiento de víctimas y sanción de los hechos constitutivos de violencia física y psíquica contra la mujer.

En ese orden de ideas, y teniendo presente la relevancia de la problemática, el legislador dio un importante reconocimiento a un tema tan complejo como lo es la violencia de pareja, y en particular, la violencia contra la mujer, a través del establecimiento, en el Código Penal, del delito de femicidio mediante la dictación de la Ley 20.480.

Cabe señalar, que la violencia contra la mujer, en su faz más violenta y dañina, no puede ser abordada por el ente persecutor desde la misma perspectiva que la delincuencia común, toda vez que este tipo de criminalidad responde a

1 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013. Sentencia ejecutoriada con fecha 12 de Agosto de 2013, mediante sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, que desestima el recurso de nulidad interpuesto por la defensa.

2 Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

3 SHAKESPEARE, William. *La tragedia de Romeo y Julieta; Hamlet, príncipe de Dinamarca; Sueño de una noche de verano; La tragedia de Macbeth*. Madrid, España, Club Internacional del Libro, División Coleccionables, 1997, acto II, escena II, p. 31.

ciertos patrones de conducta humana y relacional que es menester tener presente al momento de investigar este tipo de hechos, y muy particularmente al momento de presentarlos ante un tribunal, de modo tal que el órgano jurisdiccional sea capaz de apreciar el fenómeno en toda su dimensión y complejidad.

El presente comentario tiene por objeto analizar uno de aquellos casos de violencia extrema, el que afortunadamente no terminó con la vida de la víctima, y que conoció el Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, que a través de la prueba rendida en estrados, fue capaz de apreciar la complejidad del fenómeno.

Los hechos puestos en conocimiento del tribunal fueron los siguientes:

Hecho N°1 *“El día 11 de junio de 2011, aproximadamente a las 22:00 horas, en circunstancias que la víctima XXX se encontraba en su domicilio de esa época, ubicado en xxx, de la comuna de La Granja, en compañía de su conviviente XXXX, éste sin causa ni motivo justificado le agredió con golpes de puño en el rostro y luego la golpeó en la misma zona con un fierro. A consecuencia de lo anterior, la víctima resultó con lesiones consistentes en heritema periorbital y molar izquierdo, y herida contusa cortante en mucosa vestibular de labio inferior de más o menos un centímetro, lesiones de carácter leve, según diagnóstico del médico de turno que atendió a la víctima”.*

Hecho N°2 *“El día 28 de agosto de 2011, en horas de la tarde, en circunstancias que la víctima XXX se encontraba en su domicilio a esa época, ubicado en xxx, de la comuna de La Granja, fue agredida con golpes de pie y puños en diferentes partes del cuerpo en especial en su cabeza, por parte de su conviviente XXXX, quien el día 29 de agosto de 2011, volvió a golpear a la víctima de la misma forma, y luego la amenazó de forma seria y verosímil diciéndole que le iba a matar a ella y a sus dos hijos. A consecuencia de lo anterior, la víctima resultó con lesiones de carácter grave consistentes en traumatismo encefalo craneano, hematoma subdural bihemisférico, fractura posterior seno frontal izquierdo, afacia de presión plegia braquial derecha, contusión hemorrágica intraparenquimatosa, lesiones de tipo homicida que causan la muerte de no mediar socorro médico oportuno. Con lo obrado además el imputado quebrantó lo ordenado cumplir por sentencia definitiva condenatoria dictada por el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, el día 10 de agosto, en causa R.U.C. N°1100807459-5, R.I.T. 7094-2011, en cuanto fue condenado por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar a la pena accesoria establecida en el artículo 9 letra b) de la ley 20.066, consistente en la prohibición de acercarse a la víctima XXX, a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, por el término de un año, a contar de la fecha de la sentencia, la que fue notificada personalmente al imputado en la misma audiencia en que se dictó, encontrándose la prohibición vigente al día de los hechos”.*

El Ministerio Público calificó el hecho N°1 como constitutivo del delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, en grado con-

sumado, previsto y sancionado en el artículo 494 N°5 del Código Penal en relación al artículo 399 del mismo Código y al artículo 5° de la Ley 20.066, y el hecho N°2 como de femicidio en grado de frustrado, previsto y sancionado en el artículo 390 del Código Penal, en relación al artículo 5° de la Ley 20.066; el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar en grado consumado, previsto y sancionado en el artículo 296 N°3 del Código Penal, en relación al artículo 5° de la Ley 20.066; y del delito de desacato, en grado consumado, previsto y sancionado en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 10 y 16 de la Ley 20.066.

La multiplicidad de hechos y el concurso de delitos dan cuenta desde la primera lectura que se trata no de hechos aislados, sino que detrás de ellos existe una historia que se hace necesario desentrañar.

La afirmación anterior tiene asidero en las distintas teorías explicativas de la violencia de género y que guarda una íntima relación con el hecho de que el femicidio íntimo es el fin de una larga cadena de hechos violentos existentes en la dinámica relacional entre la víctima y el agresor.

La relación existente entre el acusado y la víctima no escapa a esta lógica, y a partir de la prueba aportada en estrados, el tribunal da por acreditada la existencia del delito de femicidio frustrado teniendo además por establecida la historia de violencia previa –tanto física como psicológica– a la que se sometió la víctima de estos hechos.

A la descripción de esta historia de violencia y a cómo colaboran en ella las personalidades e historias previas de víctima y acusado es que dedicaremos nuestro análisis.

El establecimiento de la relación abusiva

*“... Surge de esto una cuestión:
si vale más ser amado que temido, o temido que amado.
Nada mejor que ser ambas cosas a la vez;
pero puesto que es difícil reunir las y que siempre ha de faltar una,
declaro que es más seguro ser temido que amado”⁴.*

La víctima: una mujer de 30 años, trabajadora, madre soltera de dos pequeños hijos y con una historia de abuso y abandono a cuestas.

4 MAQUIAVELO Nicolás. El Príncipe. [en línea]. Santiago, Chile: Disponible en: <http://www.philosophia.cl/biblioteca/Maquiavelo/EI%20pr%EDncipe.pdf> [fecha de consulta 17 de Julio de 2013].

En efecto, del propio relato de la víctima, de los peritos psicólogos y asistentes sociales que declararon en estrados podremos reconstruir su historia.

Deponiendo en estrados, la víctima cuenta que conoce al acusado, a través de una amiga en común, y luego de comunicarse largo tiempo a través de las redes sociales y largas conversaciones telefónicas lo conoce personalmente en una fiesta. Señala que en el primer encuentro a solas, él le cuenta cómo fue víctima de maltrato infantil por parte de su padrastro, a la vez que, motivada por él, ella le devela su historia de abuso sexual a manos de su padrastro y la nula contención y protección recibida desde su madre ante la ocurrencia de tales hechos.

Desde un análisis fenomenológico de la historia, y teniendo a la vista todos los antecedentes que permiten observar la concatenación de los hechos de una forma retrospectiva, este es –en mi opinión– el momento en el que se sella el destino de la relación.

A su turno el acusado sobre el punto señala: *“que XXX le reveló el hecho que había sido violada y abusada sexualmente durante toda su infancia, desde los 4 años hasta los 25 años, por XX, quien era pareja de su madre”*⁵; es el mismo acusado quien, en su declaración en estrados, da cuenta de lo importante que tal revelación fue para él al momento de comenzar su relación de pareja con la víctima, ya que, según sus propias palabras, ello le impactó profundamente: *“Yo ante tal revelación quedé atónito, puesto que yo no podía suponer cómo una persona que yo había conocido, que cuidaba con tanto esmero a sus hijos, que era una persona tan dulce, podía haber sufrido tan aberrante situación y al conocimiento de sus familiares”*⁶.

Ella señala que *“se enamoró de P, ya que él al principio le daba seguridad y cariño, pero con el tiempo se dio cuenta que no era así”*⁷.

Es en el contexto de protección que le da el acusado a la víctima que ella, a los pocos días de iniciada la convivencia, se atreve a denunciar a quien fuera su agresor durante la infancia, su padrastro. El artífice de aquella denuncia fue el propio acusado, quien: *“Indica que además él había gatillado la denuncia policial contra el mencionado pedófilo, por lo que no había una buena relación con la familia de ella”*⁸. Este hecho es de una importancia trascendental para la víc-

5 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, considerando 6°.

6 Audio de la sentencia del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, 1100916256-0-1249-130617-00-07-Acusado XX.mp3, minuto 03:58.

7 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, considerando 4°.

8 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, considerando 6°.

tima, teniendo presente sus características personales, toda vez que es el abuso sufrido en la infancia lo que la deja en una posición de tal vulnerabilidad que la hace fácil presa de la manipulación de su pareja.

Según la prueba pericial producida en la audiencia de juicio oral, la víctima tiene características que permitieron que ella se mantuviera en una relación cada vez más violenta y que se sintiera atrapada en su relación con su agresor: *“...la víctima presenta una estructura limítrofe de personalidad, cuyas características consisten en un trastorno de personalidad ya que ella tiene alterado el sentido emocional que ella entrega a los hechos en los que vive; es capaz de distinguir la realidad de la fantasía, pero tiene necesidades emocionales insatisfechas, y tiene una fuerte dificultad para establecer relaciones sociales satisfactorias... XXX presenta una alta dependencia emocional, ella necesita sentirse querida y apoyada por otra persona; y producto de esta grave alteración emocional, XXX presenta claras dificultades para evaluar la situaciones sociales en las que se encuentra, ya que tiene dificultad para evaluar el riesgo en el cual ella se puede encontrar; y traslada la responsabilidad de la violencia ejercida en su contra, no en la persona del agresor sino que en ella misma”*.

La historia vital y las características de personalidad de la víctima, se condicionan claramente con las descritas por M. Khan (1963) en la idea del trauma acumulado. De acuerdo a este autor, la madre cumple un rol fundamental en la vida de todo niño o niña, desde su nacimiento hasta la adolescencia, ya que se constituye en el escudo protector de su desarrollo, señalando que la falla sistemática de la madre en contener a su cría, genera un quiebre en esa relación significativa y la cronicidad en esta falla, un trauma cuyo proceso puede extenderse por años.

Este es el caso de XXX, la víctima de los hechos de la sentencia analizada, quien no fue protegida y contenida por su madre al develarle la existencia del abuso sexual del que era víctima por parte de su padrastro.

Este tipo de trauma, dice M. Khan, hace que en las mujeres se instalen algunos sentimientos que caracterizan a quienes se transforman en víctimas de violencia de pareja, a saber: la desesperanza, la indefensión y la identificación con el agresor. Así lo señala Carla Crempien Robles en su texto, “El trauma relacional de la violencia en la pareja, impacto y consecuencias” y además complementa indicando lo siguiente: “Así, en las relaciones e pareja, no sería sólo la severidad de los episodios de violencia lo que los vuelve traumáticos, sino la sistematicidad del abuso en las historia de la relación”¹⁰.

9 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, considerando 4°.

10 Crempien Robles, Carla; “El Trauma relacional de la violencia en la pareja, impacto y consecuencias”, serie de artículos “La Violencia en la Familia, escuela y Sociedad”

Lo anterior permite imaginar cómo le impactaron las palabras del acusado una vez que conoce su historia de abuso en la infancia: *“...Era su niñita chica. Porque él siempre me dijo que yo era su niñita a la que él vino a salvar en la vida. Porque nosotros supuestamente en otra vida nos conocimos y nuestro amor estuvo siempre predestinado...”*¹¹.

Consultada acerca de sus sentimientos por el agresor, señaló: *“Lo que pasa es que cuando conocí a P., yo como que lo maximicé a él. Él era todo lo que yo necesitaba en ese momento...”*¹².

Del otro lado de la relación está el acusado quien presenta características de personalidad complejas que permiten entender como se va desarrollando la dinámica de esta pareja en particular.

De la misma forma que el caso de la víctima, la prueba pericial presentada en estrados da cuenta de estas características: *“...el imputado presenta un trastorno de personalidad mixto con rasgos narcisistas y asociales. Lo narcisista tiene que ver con el egocentrismo, con la sobre valoración personal, con la fantasía de ser admirado por el resto y con el establecimiento de relaciones superficiales. Lo asocial tiene que ver con la baja tolerancia a la frustración, con una baja resonancia afectiva que tiene frente a las necesidades de los demás, tendencia a la heteroculpabilización, y una frialdad afectiva en sus relaciones con los demás. Estas características de personalidad inciden directamente en la manera en la que establece relaciones afectivas, pues tiende a asumir roles de dominio o de sometimiento con los demás...”*¹³. Respecto de la forma en que el acusado ve a la víctima, el mismo perito señala: *“...El imputado se ubica en un nivel superior a ella...”*¹⁴.

Las características del acusado, se condicen con lo señalado por la teoría generacional como modelo explicativo de la violencia de pareja. De acuerdo con la referida teoría, la violencia de pareja se explica a través de los factores psicológicos que se originan en las primeras etapas de desarrollo del individuo, que frecuentemente están vinculados a maltratos recibidos en la infancia por parte del padre, acompañado de una relación de apego inseguro con la madre,

Universidad Internacional SEK, Santiago de Chile, Noviembre de 2005, Primera Edición, pág. 83.

- 11 Audio de la sentencia del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, 1100916256-0-1249-130617-00-10- Test. (víctima) XXX.mp3, minuto 05:43.
- 12 Audio de la sentencia del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, 1100916256-0-1249-130617-00-10- Test. (víctima) XXX.mp3, minuto 06:05.
- 13 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, ob. cit., p. 25.
- 14 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, ob. cit., p. 25.

lo anterior, reforzado por una cultura machista que tiende a desvalorizar la imagen de la mujer.

De acuerdo a sus autores (Dutton y Golant, 1997)¹⁵, quienes maltratan a sus parejas lo hacen cuando existe un vínculo de intimidad ya que comienzan a sentirse inseguros, despojados de una máscara que han elaborado cuidadosamente para ocultar sus vulnerabilidades, entonces, culpan a la mujer de esa situación, no siendo capaces de visualizar sus propios problemas y utilizan la ira para neutralizar su sentimiento de vulnerabilidad. Aprenden a no responsabilizarse, culpando al otro de todos los males que viven.

Reflejo de lo anterior son los dichos del propio acusado quien describe su apreciación respecto de la víctima de la siguiente manera: *“La violencia extrema que generaba XXX era referente al comportamiento de ella propia con sus pares. Las conversaciones, la rabia con la que tomaba la vida, llantos cotidianos...”*¹⁶.

En ese mismo sentido llaman la atención los dichos del imputado en relación a un momento en el que, luego de un episodio de violencia, y de alejamiento de ellos como pareja, la víctima se vuelve a acercarse a él, y él lo describe de la siguiente manera: *“Expone que el 20 de agosto de 2011, XXX volvió a su vida en la que ella le pide perdón, y le dice que por favor no la denuncie porque sus hijos van a quedar a manos del pedófilo. Manifiesta que en esa época, XXX lo visitaba todos los días en su lugar de trabajo, en la comuna de Maipú, teniendo presente que XXX también tenía prohibición de acercarse a su persona. Que perdonó a XXX, y si no la hubiere perdonado, XXX no estaría viva”*¹⁷.

En esta historia de pareja, la violencia se instaló en un momento de la relación y fue en aumento hasta la ocurrencia del femicidio frustrado que llegó a conocimiento del tribunal. Cabe destacar de este caso particular, la velocidad con la que se desencadenaron los acontecimientos, teniendo presente que desde el establecimiento de la relación hasta el evento que casi termina con la vida de la víctima pasaron escasos seis meses.

Queda plasmada en la sentencia la existencia de hechos constitutivos de violencia que fueron ocurriendo en la historia de esta pareja, los cuales son analizados por el tribunal en el considerando noveno, al hacerse cargo de la fundamentación de hechos y de derecho para tener por establecida la existencia del delito de femicidio frustrado. Cabe destacar que el tribunal destina

15 Dutton, Donald; Gollant, Susan; “El Golpeador: un perfil psicológico” Paidós Ibérica, Madrid, 1997.

16 Audio de la sentencia del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, 1100916256-0-1249-130617-00-08-Continúa acusado XX.mp3, minuto 02:22.

17 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, considerando 4°.

todo un apartado a analizar la existencia de maltrato físico y psicológico ejercido por XX en contra de la ofendida XXX y de sus hijos.

Lo anterior queda de manifiesto a través de la declaración de la víctima, quien señaló: *“que durante la relación de convivencia fue víctima de maltratos físicos y psicológicos de parte de su conviviente XX, quien le decía que era fea, básica, guatona y tonta. Agrega que en marzo de 2011, cuando vivía con el mencionado imputado, los primeros días fueron buenos, pero él no permitía que los amigos de sus hijos jugaran al interior de la casa. Manifiesta que ella trabajaba como guardia de seguridad. Indica que en una oportunidad XX le botó al suelo el plato de arroz graneado que le había preparado de comida porque no le gustó, insultándola de guatona y fea, lo que constituían agresiones psicológicas, por lo que forcejeó con él y le cortó una cadena que él portaba, ante lo cual XX la comenzó a ahorcar golpeándola en los brazos. Refiere que a raíz de esta relación de convivencia, se fue alejando de su familia y de sus amigos”¹⁸.*

Asimismo, se tiene por establecida a través del testimonio de la madre de la víctima, quien a su turno señaló: *“que a raíz de esta relación de convivencia entre su hija XXX y XX, su hija XXX se fue aislando de su familia, por lo que perdieron comunicación con ella. Sin embargo, a través de su nieto B., quien estaba bajo su cuidado, le contó que este conviviente era agresivo, y cuando no le gustaba la comida que le preparaba XXX, la arrojaba al suelo. Agrega que por este nieto tomó conocimiento que el imputado XX agredía a su hija XXX. Es así que en una oportunidad, su nieto G. le comentó que había presenciado una agresión cometida en contra de su madre por XX, situación que fue advertida por XX, quien tomó al niño G. del cuello, levantándolo y dejándolo en el aire, circunstancia que al día siguiente el menor contó a su profesora del colegio”¹⁹.*

Por su parte, el tribunal hace oído de los dichos de la Asistente Social del Centro de la Mujer de la Comuna de domicilio de la víctima, quien dio cuenta de lo siguiente: *“que le correspondió atender a XXX, quien ingresó a este centro, con fecha 24 de mayo de 2011, quien le señaló que había sido víctima de violencia física y verbal de parte de su conviviente XX, en contexto de violencia intrafamiliar. Indica que XXX le manifestó que dicho conviviente era obsesivo, la seguía en todo momento y la alejaba de sus familiares y amigos cercanos, por lo que se efectuó una evaluación en la pauta de ingreso, la que arrojó como resultado que XXX estaba totalmente alejada de sus redes primaria y secundarias, y que había un*

18 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, considerando 9°.

19 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, ob. cit., p. 37.

*indicio de riesgo, ya que el conviviente consumía alcohol y droga, lo que aumentaba la violencia y agresividad*²⁰.

Con todo cabe señalar que durante los días 28 y 29 de agosto de 2011, tuvieron lugar los hechos constitutivos de femicidio frustrado, que según los propios dichos de la víctima, ocurrieron así: *“Manifiesta que a fines de agosto de 2011, XX no quería que tomara un curso, y un viernes en la noche un amigo le ofrece trabajar en el estadio, lo que molestó a XX porque no le había pedido permiso, a raíz de lo cual discutieron. Indica que en ese momento arrendaba una habitación, y en la parte de la cocina XX le gritó, y como estaba sentada en el suelo, él le dio un puntapié en el cuerpo, por lo que se paró, y acto seguido, la agredió golpeándola en la cara, escupiéndola, y siguió golpeándola; luego la llevó al dormitorio donde la agredió con golpes de puños en el cuerpo, en la cabeza y en la cara, y le dijo que la iba a matar, porque había cometido un aborto. Precisa que esta agresión ocurrió en la noche, y trató de defenderse pero no pudo. Indica que a ratos se sentía mareada, ya que él le propinó golpes de puños en la cara, a raíz de lo cual sangró la nariz y la boca, y él se da un tiempo se fumaba un cigarrillo, y en esa oportunidad la siguió golpeando, y al día siguiente volvió a agredirla; además le quitó el teléfono celular, por lo que no podía pedir auxilio, y estaba aterrada, y me dijo “maraca culiada”. Finalmente, expresa que llamó a su hermana, quien advirtió que no estaba bien, pero XX le quitó el teléfono, y le dijo que la iba a matar. Después XX le tomó fotografías de su cara lesionada, ya que tenía los pómulos hinchados, sus ojos rojos, y su cara morada. Expresa que se sentía mareada y con mucho dolor de cabeza. Posteriormente XX la llevó al domicilio de Maipú, quien le dijo al dueño de casa que ella había tenido un accidente en micro, donde se había golpeado la cara. Señala que le dijo a XX que se sentía muy mal. Manifiesta que un día viernes, XX estaba contento porque iba a abrir el local, y después se fueron a la casa, donde él le exigió que le cocinara algo, la insultó, por lo que escondió todos los cuchillos que habían en el lugar; luego él le pasó dinero para comprar, circunstancia que ella aprovechó para llegar a la casa de su madre, donde su hermana quedó impactada como tenía lesionada su cara, y esa noche pernoctó con ellas, y advirtió que tenía vómitos. Manifiesta que al día siguiente su hermana la trasladó al Hospital Padre Hurtado donde le practicaron un scanner; y posteriormente, la derivaron en ambulancia al Hospital Sótero del Río, donde el médico con el scanner a la vista le señaló que estaba muy mal, y que si no se operaba de la cabeza, no iba a pasar de dos días, ya que iba a morir, explicándole el procedimiento a seguir, de que iba a drenar los coágulos que tenía. Refiere que estuvo veintitantos días en el hospital; y después ingresó a la Casa de Acogida de Santa Ana donde permaneció tres a cuatro meses hasta febrero de 2012*²¹.

20 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, ob. cit., p. 38.

21 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, considerando 4°.

Ante la gravedad de las lesiones sufridas por la víctima, una vez hospitalizada, se hace la denuncia por el delito de femicidio frustrado.

La retractación

El fenómeno de la retractación es frecuente entre las víctimas de violencia doméstica que lamentablemente dificulta la persecución penal, toda vez que se pierde el testimonio de la más importante de los testigos, en un delito en el que raramente existen otros, a no ser niños, muchas veces pequeños que no siempre son capaces de dar cuenta de lo sucedido, ya que son parte de la dinámica de violencia. Este fue un caso más de aquellos ya que luego de salir de la casa de acogida, la víctima se retractó.

En sus palabras, la retractación fue el fin de un proceso que comenzó en forma paulatina, y que ocurrió de la siguiente manera: señala que estando en la casa de acogida recibe un mensaje de texto algo críptico el que es a la vez una declaración de amor y una amenaza, y ella sabe inmediatamente que se trata de XX. Señala que varias veces él la llamó por teléfono, hasta que luego de varios días ella finalmente le contestó y al respecto señala al tribunal: *“Ya me quedaban muy pocas semanas en esa casa y yo le contesto el teléfono a XX. Nos pusimos a hablar. Él me decía que me perdonaba...que me quería, que si él pudiera estar cinco mil años preso él lo estaría tan solo para salvarme a mi...”*²².

La víctima señala que había tomado conocimiento que el imputado estaba privado de libertad meses después de los hechos constitutivos de femicidio frustrado, ya que tanto su grupo familiar como los profesionales que la atendían le habían ocultado esa información por temor a que ella volviera a acercarse al agresor y decidiera, como en otras ocasiones, volver con él y poner en riesgo su seguridad.

La víctima visitó alrededor de 32 veces al imputado en el centro penitenciario en el que se encontraba. Esto ocurrió entre los meses de marzo y agosto del año 2012.

Respecto de lo anterior, a su turno, el perito psicólogo que entrevistó a la víctima señaló en estrados: *“Indica que el último elemento del síndrome de la mujer maltratada que se encuentra presente en XXX, es la identificación con el agresor, o sea, la víctima ve la situación de violencia no a partir de sus propios ojos o convicciones, sino que a partir del discurso que el agresor le plantea. A este respecto, cabe hacer presente que después del episodio de los días 28 y 29 de agosto, y después que fue internada en el hospital y dada de alta, XXX continuó visitando a XX en la cárcel, y señala que tenían planes de formar una familia y que él la había perdo-*

²² Audio de la sentencia del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, 1100916256-0-1249-130617-00-10- Test. (víctima) XXX.mp3, minuto 47:25.

*nado. En este sentido, hay una transferencia de culpa, es decir, el agresor transfiere a la víctima la responsabilidad de la ocurrencia de los episodios de violencia, y le echa la culpa a la víctima de que las agresiones ocurran... La retractación que la víctima lleva a cabo consistente en negar los actos de violencia que ha sufrido, es un fenómeno plenamente explicable a partir de las dinámicas presentes en la situación de violencia. La retractación de la víctima se explica por la dependencia emocional por parte de la víctima, un alto sentido de culpa, la presencia de síntomas angustiosos y aislamiento social, factores antes mencionados que están presentes en XXX. La retractación por parte de la víctima, forma parte de los cuadros de violencia intrafamiliar, y no afecta la credibilidad del testimonio de la víctima*²³.

La víctima en efecto se retractó. Firmó una carta ante notario –redactada de puño y letra del agresor– a través de la cual señalaba que las lesiones que había sufrido habían sido producto de un accidente sufrido por ella en un concierto de rock y que el acusado era un hombre inocente.

Es el mismo acusado el que introdujo esa información en la audiencia de juicio oral, ya que en su declaración como medio de defensa señaló que: *“XXX lo visitó en la cárcel en 32 oportunidades. XXX concurrió el 13 de marzo de 2012, con una declaración notarial expresando que no quería continuar las acciones legales en su contra, porque la denuncia que había hecho era falsa. El contenido de esta declaración era “yo XXX me retracto de las acciones judiciales”*²⁴.

Durante ese tiempo ella abandonó la terapia reparatoria, la que retomó tiempo más tarde, luego de su última visita al acusado, en la cual, dado que la retractación de la víctima no había prosperado –en el sentido de que él pudiese recuperar la libertad– trató a la víctima con desdén, motivo por el cual ella decide dejar de visitarlo y retoma su terapia reparatoria.

Quien fuera su terapeuta, señala a este respecto al tribunal: *“La retractación de XXX se produjo cuando XX se puso en contacto con XXX, ejerciendo manipulación, al punto de redactar una carta donde XXX va a notaría y se retracta de lo que declaró respecto de los hechos sucedidos en el mes de agosto de 2011. XXX le refiere que una vez por semana visitaba al imputado a la cárcel, donde él ejerció una manipulación, el contacto se produjo telefónicamente. Señala que hay una dependencia emocional que ejerce XX hacia XXX donde hay una sumisión de ella, y esto explica la retractación de ella y de continuar el contacto con él a través de sus visitas a la cárcel. Señala que en abril de 2012, XXX volvió al Centro por tres meses, en el cual ella se restablece emocionalmente y se incorpora luego en el ámbito laboral, ausentándose de este proceso, al cual se reincorpora definitivamente en octubre de 2012 hasta la fecha. Manifiesta que en relación a los hechos ocurridos a fines de*

23 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, considerando 4°.

24 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de Junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, considerando 6°.

agosto de 2011, XXX le señaló que el autor de estos hechos y agresiones de que fue víctima, era su pareja XX, y en ningún momento ella le refirió que estas agresiones hayan sido causadas por otra persona o por alguna otra situación”.

Lo anteriormente expuesto se condice con el análisis realizado a su turno por el psicólogo de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos que atendió a la víctima y que tomó conocimiento, previo al juicio oral de las visitas de la víctima al imputado durante la etapa investigativa. En este punto el referido profesional señaló haber conocido el contenido de alrededor de diez cartas del acusado a la víctima en esta etapa, y al respecto señala: “...*Expone que del análisis clínico forense, se determinó que la víctima ha desarrollado un tipo de vínculo inseguro, lo que la lleva a aislarse de su familia y de sus amistades, confiando en el imputado que es una figura de autoridad que ejerce algún tipo de subyugación. Manifiesta que efectuó un análisis de estas cartas que tuvo a la vista, y se hizo una muestra de diez cartas, cuyo contenido fue analizado. Se observan en estas cartas, una postura del imputado hacia la víctima consistente en que se realiza la figura de omnipotencia del imputado y de sabiduría, que él manifestaba con ella. El imputado se muestra como figura omnipotente y sabia. Es así que en la carta N°1, él le dice que cuando logre la libertad, “voy a solucionar nuestras vidas”. El imputado utiliza figuras manipulativas y descalifica a la familia de XXX, con el propósito de tener el control y mantenerla aislada de su grupo familiar, y así no poder ella buscar respuestas al conflicto de violencia en la cual estaba expuesta. XXX presenta una baja autoestima y labilidad emocional, y la hace una víctima extremadamente vulnerable a cualquier tipo de manipulación ejercida por el agresor*”²⁵.

La referida carta notarial, a través de la cual la víctima se retractaba de sus dichos, fue leída en audiencia de revisión de cautelares del imputado, en marzo del año 2012. En esa oportunidad, estando presente la víctima, se le dio la palabra y ella señaló no ser capaz de seguir adelante con la imputación toda vez que no se encontraba psicológicamente preparada para ello, sin ser capaz de señalar que la imputación hecha contra su pareja era falsa, motivo por el cual, el Tribunal de Garantía estimó pertinente mantener la medida cautelar de prisión preventiva que pesaba contra el imputado.

Durante su declaración en estrados, y consultada por la Fiscal sobre sus sentimientos luego de esa audiencia, ella explica: “*Me quedaron las cosas súper claras. Me quedó claro algo que yo nunca he querido aceptar...que nadie en la vida se merece el castigo que me dio XX a mí. Hasta el día de hoy me cuesta mucho aceptar eso...y que si hoy en día él está privado de libertad, no es por mi culpa, es porque él se lo buscó.*”

25 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de Junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, ob. cit., p. 28.

Yo ese día fui a su oficina –la de la fiscal–, presté declaración y conté que a raíz de haber salido de la casa Santa Ana yo me sentí muy sola....que no tenía a nadie a mi alrededor y que XX en el fondo para mí, era lo que yo tenía...”²⁶.

De lo anteriormente señalado se puede entrever como se ilustró al tribunal que si bien el relato de la víctima carecía de consistencia en el tiempo y existía una retractación de la misma durante el proceso investigativo, esto no disminuía la credibilidad de XXX, toda vez que el proceso de retractación no era binario, no se trataba de un acontecimiento sorpresivo y carente de contexto, sino que se trataba de una más de las manifestaciones de los efectos de la violencia ejercida contra esta mujer, a lo largo de toda su vida, y en particular a través de la historia de esta relación de pareja.

Es así que en el considerando décimo de la sentencia en comento, el tribunal se pronuncia del proceso de retractación en los siguientes términos: *“En cuanto a la retractación efectuada por la ofendida XXX, la psicóloga terapeuta Alejandra Sáez Morales señala que esta situación se produjo cuando el imputado se encontraba en la cárcel donde él ejerció sobre ella una manipulación. Señala que hay una dependencia emocional en ella, y esto explica la retractación. A este respecto, el perito psicólogo de la Unidad de Víctima de la Fiscalía, Raúl Carvacho Cariz señala que tuvo a la vista 30 a 35 cartas enviadas por el imputado a la víctima cuando él se encontraba privado de libertad, y que fueron entregadas por XXX a la Fiscalía. Manifiesta que efectuó un análisis de estas cartas, en las que se advierte una figura de omnipotencia y sabiduría del imputado. Al exhibirle en la audiencia una de las 55 fotografías de cartas a que se refiere el N°6.- Otros medios de prueba de la Fiscalía, específicamente la carta N°1, la reconoce señalando que en ella se aprecia esta figura de omnipotencia y sabiduría que el imputado le manifiesta a la víctima, al decirle a ella “yo solucionaré nuestras vidas cuando salga en libertad”. Agrega que el imputado utiliza figuras manipulativas y descalifica a la familia de XXX, quien presenta una baja autoestima y labilidad emocional, y la hace una víctima extremadamente vulnerable a cualquier tipo de manipulación ejercida por el agresor. Por su parte la víctima XXX señaló que visitó a XX a la cárcel, quien le dijo que la perdonaba y que la quería. Durante este período se escribieron cartas mutuamente, y XX la presionaba para que retirara la denuncia. Que a raíz de esta situación se retractó, por lo que se desistió de toda acción legal, lo que era una mentira, con el objeto de que XX saliera en libertad. XX le entregó esta carta, la que llevó a la notaría. Indica que posteriormente esta carta notarial fue leída en una audiencia, en la que le manifestó a la Juez en la que se desistía de toda acción legal en contra de XX. Esta carta decía que en agosto de 2011, se había accidentado en un concierto, donde se había golpeado la cabeza, lo que no era efectivo, y decía además que XX era inocente. Que a este respecto, se incorporó en la audiencia la declaración*

26 Audio de la sentencia del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, 1100916256-0-1249-130617-00-11-Continúa víctima XXX.mp3, minuto 01:12.

jurada efectuada por XXX, ante la Notario María Patricia Donoso Gomien, con fecha 16 de marzo de 2012, que da cuenta de su retractación y que se desiste de toda acción legal en contra del imputado XX, en los términos anteriormente referidos por la víctima. Por su parte, el perito psicólogo del Centro de la Mujer Francisco Javier Álvarez Bello señala que XXX realizó una retractación, y ella misma le mencionó que esta retractación era falsa, la que efectuó porque sentía pena por la situación de encarcelamiento en la que se encontraba XX. Refiere que XXX presenta una alta dependencia emocional, con dificultades para evaluar las situaciones en las que se encuentra, y traslada la responsabilidad de la violencia ejercida en su contra, no en la persona del agresor, sino que en ella misma. Cabe hacer presente que después del episodio de los días 28 y 29 de agosto, XXX continuó visitando a XX en la cárcel. Refiere que hay una transferencia de culpa, es decir, el imputado agresor transfiere a la víctima la responsabilidad de la ocurrencia de los episodios de violencia, y le echa la culpa a la víctima de que las agresiones ocurran. El mencionado perito psicólogo concluye que la retractación que la víctima llevó a cabo, consistente en negar los actos de violencia que ha sufrido, se explica por la dependencia emocional por parte de la víctima, con un alto sentido de culpa, con síntomas angustiosos, factores que están presentes en XXX. La retractación que realizó XXX es explicable porque de acuerdo a su relato ella se sentía culpable de que XX se encontraba preso, quien le transfirió a ella de las situaciones de violencia. Por lo tanto, la retractación por parte de la víctima, forma parte de los cuadros de violencia intrafamiliar, y no afecta la credibilidad del testimonio de la víctima... Que por lo tanto, cabe tener presente que tanto las declaraciones de la ofendida y de los testigos, como las de de los funcionarios policiales y del perito psicólogo, se refieren única y exclusivamente a la persona del acusado XX como el autor de las agresiones y amenazas en contra de la víctima XXX²⁷.

El tribunal arribó a una decisión de condena respecto de los delitos de femicidio frustrado y lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, condenando al acusado a la pena de once años de presidio mayor en su grado medio y a la pena de cien días de presidio menor en su grado mínimo por ambos delitos respectivamente.

Comentarios finales

Se ha querido comentar esta sentencia dado que el caso de violencia contra la mujer que está detrás de ella es sumamente representativo de la realidad de este tipo de delitos cometidos al interior de la pareja. Cabe destacar que, tal como se señaló al comienzo de este análisis, de la prueba rendida en juicio y del texto mismo de la sentencia corresponde relevar tres aspectos que parecen fundamentales:

27 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de Junio de 2013, RUC 1100916256-0, RIT 196-2013, considerando 10°.

- La investigación especializada en materia de violencia contra la mujer es fundamental; entendiéndola como actividad que implica reunir elementos de prueba que permitan establecer no sólo la ocurrencia de los hechos y la participación del imputado en ellos, sino que además tender a establecer el contexto relacional en el que éstos ocurren. Lo anterior, para poder enfrentar la retractación de la víctima, contando con elementos que permitan morigerar sus efectos negativos sobre la prueba. Cabe destacar que, en el caso particular, se contó con una videograbación de la declaración que la víctima prestó en el centro hospitalario, a días de haber sido intervenida quirúrgicamente, material que sirvió de base al perito psicólogo que se pronunció sobre la credibilidad del relato de XXX.
- La coordinación que debe existir entre los distintos actores institucionales que intervienen con la víctima. La protección de la víctima es una tarea fundamental en casos de violencia de pareja, teniendo presente que, dado el contexto en que ocurren los hechos, el nivel de riesgo vital de las mujeres es altísimo, toda vez que no es infrecuente que vuelvan a entrar en contacto con sus agresores, poniendo en riesgo su vida.
- Es conveniente mostrar al tribunal, a través de los distintos medios de prueba y además de lo expresado en los alegatos de apertura y clausura, la complejidad del contexto personal y relacional de los involucrados de modo tal de dotar a los jueces de herramientas que le permitan comprender que los actos de violencia femicida no son hechos aislados que ocurren repentinamente y que previo a su ocurrencia existe una multiplicidad de hechos que van vulnerando la integridad física y psíquica no sólo de la víctima directa, sino también del resto del núcleo familiar.

EL CASO CARRIZAL: VIOLACIÓN, INCENDIO Y HOMICIDIO DE UNA MENOR DE EDAD

Javier Castro Jofré¹

- I. Observaciones preliminares
- II. Aspectos jurídicos más relevantes del caso
 1. Consideraciones en torno a la subsunción de los hechos, la autoría y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la acción penal
 2. Impugnación del fallo mediante recurso de nulidad y la respuesta de la Corte de Apelaciones

I. Observaciones preliminares

Este año, por primera vez desde que entrara en vigencia el nuevo sistema procesal penal, los tribunales copiapinos aceptaron el presidio perpetuo calificado, como pena solicitada en la acusación del Ministerio Público. La aplicación de la pena máxima prevista en el Código Penal, se impuso en el procedimiento penal RUC N°1100203238-6² al violador y homicida de una menor de edad. El poder judicial, en la Tercera Región, había sido reticente a imponer tal pena en casos anteriores, de manera que su fallo constituye, por cierto, una novedad, pero el caso que se comentará jurídicamente, ha sido novedoso, también, como podrá apreciarse a continuación, en otros varios aspectos.

En primer lugar, como base del procedimiento penal, subyace la estremecedora historia de vida de una niña extranjera (boliviana), de diez años de edad recién cumplidos, que se encontraba en Chile desde hacía algún tiempo, sobreviviendo en estado de mendicidad. Fue, precisamente, vagando y buscando comida entre la basura que, una mujer (la madre del ahora condenado) descubrió a la menor y se hizo cargo de su custodia, autorizada, aparentemente, por erróneas decisiones judiciales del tribunal respectivo. Su suerte iría de mal en peor, pues de la mendicidad, la víctima pasó a vivir bajo condiciones similares a las de la esclavitud. En realidad, bajo las ilusorias altruistas intenciones de la cuidadora, se ocultaban deseos muy lejanos de los leales propósitos que expuso judicialmente. Entre otras miserias evidenciadas en el proceso penal,

1 Abogado de la Unidad de Asesoría Jurídica, Fiscalía Regional de la III Región de Atacama, Ministerio Público.

2 La sentencia unánime que se comenta fue dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó, 23 de enero de 2013, RUC N°1100203238-6, RIT N°132-2012.

destellaba el hecho de que la cuidadora obligaba a su “protegida” a habitar una bodega húmeda (la menor, de hecho, dormía en un colchón mojado), insegura (cables de electricidad a la vista) y lúgubre. Además, la víctima era utilizada como empleada doméstica de la familia cuidadora y así fue llevada a Carrizal, durante el verano del año 2011.

Instalada en el inmueble de su cuidadora, en el sector costero carrizaleño, el 28 de febrero de 2011, durante las primeras horas de la madrugada, el imputado, que había estado durante gran parte del día anterior drogándose con alcohol y pasta base, agredió sexualmente –y con extrema brutalidad– a la menor. Durante el ataque, aquel sujeto le destrozó la vagina a su víctima y la penetró analmente. El nivel de devastación fue de tal magnitud, que la menor perdió la conciencia y su cuerpo –exangüe– quedó expuesto irremediamente al incendio intencional del despiadado verdugo que, consumiría, finalmente, su vida.

El agresor, para impedir el descubrimiento de su crimen, le encendió fuego a la cama donde permanecía tendida inconsciente la infortunada víctima. Es importante señalar que el lecho de la menor se encontraba en la misma habitación que ella compartía habitualmente con la abuela del asesino. La anciana, no obstante, salvó su vida, pero la pequeña víctima, en cambio, murió asfixiada por el humo y su cuerpo quedó calcinado, pero no completamente y ésta sería la primera desgracia del violador, pues su semen fue descubierto en la vagina de la víctima y este hallazgo impulsó una persecución penal que condujo, definitivamente, a la condena del acusado –su segunda desgracia–. No hay, afortunadamente, en esta región en los últimos trece años, otro caso de tragedia infantil –ventilado judicialmente–, que haya tenido estos componentes tan estremecedores y ruines.

En segundo lugar, aunque no se trata, en rigor, de una novedad, el trabajo policial inicial de carabineros, en el sitio del suceso, sugería seguir la pista de un incendio accidental y se pensaba, en consecuencia, que la muerte de la víctima era, también, producto del acaso. Esa hipótesis policial la hizo suya la defensa durante todo el proceso penal. Y bajo esa premisa indiciaria, no se recogió evidencia fundamental, como, por ejemplo, la carpa donde dormía el asesino y hubo una alteración de la escena del crimen, que complicó la tarea investigativa posterior. De allí que, por lo mismo, hayan surgido cuestiones, en el proceso penal, que obligaron al Ministerio a redoblar sus esfuerzos para obtener una respuesta positiva a su solicitud de condena: ¿La menor fue violada en la carpa, o en otro lugar y luego trasladada a su habitación, o la violación se consumó en la habitación y sobre la cama de la víctima? ¿Si estuvo realmente la abuela del asesino en la habitación y la víctima fue violada allí, cómo fue que no escuchó algo? El tribunal se convenció, por los argumentos de cargo, no obstante, que la anciana estuvo en la habitación –y que allí se había cometido la violación–, cuando comenzó el fuego y que pudo salir por

sus propios medios del lugar. Cabe tener en cuenta, con todo, que la mujer – octogenaria–, camina apoyada con muletas, que no usó para escapar del fuego ni se quemó a pesar que parte de la prueba indicaba que palpó la superficie de la cama –que ardía– de la menor, antes de abandonar la habitación donde se encontraba. Merece destacarse, también, que la presencia de la abuela del acusado en la habitación fue determinante para establecer la existencia del incendio regulado en el artículo 475 N°1 del Código Penal, como un tercer ilícito, y fundamental, para la imposición del presidio perpetuo calificado, que podría no haberse aplicado, necesariamente, –como se verá– si el incendio hubiese quedado subsumido sólo en el artículo 474 del Código Penal.

En tercer lugar, la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, contenía errores que, en alguna medida, perjudicaban al querellante, pues, por ejemplo, no evaluaba la circunstancia agravante de abuso de confianza invocada por el acusador particular. Ello bien pudo alimentar un recurso de nulidad. Pero dos de los aspectos de la sentencia que se presentaban, por la defensa, como de polémica mayor, fuera de alegarse hasta el final que no se había logrado acreditar un incendio intencional; era, por un lado, que el tribunal de fondo había omitido referirse a la declaración de un testigo que había visto, a medianoche, sobrio al acusado; y, por otro, como ya se ha dicho, que no se había explicado razonablemente en el fallo cómo la abuela del acusado pudo salir por sus propios medios de la habitación incendiada, sin quemaduras y sin haber advertido la violación ni cuándo se encendió el fuego.

Finalmente, antes de entrar en mayor detalle en el análisis del fallo (s), es necesario advertir que no han sido abordados todos los problemas jurídicos del caso, sino, únicamente, los que generaron mayor fricción, tanto durante la investigación como en la *altercatio* y prueba en el proceso penal correspondiente, los que se enumerarán en lo que sigue de este artículo.

II. Aspectos jurídicos más relevantes del caso

1. Consideraciones en torno a la subsunción de los hechos, la autoría y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la acción penal

1.1. Sobre la subsunción del hecho en las descripciones típicas que conforman el Código Penal

Un primer problema jurídico, complejo, era el de la calificación jurídica de los hechos. Tan relevante fue este problema que, previo a los alegatos de clausura, el tribunal invitó a los intervinientes a debatir sobre la recalificación de los hechos a la violación impropia regulada en el artículo 362 e incendio agravado

del artículo 474 del Código Penal. Pero tanto el Ministerio Público, como el querellante y el SENAME, rechazaron la posibilidad de recalificación.

La discusión sobre la calificación jurídica de los hechos (acceso carnal, fuego como medio para producir la muerte y esta misma) suponía una elección de tipos penales que remitía principalmente al delito concreto y al problema de los concursos. Las dudas del tribunal, en todo caso, las había abordado el Ministerio Público mucho antes de presentar su acusación. Lo que se resumiría así:

1.1.1. Afirmar la existencia de una violación que cuadraba con la descripción típica del artículo 362 del Código Penal, un homicidio cuyo medio de comisión habría sido el fuego y, en consecuencia, cubierto por el artículo 474, inciso 1° del Código Penal que comprendería tanto la muerte de la víctima (homicidio consumado), como la situación de un tercero (abuela del acusado) que conserva su vida (homicidio frustrado) y la destrucción del inmueble (de propiedad de la madre del acusado) quedaría incluida en el homicidio consumado (principio de consunción³).

1.1.1.1. Si el tercero nunca estuvo en el lugar, sólo se aplicaría el artículo 362 para la violación y la existencia del incendio intencional, como medio para cometer el homicidio, en concurso ideal con éste (“quemar para matar”), permitiría, a su vez, únicamente la aplicación de un concurso material entre la violación regulada en el 362 y el incendio agravado contemplado en el artículo 474 o la aplicación única del artículo 372 bis del Código Penal, bajo la premisa de una violación agravada por homicidio de la víctima.

1.1.2. O afirmar la existencia de una violación agravada por el homicidio de la víctima, aplicándose, en consecuencia, el artículo 372 bis y un incendio que, por un lado, se alzaba como el medio para matar y, por otro lado, como el medio para destruir un inmueble (evidencia) y, además, para poner en peligro la vida de un tercero distinto de la víctima violada, y, en suma, subsumido en el artículo 374 N°1 del Código Penal.

1.1.2.1. Si el tercero nunca estuvo en el lugar, asomaba una violación agravada por homicidio, sancionado por el artículo 372 bis. El homicidio, así, se plantearía en concurso ideal con el incendio, por ser éste el medio para matar a la víctima violentada sexualmente y, por lo mismo, quedaría cubierto ya en el artículo 372 bis, en cambio la destrucción del inmueble cometida mediante incendio se sancionaría aplicando el artículo 476 N°1 del Código Penal.

3 Sobre los alcances del principio de consunción, véase a ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, 3ª.ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1999, Tomo II, Parte General, págs. 124-127.

Cualquiera de las soluciones anteriores, salvo la del punto 1.1.2., aliviaba la carga para el acusado, porque favorecía la posibilidad de la aplicación de una pena menor a la de presidio perpetuo calificado.

El Ministerio Público estimó que los hechos calzaban acordemente con los delitos previstos en los artículos 372 bis y 475 N°1 del Código Penal, además, la gravedad de la conducta criminal y la magnitud del daño causado, optimizaba solicitar las mayores penas posibles y estrechar las opciones del acusado.

Finalmente, el tribunal (considerando décimo, páginas 5° y ss.; considerando vigésimo segundo, páginas 73 y ss.) hizo suya la calificación jurídica solicitada en la acusación y el razonamiento que sirvió para ello, formó parte también de la batería de fundamentos para destruir el estado de inocencia tras el cual se escudaba el acusado, como se apreciará en lo consecutivo.

1.2. Sobre la autoría del acusado

El Ministerio Público –también los acusadores particulares–, afirmaba que el acusado era el autor, tanto de la violación de la víctima, como de su homicidio y del incendio cometido para eliminar la evidencia incriminatoria. Cuestión que, teniendo a la vista los bienes jurídicos en juego, suponía que a cargo del sujeto pasivo de la acción penal estuvo la muerte de la víctima y la puesta en peligro para la vida de un tercero que se encontraba (al momento del hecho) en el mismo inmueble que la víctima y, desde luego, la destrucción material de la casa que le servía de morada a ambas víctimas. La defensa, en cambio, alegaba que el acusado sólo era responsable de la violación, pero no del homicidio ni del incendio, pues, las conjeturas del persecutor penal no alcanzaban a convertirse en pruebas que vincularan al acusado con el homicidio. Alegaba, además, que el incendio había sido accidental –recuérdese que esta información venía precedida por la apreciación policial de los carabineros que se constituyeron en el sitio del suceso–.

El principal cuestionamiento de la defensa, en esta materia, estaba centrado, entonces, en la estructura del tipo y, concretamente, en la faz subjetiva, por cuanto rechazaba que el acusado hubiese tenido la intención de cometer los delitos que se le imputaban (homicidio e incendio). La ausencia del elemento volitivo en la estructura del dolo, debía acarrear, entonces, la absolución del acusado, pues su estado de inocencia permanecía intocable y blindado ante la inocuidad de la prueba fiscal –como no fuere mediante endebles indicios– para acreditar una conducta dolosa del acusado.

Resolviendo la discusión, el tribunal descartó la inocencia del acusado respecto del homicidio e incendio. Entre sus lapidarios argumentos, merece la pena rescatar dos consideraciones: una relativa, precisamente, a la intencionalidad (dolo directo) del acusado y que contradecía la existencia de un incendio accidental y otra relativa a la ocasión del acceso carnal y al lugar de los hechos,

que permitía sostener que era el acusado y no otra persona –o el acaso– el responsable penal del incendio y muerte de la víctima.

La motivación del tribunal acerca de la autoría del acusado quedó cimentada bajo la demostración de tres hechos. En primer lugar, que alguien había colocado una palmatoria –con una vela– bajo la cama de la menor y que ese objeto había permanecido allí por varios minutos. En segundo lugar, que hubo un segundo foco de incendio sobre la cama, que descartaba la exclusividad del primer foco. Y, en tercer lugar, la existencia, en el área donde estaba la palmatoria, de un derrame de parafina líquida. Luego, sostuvo el tribunal que era ilógico pensar en un incendio casual, cuando se había acreditado pericialmente la concurrencia de más de un foco incendiario sin continuidad entre las zonas quemadas ni tendría explicación alguna la presencia –fortuita– en la habitación de un derrame de parafina líquida. Así, se insiste, el juzgador descartaba la casualidad, concluyendo que (considerando vigésimo tercero, página 75) “...la conducta desplegada por el sujeto activo satisface plenamente el concepto de acción incendiaria, por cuanto se trató de una conducta dirigida a la verificación del incendio, mediante la colocación de un elemento aportador de llamas en diversas partes de una de las camas de la habitación siniestrada, y en especial en la parte inferior del citado mueble, en el que el cuerpo aportador de llamas fue sostenido durante varios minutos...”, agregando (considerando decimoquinto, página 68) que la “...conducta desplegada por el sujeto activo satisface plenamente el concepto de acción homicida exigido por el legislador para el tipo penal en estudio, toda vez que se trató de una acción incendiaria efectuada en el lugar mismo en que se encontraba la víctima –su cama–, siendo de conocimiento común que un incendio puede generar consecuencias mortales en las personas, ya sea por quemaduras o por asfixia...”.

1.2.1. SOBRE LA INTENCIÓN DEL AGENTE

El tribunal, en el considerando vigésimo, declara que conforme a los medios de prueba presentados y a los principios de la lógica y máximas de la experiencias no pudo arribar a otra conclusión distinta a que el sujeto activo tuvo la intención dirigida al fin de perpetrar la violación de la víctima y su posterior homicidio con el propósito de intentar favorecer su impunidad para la comisión del primero de los delitos. No obstante, el tribunal también acepta una segunda vía, esto es, que el delito en cuestión pudo haberse cometido con dolo eventual, por cuanto estima (considerando vigésimo quinto, página 78) que era “...previsible la existencia de una o más personas en el lugar siniestrado, que el agente haya querido provocar el fuego en ese lugar, sin perseguir lesionar a las personas presentes en el lugar, cuya existencia puede ignorar, pero que era previsible habiendo colocado en peligro la vida o salud de las mismas...”. Pero, el sentenciador descartó esa segunda vía y no dudó que el incendio “...fue provocado con conocimiento e intencionalmente, es decir, con dolo directo...”. Agregándose (considerando vigésimo quinto, página 79) que si bien “... en la especie basta con que el agente haya podido prever que se encontraban personas en la habitación

en que originó el incendio, atendido el tenor del texto legal; lo cierto en este caso, es que se comprobó que el sujeto activo tuvo efectivo conocimiento que la habitación que incendiaba le servía de morada a dos personas, a la menor fallecida –de lo que no se hará cuestión en esta parte pues se encuentra subsumida en la figura de violación con homicidio ya establecida– y a la...” abuela del acusado.

1.2.2. OCASIÓN DEL ACCESO CARNAL

El tribunal tuvo por acreditado que las pericias determinaban que la muerte de la víctima se produjo entre quince minutos y una hora⁴ después de producida la lesión vaginal de la víctima, en conclusión, la acción homicida incendiaria, señaló el tribunal (considerando décimo sexto, página 70), “...*tuvo que producirse previo al rango de 15 minutos a una hora posterior a la grave lesión vaginal efectuada en perjuicio a la ofendida; y en ese contexto, resulta obvio que la muerte de la menor –por asfixia– no se verificó inmediatamente realizada la acción homicida, pues necesariamente tuvo que transcurrir algún tiempo medial entre que se realizó la acción incendiaria, se declaró el incendio y luego se produjo la muerte de la ofendida...*”. Agregó: “...*En consecuencia, tal como lo comprueba la prueba pericial científica analizada, el acceso carnal y la acción homicida se encuentran ineluctablemente atadas por un mismo contexto temporal y espacial, constituyendo una unidad jurídica de acción, lo que permite concluir con toda certeza, que fue el mismo sujeto activo quien realizó ambas conductas...*” y (considerando decimosexto, página 71) “...*por lo tanto es lógico, y adecuado a las máximas de la experiencia, concluir que el agente provocador del incendio –en la cama de la ofendida– pretendía con tal acción homicida borrar todo vestigio del delito de violación cometido minutos antes...*”. En suma, los hechos (acceso carnal y muerte utilizando el fuego como medio), conectados dentro de un mismo contexto material llevaría a los jueces del fondo a convencerse, sin duda, que la acción de matar había sido ejecutada con ocasión del acceso carnal constitutivo de una violación vaginal y anal que calza con el registro típico del artículo 372 bis del Código Penal.

1.3. Sobre el lugar de los hechos

En los puntos anteriores el tribunal razonaba, bajo un prisma lógico, que la misma persona que había violado a la menor, también le había quitado la vida, luego, concluyó que esa persona no podía ser otra que el acusado. El hilo conductor de tal motivación puede apreciarse a continuación.

Se juzgó (considerando vigésimo octavo, página 84) que se había dado por establecido fehacientemente que los dos crímenes –violación y homicidio–

4 Destaca Garrido que cometer un homicidio “con ocasión” de la violación, implicaría dar muerte a la víctima dentro del contexto fáctico en que se ha cometido su violación. Sobre el punto véase a GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, 2ª.ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo III, Parte Especial, págs. 378-379.

habían sido cometidos “...en la misma habitación de similar inmueble, y de modo casi coetáneo en términos temporales, pues la acción incendiaria homicida se verificó sólo minutos después que la violación...”. Las motivaciones para dicha convicción, las hizo residir el tribunal en los siguientes hechos –acreditados– de la causa. En primer lugar, como ya se ha dicho, que hubo una conducta homicida intencional utilizándose el fuego como medio de comisión del homicidio. En segundo lugar, que se había comprobado científicamente que la violación –vaginal y anal de la víctima– y la acción homicida –o acción incendiaria– se habían llevado a efecto en un mismo contexto espacio-temporal. Asimismo (considerando vigésimo octavo, página 86) que la acción incendiaria “...constituyó el medio necesario para consumir el homicidio de la ofendida...”. En tercer lugar, señaló expresamente (considerando décimo octavo, página 85) el tribunal que “... no está demás recordar que el acusado durante el día –previo a los sucesos punibles– había consumido alcohol y drogas, cuestión que tiene cierta importancia pues es de notorio conocimiento que dichas sustancias actúan como desinhibidores en la consumación de conductas antisociales o prohibidas...”. Da fuerza a su criterio condenatorio el tribunal declarando que “... Por lo tanto, de conformidad a la prueba científica creíble y concordante vertida en juicio, a los indicios múltiples, graves y precisos existentes, y a los principios de la lógica y de las máximas de la experiencia, se comprobó fehacientemente que el mismo sujeto activo que consumó la violación en contra de la víctima, llevó a efecto la conducta homicida que le causó la muerte por asfixia, es decir, el acusado...”.

Todo lo que se ha venido señalando intentó desvirtuarse desde el principio de la audiencia por la defensa del acusado, que, estratégicamente, decidió que era conveniente que éste prestara una declaración exculpatoria. Pero la versión del declarante sólo sirvió para confirmar lo que venía explícito en la acción penal del caso: su responsabilidad penal como autor de los delitos acusados. En suma, analizando la declaración judicial del acusado (considerando vigésimo noveno, página 87) los jueces descartan su inocencia, puesto que la declaración del victimario carecía de credibilidad y era opuesta “...a la prueba creíble y coherente vertida en juicio, a los principios de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicamente afianzados...”. Además el tribunal infirió (considerando trigésimo, página 93), que “...el acusado era el único que tenía alguna motivación para provocar el incendio en la cama de la ofendida, a fin de borrar todo vestigio del delito de violación cometido por él breves momentos antes...”.

Finalmente, conviene no olvidar que la defensa casi no aportó prueba al proceso. Por un lado, el único testigo presentado por ella fue descartado por el tribunal por falta de imparcialidad. Pero la principal prueba de la defensa consistía en un peritaje que contradecía, a su vez, las pericias que presentaría el Ministerio Público, sin embargo, esa prueba se excluyó tempranamente en la audiencia de preparación de juicio oral, pues no se acompañaron los certificados que acreditaban los títulos que ostentaba el perito de descargo. En suma,

habría que decir, en honor a la verdad, que la prueba de la defensa se esfumó antes de iniciarse el proceso penal.

1.4. Sobre la estimación de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en base a una alevosía, ausencia de irreprochable conducta anterior y abuso de confianza

Antes que todo hay que hacer notar, como se adelantara al principio de este artículo, que la invocación de un abuso de confianza (artículo 12 N°7 del Código Penal), no fue evaluada por el tribunal ni objeto de reproche contra el órgano judicial, por el acusador particular. Luego, la discusión se centró en las siguientes circunstancias modificatorias de responsabilidad penal:

1.4.1. ALEVOSÍA

La menor, en la versión del Ministerio Público, se encontraba, aunque bajo el cuidado de la madre del acusado, en realidad, en situación de vulnerabilidad e indefensión, y, por lo mismo, completamente a expensas de su hechor. Las circunstancias materiales de desamparo fueron, en opinión del Ministerio Público, aprovechadas por el acusado para conseguir su propósito criminal. ¿Tendrían que ser consideradas estas circunstancias como elementos integrantes de los requisitos de una alevosía?

El tribunal (considerando trigésimo primero, página 97) estableció como cuestión previa “...*que obra con alevosía quien actúa “a traición” o “sobre seguro”, en lo que nos concierne, se entiende que el obrar sobre seguro se configura con dos elementos; uno objetivo, que alude a que se origine una situación de indefensión para la víctima, y otro subjetivo, relativa a crear tal estado de indefensión o a aprovechar el ya existente...*”.

Como había quedado acreditado que la menor –brutalmente embestida– perdió la conciencia y no tenía, entonces, ninguna posibilidad de reaccionar e impedir su muerte, estimó el juzgador que los dos elementos que establecía como cuestión previa estaban satisfechos. La indefensión de la ofendida, declaró el tribunal, había sido buscada y aprovechada por el sujeto activo y había significado un motivo determinante para la ejecución del delito en la forma y oportunidad en que se verificó, cuestión que excedía el simple dolo homicida. En consecuencia, la actuación del acusado se estimaba alevosa en la modalidad de obrar sobre seguro, ya que había buscado de propósito, o por lo menos aprovechado, el hecho de que la víctima se encontraba inconsciente en su cama y en una posición tal que no tenía la más mínima posibilidad racional de defenderse de su agresor, lo que evidenciaba el prevalimiento de aquél respecto del estado de indefensión de la víctima; y de paso, se confirmaba, como acaba de señalarse, la concurrencia de los elementos objetivos y

subjetivos, que, doctrinariamente, se utilizan para construir la circunstancia agravante analizada⁵.

Sin embargo, el entorno vulnerable y la ineficacia (omisión de cuidado) de un adulto protector (la madre del acusado) de los intereses vitales de la menor, que equivale a un estado de indefensión general de la víctima aprovechada por el acusado, como circunstancia integrante de los requisitos de la alevosía, no fueron tenidas a la vista por el tribunal, por el contrario (considerando vigésimo noveno, página 90) declaró que las pruebas –periciales– presentadas por el Ministerio Público, que se referían al trato que recibió la menor de su guardadora y las condiciones sociales y psicológicas en que se encontraba la víctima, era una cuestión “...del todo ajena a la disyuntiva penal que se plantea en este juicio, pues en nada ayuda al fin de establecer el hecho punible, la participación culpable o alguna circunstancia modificatoria de responsabilidad penal...”.

1.4.2. IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR

Si el acusado se había mostrado biográficamente como un sujeto desadaptado socialmente con problemas de drogadicción y tendencia criminales e incluso condenado con una multa por infracción al artículo 50 de la Ley 20.000 con anterioridad a los hechos que se ventilaban en la audiencia de juicio oral, ¿había que reconocer, sin embargo, su irreprochable conducta anterior?

En este punto de la discusión procesal y, específicamente, sobre la existencia de una condena anterior contra el acusado por infracción a la Ley 20.000, se produjo una incidencia en la audiencia de juicio, porque el tribunal estimaba que la copia de la resolución condenatoria a multa debió hacerse valer al inicio del alegato del Ministerio Público sobre determinación de pena y no al final, porque se había producido la preclusión del derecho a invocar ese documento. El Ministerio Público presentó recurso de reposición, alegando que su intervención relativa a la determinación de la pena y sus circunstancias modificatorias no estaba todavía agotada y que, por lo demás, no se había producido, aún, discusión previa sobre el punto. Se insistió, luego, que no bastaba la ausencia de sentencias condenatorias (que las había) para configurar la atenuante discutida sino, además, como requisito copulativo⁶, un comportamiento ético

5 Sobre la construcción dogmática de los requisitos de la alevosía, véase a: GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, 2ª.ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo III, Parte Especial, págs. 56-57; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, 3ª.ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1999, Tomo III, Parte Especial, págs. 59-62; y POLITOFF, Sergio et al, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, 1ª.ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, Parte Especial, p. 56.

6 Sobre la discusión acerca de los requisitos de la irreprochable conducta anterior hay dos posiciones, una (mayoritaria) que se conforma con la ausencia de anotaciones prontuariales y otra (minoritaria a la que adhirió el Ministerio Público) que exige, además, un comportamiento ético social adecuado. Sobre los requisitos exigibles para configurar tal circunstancia minorante de responsabilidad penal véase, por ejemplo, a:

social del cual el acusado carecía. Lo mismo sostuvo el querellante particular y el SENAME. La defensa, en cambio, alegaba que el Ministerio Público no había acompañado el extracto de antecedentes penales del acusado y que la circunstancia atenuante no podía quedar inaceptada por la mera existencia de una multa. Finalmente, el tribunal, por un lado, rechazó el recurso de reposición y, por otro, declaró existente la circunstancia atenuante, apoyando la postura mayoritaria en esta materia, puesto que estimó (considerando trigésimo tercero, página 100) que no se había acreditado en juicio condena anterior por crimen o simple delito alguno respecto del sentenciado y que, como la propia defensa expuso, “...*el extracto de antecedentes del encausado –que no se acompañó– figura libre de anotaciones penales pretéritas, cuestión que no fue controvertida por los demás intervinientes...*”.

2. Impugnación del fallo mediante recurso de nulidad y la respuesta de la Corte de Apelaciones

La defensa, a favor de los intereses del condenado, interpuso un recurso de nulidad insistiendo, en lo fundamental, en la inocencia de aquél y en la falta de prueba del Ministerio Público y, haciendo hincapié, además, en los errores del tribunal en la valoración de la prueba.

Antes que todo debe considerarse que la causal invocada fue la del artículo 374 e) con relación a una omisión de requisitos previstos en el artículo 342 c), esto es, una valoración de medios de prueba con infracción a la dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal y los motivos que fundaban el recurso pueden resumirse de la siguiente manera.

Afirmaba la defensa que a partir de las pruebas presentadas por el Ministerio Público, y consideradas en la sentencia definitiva, no era posible concluir “... *de manera alguna...*” “...*que el acusado hubiese tenido responsabilidad penal en el incendio...*” “...y, en consecuencia, habiendo fallecido la menor por asfixia por aspiración de humo, tampoco puede ser considerado autor de Homicidio, aun cuando se haya establecido el delito de Violación...”. En lo medular, lo que cuestionaba la defensa era que no podía inferirse, mediante meros indicios, que siendo el violador el acusado haya sido él, también, el autor del incendio y homicidio de la víctima. Lo único que se había acreditado mediante prueba científica, se argüía, era la violación de la menor, en cambio el “...*Incendio Accidental...*” no había podido ser desvirtuado con la certeza necesaria que permitiera dictar una sentencia condenatoria. Y había tres materias, que, especialmente, la defensa le reprochaba al fallo.

GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, Tomo I, Parte General, págs. 190-192; y CURY, Enrique, *Derecho Penal*, 3ª.ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, Parte General, págs. 489-492.

En primer lugar, los peritajes (sobre el incendio), según la defensa, no alteraban la presunción de inocencia del imputado, porque las conclusiones (incendio intencional) de uno de los peritos se realizaban en base a la observación de fotografías sin que aquél hubiese concurrido al sitio del suceso, conclusiones a las que, por lo demás, no llegaban los otros dos peritos que sí habían concurrido a aquel sitio.

En segundo lugar, ni la prueba pericial ni la testimonial, ni la lógica ni las máximas de la experiencia permitían explicar que si alguien (el acusado) entró al dormitorio siniestrado a encender y poner una vela en el lugar, la sobreviviente (abuela del acusado) que también estaba en el dormitorio, no se haya dado cuenta de ese hecho ni de la violación. Además, se había establecido que la abuela del acusado era una anciana con grandes dificultades de desplazamiento, sin embargo, “...pudo salir del lugar sin dificultad...” y por un mencionado “...túnel de fuego...” que se generó en la habitación siniestrada. Tampoco explicaba la sentencia cómo la anciana, en “...la huida, no se provocara ningún tipo de quemadura ni herida de ningún tipo...”, con mayor razón cuando se afirmaba por los peritos, que si el escape no se producía de inmediato y rápidamente, era improbable no quemarse o asfixiarse.

En tercer lugar, el tribunal no se había hecho cargo de una contradicción entre dos testigos (cónyuges). Uno de ellos (vecina de la víctima), que había llegado a la escena del crimen alertada por los gritos de auxilio de la anciana que había escapado al fuego, afirmaba haber visto en el interior del inmueble al acusado, pero simultáneamente, afirmaba que en el sitio del suceso “...no se veía nada...” y “...estaba muy oscuro...”. Encima, el cónyuge de la testigo, afirmaba que el acusado estaba en el patio (no dentro de la casa).

En cuarto lugar, el tribunal tampoco se había hecho cargo de la declaración de una testigo, quien declaró en la audiencia afirmando haber visto al acusado poco antes de acaecidos los hechos (“...después de las medianoche...”), que habló con él y éste “...no estaba ni en estado de ebriedad ni bajo el efecto de alguna droga...”.

En suma, estimaba la defensa que la apreciación de la prueba en la forma que lo había hecho el tribunal no conducía a la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a las que habían arribado en la sentencia definitiva condenatoria.

De todas las objeciones antes expuestas las más complejas eran, por un lado, las que tenía relación con la existencia de la anciana en la misma habitación que la víctima, pues si la defensa lograba producir la duda en cuanto a su presencia en el sitio del suceso, cambiaba inmediatamente la calificación jurídica de los hechos (como ya se ha explicado) y el presidio perpetuo calificado se hubiese desvanecido como sanción; por otro lado, tenía razón el recurso al señalar que el tribunal omitió la valoración del testimonio de una testigo

en cuanto al estado de ebriedad del acusado. El Ministerio Público, en este punto, alegó la aplicación del principio de la intrascendencia y de un error insustancial, es decir, que no producía nulidad un error en la sentencia cuando él no influía en la parte dispositiva del fallo⁷ y, en este sentido, la ausencia de evaluación acerca de la declaración de la testigo, relativa a la sobriedad del acusado, no era suficiente para invocar una nulidad. Por lo demás, los restantes medios de prueba conducían sin duda al consumo de drogas efectuado por el imputado, y el estado de intemperancia del acusado, en todo caso, no constituía la esencia de la imputación penal.

La respuesta de la Corte de Apelaciones a los reproches de la defensa consistió en lo siguiente⁸.

En primer lugar, no era efectiva una discrepancia entre peritos (considerando cuarto, página seis), porque los tres expertos que habían comparecido a la audiencia de juicio habían dado cuenta de un foco de incendio ubicado a los pies de la cama y ello se había verificado “...mediante la ubicación de un cuerpo aportador de llamas debajo de la cama...”, concluyéndose por ésa y otras consideraciones que “...el incendio se produjo de manera intencional...”. Añadió la Corte que el fallo recurrido en la fundamentación décimo octava explicaba la existencia de relación causal entre la acción homicida y el resultado de muerte. Por lo demás (considerando quinto, página siete) el peritaje de uno de los expertos no se oponía al de los otros dos, sólo los complementaba “...por medio de una conclusión que es del todo coherente con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; y por ello, es valorada por el Tribunal...”.

En segundo lugar, la Corte de Apelaciones declaró (considerando noveno, página 9) que no era cierto el argumento del recurrente en cuanto a que la sentencia carecía “...de motivaciones para demostrar la participación del condenado...” y que el fallo abarcaba un completo y acabado estudio de la prueba, como de su valoración, sin que pudiera desprenderse del recurso “...cuales serían los principios de la lógica que se habrían vulnerado por los sentenciadores, y por lo mismo respecto a las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados...”. No obstante, la Corte no especificó por qué las dudas, contradicciones y omisiones del tribunal no existían o no tenían el mérito de hacer caer la sentencia definitiva, limitándose a emplear una fórmula genérica que le es conocida en la mayoría de los fallos que se pronuncian sobre los recursos de nulidad, cuando éstos han atacado el método que han utilizado

7 Sobre la noción del principio de trascendencia y falta de influencia del error en lo dispositivo del fallo como una limitación al éxito del recurso de nulidad, véase a CORTEZ, Gonzalo, *El recurso de nulidad*, 2ª.ed., Santiago, Chile, LexisNexis, 2006, págs. 303-310.

8 La sentencia unánime de la Corte de Apelaciones de Copiapó, fue dictada el 28 de marzo de 2013, Rol N°27-2013.

los tribunales al valorar un medio de prueba concreto (considerando séptimo, página 8): “... como lo ha sostenido invariable y reiteradamente esta Corte, la apreciación de la prueba y las conclusiones obtenidas de ella, se encuentran dentro del ámbito de la convicción propia y exclusiva del tribunal de mérito, adquirida a través del principio de inmediación –luego de debate público y contradictorio–, en virtud del cual los sentenciadores sólo pueden fallar de acuerdo a las impresiones personales que obtengan del acusado y de los medios de prueba, resultando impropios para los efectos de este recurso los diversos cuestionamientos hechos por el recurrente a la decisión de los juzgadores, pretendiendo revertir con sus argumentos la convicción alcanzada por ellos y sustituirla por la que pudiera lograr esta Corte, no pudiendo olvidarse que el establecimiento de los presupuestos fácticos resultan inmutables y no son susceptibles de revisión por este medio de este arbitrio de impugnación procesal...”.

Texto del fallo de la Ilustre Corte de Apelaciones de Copiapó

Copiapó, veintiocho de marzo de dos mil trece.

VISTOS:

En causa RUC N°1100203238-6, RIT N°0-132-2012, la Defensora Penal Pública de Vallenar, doña Lorente Llorente Viñales, en representación del condenado Arturo Ociel Araya Villalobos, deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de fecha veintitrés de enero del año en curso, pronunciada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral de esta ciudad, integrada por los jueces señores Felipe Izquierdo Parga, quien la presidió, y Rodrigo Miguel Cid Mora y Miguel Ángel Santibáñez Artigas, que lo condenó a la pena única de presidio perpetuo calificado, con costas, más las penas accesorias de inhabilitación absoluta y perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida del penado y a la sujeción a la vigilancia de la autoridad por el

máximo que establece el Código Penal, disponiéndose que no se concede al sentenciado ya referido ninguno de los beneficios contemplados en la Ley N°18.216, debiendo cumplir efectivamente la pena corporal impuesta, sirviéndole de abono el tiempo que ha estado privado de libertad en razón de esta causa, esto es, desde el día 5 de diciembre de 2011, resolviendo además, el registro de huella genética, de conformidad con lo estatuido en el artículo 17 de la Ley N°19.970. en calidad de autor de los ilícitos consumados de violación con homicidio e incendio en lugar habitado, hechos ocurridos el 28 de febrero de 2011, en horas de la madrugada, en el inmueble ubicado en calle Errázuriz, sin número de la localidad de Carrizal Bajo, comuna de Huasco.

Funda el recurso en la causal contemplada en el artículo 374 letra e) al haberse omitido en la sentencia el requisito de la letra c) del artículo 342 y en relación además, con la norma del artículo 297, todos del Código Procesal Penal y solicita

que se invalide el juicio oral y la sentencia, ordenándose la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que disponga la realización de un nuevo juicio oral. O en subsidio se anule solo la sentencia y se dicte sin nueva audiencia pero separadamente la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley.

El día 12 de marzo de 2013 se llevó a efecto la vista del recurso de nulidad, interviniendo la señora abogado recurrente, doña Loreto Viñales Llorente, quien instó por que se acoja el arbitrio de nulidad y contra el recurso lo hicieron, el Ministerio Público representado por el abogado don Javier Castro Cofre y por la querellante intervino el abogado don Mauricio Sovino, los que solicitaron el rechazo del recurso.

Se determinó por resolución de fojas 8, la audiencia del día de hoy, para dar a conocer la decisión del tribunal.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en cuanto a la causal de nulidad principal que invoca el recurrente, esto es, la del artículo 374 letra e) al haberse omitido en la sentencia el requisito de la letra c) del artículo 342 y relación con el artículo 297, todos del Código Procesal Penal, la funda sosteniendo que de las pruebas aportadas por el Ministerio Público y consideradas por la sentencia no es de manera alguna posible concluir que el sentenciado Araya Villalobos haya tenido participación en el incendio en lugar habitado que se le imputa, y habiendo fallecido la menor..., por

asfixia por aspiración de humo, tampoco puede ser considerado autor de homicidio, aun cuando se haya establecido el delito de violación.

Agrega que el ente acusador solamente logró acreditar mediante prueba científica el hecho de la violación de la menor, que por demás es reconocida por la recurrente desde el inicio del juicio.

SEGUNDO: Que según afirma la recurrente, en lo que dice relación con el delito de incendio, y la consecuente muerte de la niña..., la prueba del Ministerio Público no desvirtuó, más allá de toda duda razonable la presunción de inocencia que beneficia al sentenciado ..., ya que la hipótesis de un incendio accidental no pudo ser desestimada con la certeza necesaria que haya permitido dictar sentencia condenatoria, ya que las declaraciones del perito señor Prieto Quiroga, solo se fundamentan en el análisis de fotografías, sin haber concurrido al sitio del suceso y esas conclusiones no coinciden con las de los peritos que fueron al lugar del suceso.

Arguye que tampoco la prueba testimonial, permite explicar la forma en que alguien pudiere estar dentro de un dormitorio, con el tiempo necesario para obtener, ubicar y prender una vela sin que doña ... no haya podido darse cuenta, más cuando se establece que sólo minutos antes, el acusado... habría violado a la menor, determinándose que la Sra..., a pesar sus dificultades de desplazamiento, pudo salir del lugar sin inconveniente, pasando por una puerta que

abre escasos 40 centímetros, según lo señalaron los peritos y funcionarios de investigadores, y por sobre todo, por el mencionado “túnel de fuego” que en ese momento existía dentro de la habitación.

Añade que la sentencia recurrida no explica cómo la señora..., en su huida, no tuvo algún tipo de quemaduras ni lesiones.

Expone además, que se hace consistir la posibilidad de un incendio accidental solamente en un eventual corta circuito, lo que escapa a toda lógica, ya que en el lugar más allá de las 23:00 horas no existe luz eléctrica, por lo que las velas son de uso común; se estima que necesariamente debe haber un sujeto activo que provoque dos fuegos, sin hacerse cargo de que ha determinado que la cama contenía un colchón de material altamente combustible, lo que hizo que el fuego avanzara lentamente, cuya ocupante señala haber despertado cuando el fuego venía subiendo a mitad de la cama, añadiendo que tocó esa cama en busca de la menor.

Le parece que no es posible que la Sra... no haya tenido lesiones producto del incendio, ya que los peritos señalaron que hubo un alto grado de calor, con lo cual, necesariamente debió haber tenido alguna herida.

Sostiene que el fallo impugnado no se hace cargo en relación con la declaración de la testigo... la que expresó “haber visto el interior del inmueble”, “ que se quemaba...(el acusado)”, en circunstancias que dijo no haber podido entrar por el calor,

que no se veía nada, estando muy oscuro, por lo que resulta imposible que haya visto al sentenciado dentro del dormitorio como lo asevera, lo que en verdad acontece, es que esa deponente sólo pudo percibir lo que relata, añade que el cónyuge de la señora..., don..., no pudo señalar lo mismo, dado que en forma tajante señaló que, al salir de su domicilio a quien primero vio, en el patio, fue precisamente a ...(al acusado).

Indicando, asimismo, que no establece de manera lógica, clara y completa como se llega a la conclusión en orden a descartar la ocurrencia de un incendio accidental, y ello, fue por el innegable efecto que provocó en los sentenciadores las precarias condiciones de vida de la occisa.

Expresa que el fallo no toma en consideración los dichos de la testigo..., quien como lo dijo en el juicio, concurrió a prestar declaración ante la Fiscalía 15 días después de que la investigación se encontraba cerrada, la que sostuvo haber visto al acusado después de la medianoche, cuando se acercó a su casa y habló con ella, percibiendo que no se encontraba ebrio ni bajo el efecto de alguna droga, con lo que se contradice en orden a que el acusado esa noche se encontraba bajo los efectos de un consumo excesivo de alcohol o drogas.

Asevera que la sentencia impugnada sólo considera pruebas que en sí mismas resultan insuficientes para alcanzar el estándar mínimo exigido por el artículo 340 del Código de Procedimiento Penal para dar por establecida la participación del con-

denado...en el delito de incendio y muerte de la menor.

Concluye, la peticionaria, que el fallo recurrido sólo con una certeza subjetiva dio por acreditados y establecidos los hechos de la acusación por incendio y muerte de la niña..., sin que se cumpla con el estándar de convicción que señala el artículo 340 del Código Procesal Penal, por lo cual, además, no se han reunido los requisitos mínimos del tipo penal por el cual se ha condenado y una condena de presidio perpetuo calificado debe extremar las exigencias legales para ser debidamente fundada en elementos objetivos y no sólo en los subjetivos, como así aconteció en el fallo refutado, puesto que los juzgadores se impresionaron por lo cruento del resultado.

Por otra parte, estima que la sentencia rebatida también causa perjuicio a su defendido en tanto lo condena en costas, sin considerar que se encuentra, el sentenciado ..., en la condición del artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales y quien, además, no cuenta con medios económicos propios y por ello fue representado por la Defensoría Penal Pública.

TERCERO: Que el motivo absoluto de nulidad que se invoca, está referido a la presunta omisión en la sentencia de los requisitos que establece el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, que prescribe que aquella contendrá: “La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueron ellos favorables o desfavorables al

acusado, y de la valoración de lo dispuesto en el artículo 297”. A su vez, esta última norma, 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”. Agrega el inciso segundo: “El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”. El inciso tercero concluye: “La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizados para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

CUARTO: Que analizada la sentencia objeto de repriminación aparece en su fundamento séptimo, la forma en que se acreditaron los cargos y al efecto se menciona la prueba de que se prevaleció el Ministerio Público, consistentes en testimonios, pericias, documentos y en la motivación octava se encuentra consignada las probanzas de la Defensa del acusado.

En la consideración décima se señala que los hechos descritos en la motivación novena configuran el delito de violación con homicidio y el delito consumado de incendio en lugar habitado.

El fallo en la motivación undécima se hace un análisis de lo referido al delito de violación con homicidio, explicando que de los hechos consignados en la motivación novena se desprende que el acusado accedió carnalmente a la ofendida –una persona menor de 14 años– provocándole con ocasión de la violación– la muerte y en el basamento duodécimo existe un estudio particularizado de los elementos de ese tipo penal de violación con resultado de muerte indicándose la forma en que fueron probados, existiendo en la consideración décimo tercera un examen de los elementos relativos al sujeto pasivo del delito ya mencionado.

En la consideración décimo cuarta se hace mención a la falta de voluntad de la víctima, lo que se confirmó por la minoría de edad de la afectada y en el fundamento decimoquinto, se procede al estudio del ilícito de homicidio ejecutado en perjuicio de la víctima, destacando que de acuerdo a la prueba pericial, la acción homicida es coincidente con la acción incendiaria ya que la víctima falleció a consecuencia del incendio producido en su habitación, mencionando los que refirieron los peritos señores Nelson Casas Vergara, Felipe Mondaca Sarria y Eduardo Prieto Quiroga, concluyendo los sentenciadores que de acuerdo a la prueba aportada por el órgano acusador, en particular de los dichos de esos peritos, unido a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, les permiten tener por acreditados que se verificó una acción homicida consistente en incendiar la habita-

ción en que se encontraba la ofendida, conducta apta para producir la muerte de la víctima, puesto que se comprobó que esa niña... falleció en razón de tal incendio.

Los tres expertos dieron cuenta que el foco del incendio se ubicó a los pies de la cama en que dormía la víctima, específicamente en la “pata izquierda de la cama”, o lo que es lo mismo –como detalla el perito Casas– en la pata derecha desde el punto de vista de un observador frontal que ingresa a la pieza y esas personas concluyeron que el incendio se verificó mediante la ubicación de un cuerpo aportador de llamas debajo de la cama, el que se tuvo que haber mantenido en esa posición coincidente en tamaño y forma, con la palmatoria que fue hallada en el dormitorio siniestrado, haciendo una serie de consideraciones, a la luz de la prueba que se analiza, para sostener, además, que el foco inicial de incendio se produjo de manera intencional descartando que hubo varios –o por lo menos dos– focos incendiarios al mismo tiempo generados de modo espontáneo o casual.

En la fundamentación decimoctava se señala la existencia de la relación causal entre la acción homicida y el resultado de muerte, concluyéndose que la causa de muerte fue por asfixia por aspiración de humo por incendio de la casa que habitada la menor...

QUINTO: En lo referido al ilícito de incendio, en el basamento vigésimo segundo se señala el hecho punible y en el vigésimo tercero se procede al análisis pormenorizado

de los elementos del tipo penal del incendio y el considerando vigésimo cuarto se menciona la manera en que se probó la existencia del incendio, reiterándose que los focos que originaron tal ilícito, fueron generados de modo intencional por el sujeto activo, efectuando la consideración vigésima quinta un estudio acerca de los elementos subjetivos del tipo penal de incendio.

La sentencia impugnada en la fundamentación vigésima octava procede a examinar y dar las razones fácticas como de derecho para determinar la participación del acusado... en los delitos de violación con homicidio y de incendio en lugar habitado. En la fundamentación vigésima novena se dan los fundamentos para desestimar la prueba aportada por la Defensa, explicando porqué la misma no es considerada.

En la fundamentación trigésima se hace cargo el Tribunal a-quo de las alegaciones de la defensa para no considerarlas que alteran lo ya concluido en orden a la existencia de los delitos como la participación atribuida al acusado..., señalando que respecto de lo alegado por la Defensa, en el sentido de que respecto del incendio, hay un perito que ni siquiera vino al sitio del suceso, llega a su conclusión por fotos de otros peritos que llegaron a una conclusión diversa, en el sentido que se habría puesto otro foco para acelerar el fuego, diciendo al efecto que tal como se consignó en la motivación décimo quinta, se comprobó que existió más de un foco incendiario, pues no existe continuidad ente

algunas zonas quemadas, cuestión que además se aprecia al observar las fotografías exhibidas y detalladas por los peritos Casas Vergara y Mondaca Sarria, añadiendo que no es factible –razonablemente– cuestionar la presencia de más de un foco incendiario, pues en la cama de la víctima había lugares incendiados que no tenían relación de continuidad entre ellos.

El peritaje de Prieto Quiroga no se opone al de los peritos Mondaca Sarria y Casas Vergara, pues sólo los complementa por medio de una conclusión que es del todo coherente con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; y por ello, es valorada por el Tribunal. A su vez, en este basamento, los juzgadores proceden a desestimar, dando las razones de ello, las alegación de la Defensora en orden a que el incendio pudo ser accidental, diciendo que ha estarse a lo razonado en el fundamento 23°, donde se establece la acción incendiaria y su clara intencionalidad y explicando que no resulta acorde a la prueba sostener que doña... tuviera participación en la realización del incendio.

SEXTO: Que conforme a los antes expuesto, debe establecerse que la sentencia recurrida cumple a cabalidad con las exigencias o requisitos que impone el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, toda vez que contiene una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probados, y se hace una valoración de los medios de prueba que fundamentan sus conclusiones, en

los términos que exige el artículo 297 del Código ya referido, sin que advierta contradicción alguna con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, razonando adecuadamente y dentro de la libertad que los sentenciadores tienen para ello, cumpliéndose así con las exigencias de fundamentación y razonabilidad de la sentencia.

El fallo impugnado cumple con señalar las motivaciones que tiene para establecer los hechos punibles como la participación del acusado... en los ilícitos en estudio, en términos tales que dichos motivaciones resultan ser suficientes para explicar el razonamiento que los sentenciadores han utilizado en sus conclusiones, omisión que aquí no ha ocurrido, conforme a lo que ya se dijera.

SÉPTIMO: Que como lo ha sostenido invariable y reiteradamente esta Corte, la apreciación de la prueba y las conclusiones obtenidas de ella, se encuentran dentro del ámbito de la convicción propia y exclusiva del tribunal de mérito, adquirida a través del principio de la inmediación—luego de debate público y contradictorio—, en virtud del cual los sentenciadores sólo pueden fallar de acuerdo a las impresiones personales que obtengan del acusado y de los medios de prueba, resultando impropios para los efectos de este recurso los diversos cuestionamientos hechos por la recurrente a la decisión de los juzgadores, pretendiendo revertir con sus argumentos la convicción alcanzada por ellos y sustituirla por la que pudiere lograr esta Corte, no

pudiendo olvidarse que el establecimiento de los presupuestos fácticos resultan inmutables y no son susceptibles de revisión por medio de este arbitrio de impugnación procesal.

OCTAVO: Que como se desprende de la lectura de la sentencia los jueces llegaron a la convicción, más allá de toda duda razonable de que los hechos materia de la acusación del Ministerio Público son constitutivos de los dos ilícitos ya determinados tantas veces, apareciendo que los reproches dados por la recurrente están en realidad dirigidos a impugnar la convicción que ha alcanzado el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal en orden a condenarle, no desprendiéndose del recurso cuales serían los principios de la lógica que se habrían vulnerado por los sentenciadores, y lo mismo respecto a las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados, no advirtiéndose contradicción alguna con dichos preceptos razonando adecuadamente y dentro de la libertad que tienen los juzgadores para estimar que al acusado... le ha cabido participación en los hechos imputados en calidad de autor de los delitos de violación con homicidio e incendio en lugar habitado, convicción ésta que emana de un ámbito exclusivo de los sentenciadores, previo conocimiento exhaustivo y directo de los hechos.

NOVENO: Que las argumentaciones de la parte recurrente, en orden a considerar que la sentencia carece de motivaciones para demostrar la participación del condenado ..., no resultan ser ciertas, ya que existe en

el fallo recurrido un completo y acabado estudio de la prueba, como de su valoración, existiendo razones que demuestran la autoría del imputado ya referido en los ilícitos de los que ha resultado ser responsable, existiendo, además, tal como se mencionara en la consideración quinta del presente fallo, un considerando como es el trigésimo para desestimar los argumentos de la Defensa de ese acusado, que son casi los mismos que se hicieron valer en este recurso de nulidad.

La parte recurrente con su arbitrio de nulidad ha pretendido alterar los hechos ya asentados por el tribunal, y las argumentaciones para ese fin, no se compadecen con los presupuestos fácticos asentados por el tribunal a quo, dado que en realidad, lo que acontece, es que la parte recurrente no comparte los antecedentes que tuvo el tribunal para establecer los hechos punibles y la participación atribuida al sentenciado..., pero ello se aparta del motivo absoluto de nulidad que se invoca, en la medida que no se objetan realmente los hechos y circunstancias que se tuvieron por probados, ni la forma como se valoraron los distintos medios de prueba para llegar a esas conclusiones, lo que conduce necesariamente a desestimar la causal invocada de nulidad.

DÉCIMO: Que cabe desestimar la alegación de que la condena en costas al sentenciado le haya causado perjuicio, ya que esa alegación no indica que lo resuelto en ese sentido, lo haya sido con infracción a alguna causal de nulidad, y por otra parte,

no se debe olvidar que el artículo 47 del Código Procesal Penal establece que las costas son de cargo del condenado y es una facultad del tribunal, conforme a esa norma en su inciso final eximirle de costas, en cuyo caso, debe explicitar las razones para ello, situación que no aconteció.

UNDECIMO: Que conforme a lo expuesto, no cabe sino rechazar el recurso de nulidad interpuesto por la recurrente en lo principal y que dice relación con la causal del artículo 374 letra e), al haberse omitido en la sentencia el requisito de la letra c) del artículo 342 y en relación, además, con la norma del artículo 297, todos del Código Procesal Penal.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 297, 342 letra c) 372, 374 letra e) 358, 372, 373 letra b), 374 letra e) 376 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad deducido por la Defensora Penal Pública de Vallenar, doña Lorente Llorente Viñales, en representación del condenado..., en contra de la sentencia definitiva de fecha veintitrés de enero del año en curso, pronunciada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral de esta ciudad, integrada por los jueces señores Felipe Izquierdo Parga, quien la presidió, y Rodrigo Miguel Cid Mora y Miguel Ángel Santibáñez Artigas, que lo condenó a la pena única de presidio perpetuo calificado, más las penas accesorias de inhabilitación absoluta y perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida del penado y a la sujeción a la vigilancia de la

autoridad por el máximo que establece el Código Penal, con costas, disponiéndose que no se concede al sentenciado ya referido ninguno de los beneficios contemplados en la Ley N°18.216, debiendo cumplir efectivamente la pena corporal impuesta, sirviéndole de abono el tiempo que ha estado privado de libertad en razón de esta causa, esto es, desde el día 5 de diciembre de 2011, resolviendo además, el registro de huella genética, de conformidad con lo estatuido en el artículo 17 de la Ley N°19.970. en calidad de autor de los ilícitos consumados de violación con homicidio e incendio en lugar habitado, hechos ocurridos el 28 de febrero de 2011, en horas de la madrugada, en el inmueble ubicado en calle Errázuriz, sin número de la localidad de Carrizal Bajo, comuna de Huasco, **declarándose que ella no es nula.**

Regístrese, comuníquese y dese a conocer a los intervinientes que asistieren a la audiencia de lectura, sin perjuicio de su notificación por el estado diario; hecho, archívese.

Redacción del Ministro señor Pablo Bernardo Krumm de Almozara.

RUC 1100203238-6,

RIT 0-132-2012. T.J.ORAL PENAL

N°Crimen-reforma-27-2013.

Pronunciada por los Ministros Titulares: señor ANTONIO ULLOA MÁRQUEZ, señora MIRTA ANGÉLICA LAGOS PINO y señor PABLO KRUMM DE ALMOZARA. Autoriza la Secretaria Subrogante, doña MARGARITA GARCÍA CORREA.

En Copiapó, a veintiocho de marzo de dos mil trece, notifiqué por el Estado la resolución que antecede.

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

CONCEPTO DE TRABAJOS FORZADOS, SERVIDUMBRE Y ESCLAVITUD EN EL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 411 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL CHILENO Y BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR ESTAS MODALIDADES DE TRATA DE PERSONAS

Emiliano Arias Madariaga¹

Ulda Omar Figueroa Ossa²

1) Introducción

A partir de la redacción que nuestro Código Penal Chileno otorga al delito de trata de personas, en particular, basándose en las distintas hipótesis de la que pueden ser objeto las víctimas de éste, es posible distinguir 6 formas distintas que puede asumir el delito, en atención a la afectación que sufre la víctima. De este modo se puede hablar de la existencia de trata de personas *con fines de explotación sexual³*, *con fines de trabajos o servicios forzados*, *con fines de servidumbre*, *con fines de esclavitud*, *con fines de realizar prácticas análogas a la esclavitud* y *con fines de extracción de órganos*.

Como se ha dado cuenta en más de alguna oportunidad a la fecha, nuestra jurisprudencia solamente se ha referido al delito de *trata de personas con fines de explotación sexual⁴*, no existiendo en la actualidad sentencias que se hayan referido a las demás formas que adopta el delito de trata de personas.

En este sentido, el objeto de esta exposición es el de plantear cuál sería el contenido normativo de los términos “*trabajos o servicios forzados*”, “*servidumbre*”, “*esclavitud*” y “*prácticas análogas a ésta*”, en orden a poder precisar cuáles son las

1 Fiscal Adjunto Jefe, Fiscalía Local de Pudahuel, Fiscalía Regional Occidente Región Metropolitana, Ministerio Público.

2 Abogado Asistente de Fiscal, Fiscalía Local de Pudahuel, Fiscalía Regional Occidente Región Metropolitana, Ministerio Público.

3 Inclusive cabría hablar de una séptima modalidad de comisión del delito de trata de personas, aquella realizada “*con fines de prostitución ajena*”, descrita y sancionada en el artículo 411 ter del Código Penal. Sin embargo, hemos excluido esta modalidad de nuestra enumeración pues consideramos que puede realizarse el tipo penal del artículo 411 ter del Código Penal sin necesidad de que las víctimas propiamente tales se encuentren en una posición de *trata de personas* como la descrita en la norma del artículo 411 quáter, puesto que el primero de estos tipos penales no exige las modalidades comisivas características de la trata de personas que sí requiere el segundo de éstos.

4 Como por ejemplo se afirma en GAJARDO ORELLANA, Tania, GUZMÁN VALENZUELA, Karen y SUAZO SCHWENCKE, Carolina. “Interpretación Jurisprudencial de los principales tipos penales contenidos en la Ley 20.507”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°53, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, págs. 201-218.

hipótesis que con mayor seguridad pueden quedar comprendidas dentro de cada una de las distintas formas de trata de personas a la que dan lugar cada uno de estos conceptos.

Se ha acotado la exposición a estos términos, dejando afuera los referidos a la “*explotación sexual*” y a la “*extracción de órganos*” por los siguientes motivos. En primer lugar, porque esta exposición busca dar cuenta fundamentalmente de las hipótesis de trata de personas vinculadas a situaciones de *explotación laboral*⁵ 6; situaciones que se subsumen dentro de los conceptos que acá se analizarán. En segundo lugar, y en coherencia con lo anterior, la *trata de personas con fines de extracción de órganos* opera en supuestos de hecho distintos, que escapan al interés de esta exposición. Finalmente, excluimos del análisis a la *trata de personas con fines de explotación sexual*, entendiendo que si bien en ocasiones las situaciones que ella comprende también ocurren en contextos de *explotación laboral*, ello no sucede necesariamente, y aun en los casos en que así

5 Consideramos que se puede hablar con propiedad de que las situaciones de *trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud* dan cabida a situaciones de *explotación laboral*. Ello, pues éste es el lenguaje utilizado por el *Protocolo de Palermo* al definir la trata de personas en su artículo 3.a) como “*captación, transporte, traslado, la acogida y la recepción de personas, recurriendo a la amenaza al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*”.

Lo anterior se reafirma, además, en la propia historia de la ley 20.507. En efecto, en su redacción original la norma del artículo 411 quater hablaba simplemente de *explotación laboral*, como finalidad punible de la trata de personas, expresión que fue posteriormente reemplazada por los términos *trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud u otras prácticas análogas a ésta*. Este cambio, lejos de reflejar una voluntad tendiente a eximir a la explotación laboral de reproche penal, lo reafirma. En efecto, según consta en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado este cambio se fundamentó, entre otras razones, en que “*el artículo 411 quater tipifica y sanciona la trata de personas, entendida como cualquier forma de explotación laboral o sexual, y que la indicación amplía estos supuestos a las especificaciones que sobre el punto hace el protocolo de Palermo (...)*”. (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “*Historia de la Ley 20.507*”, p.205) o en que, como señaló el Senador LARRAIN, mediante este cambio “*se precisarán los conceptos y permitirá aclarar el sentido de la disposición en atención a que, de otra forma, el concepto de explotación laboral podría generar problemas interpretativos (...)*. Una buena solución, agregó, es eliminar el concepto de explotación laboral y, a continuación, incluir los términos utilizados por el referido protocolo (...). (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “*Historia de la Ley 20.507*”, p.207)

6 En tal sentido cabe aclarar desde ya que en las hipótesis de *explotación laboral* tienen lugar normalmente además *incumplimientos laborales* para con los afectados. De esta forma, ambos conceptos no sólo no son contradictorios, como a veces se sostiene, sino que los incumplimientos laborales son indiciarios de la *explotación laboral* cuando ésta acontece en los contextos que serán descritos en los párrafos siguientes.

acontece, en ellos existe también una afectación a la esfera de la sexualidad de la víctima cuyas particularidades exceden también los fines de esta exposición.

Luego de esbozar cuál sería el contenido de los conceptos típicos de nuestro interés, se planteará una idea en relación a si existe un bien jurídico común a todas estas formas de trata de personas y si, además, existiría algún otro interés jurídico cuya protección se busque resguardar específicamente en cada una de estas hipótesis.

2) Análisis de los conceptos de “trabajos o servicios forzados”, “servidumbre”, “esclavitud” y “otras prácticas análogas a ésta”

a) Contenido del término “Trabajos o Servicios Forzados”

La primera referencia a los *trabajos o servicios forzados* se encuentra en el *Convenio sobre el Trabajo Forzoso*, de la OIT, del año 1930, el cual los define como aquellos “*exigidos a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*”⁷.

Esta sola definición podría llamar al equívoco de entender que el concepto comprende sólo a aquellas cargas laborales que el Estado impone a las personas bajo la amenaza de aplicar una sanción penal, en sentido propio, a quienes no las acepten. Si bien esta idea queda comprendida dentro del concepto de *trabajos o servicios forzosos*, no se trata de la única hipótesis que abarca el concepto.

En efecto, se debe entender que el término “*amenaza de una pena cualquiera*”, no sólo hace referencia a la “pena estatal” sino que también a los apremios ejercidos por los particulares. Es a esta conclusión a la que arriba la 96° reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, la que informa sobre la aplicación del Convenio antes citado, enfatizando que “*durante el examen del proyecto del instrumento por la conferencia, se puntualizó que tal pena podría revestir no sólo la forma de una sanción penal sino que podía tratarse también de la privación de cualquier derecho o ventaja*”⁸.

Por otra parte, cuando se exige para configurar *trabajos o servicios forzosos* que exista una “*falta de oferta voluntaria*” no sólo se tienen en cuenta aquellas situaciones en donde la víctima es *obligada coactivamente* a realizar una labor

7 Convenio sobre el Trabajo Forzoso, 1930, Artículo 2.1, Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile el 31 de Mayo de 1933.

8 Oficina Internacional del Trabajo. “96° Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2007), Informe III (parte 1b), “Estudio general relativo al convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (num. 29) y al convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (num. 105)” [en línea], p. 20. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc96/pdf/rep-iii-1b.pdf> [fecha de consulta: 27 de mayo de 2013].

cuya ejecución rehúye, sino que también aquellos casos en donde la voluntariedad del trabajo se encuentra viciada, sea porque la víctima *es engañada* en relación a las condiciones laborales ofrecidas o porque éstas son de algún modo impuestas a la víctima al encontrarse en situación de inferioridad o vulnerabilidad respecto del empleador. Esto explica precisamente que el tipo penal de trata de personas exija para su realización del uso de coacción, fuerza, intimidación, engaño, abuso de poder o el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad como modalidades de comisión, y al mismo tiempo que no exija aquello cuando la víctima es menor de edad.

La idea anterior se refuerza por las conclusiones extraídas de la antes citada reunión de la conferencia del trabajo, la que señala que “*una imposición externa o una coacción indirecta que coarte la libertad de un trabajador de ofrecerse voluntariamente, puede resultar no sólo de una disposición dimanante de las autoridades, como un instrumento reglamentario, sino también de prácticas adoptadas por empleadores, como por ejemplo, cuando los trabajadores migrantes son inducidos a engaño y víctimas de falsas promesas, se les retienen los documentos de identidad o se les obliga a permanecer a disposición de un empleador (...)*”⁹.

Debe tenerse en consideración, sin embargo, que existen algunas hipótesis que si bien caben dentro del concepto antes descrito, han sido expresamente exceptuadas de la calificación de *trabajos o servicios forzosos*. Estas situaciones son: el servicio militar obligatorio, las “obligaciones cívicas normales” (por ejemplo, ser vocal de mesa), el trabajo exigido por condena judicial, los trabajos exigidos en caso de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros y los pequeños trabajos comunales¹⁰.

Adicionalmente, sobre la definición inicial otorgada por el instrumento internacional antes mencionado, es posible seguir construyendo el concepto de *trabajos y servicios forzados* por medio de la caracterización que se ha ido haciendo de él en la práctica.

En este sentido, la OIT al referirse al concepto de *trabajo o servicios forzados*, constata en primer lugar que “*engloba manifestamente actividades más graves que el mero incumplimiento de la legislación laboral y de las condiciones de trabajo. Por ejemplo, el hecho de no pagar a un trabajador el salario mínimo obligatorio no implica un trabajo forzoso, mientras que sí lo implicará normalmente el hecho de impedir que abandone el centro de trabajo*”¹¹. Junto con lo anterior, la OIT ha

9 Oficina del Trabajo, ob. cit., p. 20.

10 Convenio sobre el Trabajo Forzoso (1930). Artículo 2.2. Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile el 31 de Mayo de 1933.

11 Oficina Internacional del Trabajo. “*Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación*” [en línea], año 2006, p. 19. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_082008.pdf [fecha de consulta: 27 de mayo de 2013].

podido establecer que en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países que contemplan como delito la *trata de personas con fines de trabajos o servicios forzados*, la realización deliberada de determinados actos por parte del empleador hacia el trabajador da lugar a la configuración de este tipo penal. Dicho organismo internacional constata que cuando una persona se encuentra en situación de *trabajos o servicios forzados*, padecerá normalmente al menos dos¹² de las siguientes situaciones¹³:

- i. Violencia física o sexual.
- ii. Restricción de movimientos.
- iii. Servidumbre por deudas o trabajo servil¹⁴.
- iv. Retención de salarios o negativa tajante a pagar al trabajador¹⁵.
- v. Retención de pasaportes y/o documentos de identificación.
- vi. Amenaza de denuncia a las autoridades.

La exigencia de la configuración de estas situaciones tiene sustento empírico. En efecto existen estudios¹⁶ que logran determinar cuáles son los medios de

12 Sobre la necesidad de que concurrieran 2 o más de las siguientes circunstancias para que se configure propiamente el delito de trata de personas, se refirió el Senado PROKURICA durante el proceso legislativo que dio lugar a la norma en análisis. En efecto, según consta en la Historia de la Ley 20.507 (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “*Historia de la Ley 20.507*”, p.206) el mencionado parlamentario hizo presente que “*hay casos extremos en los que debe recurrirse a la penalización, como ocurriría si se traslada al país a un extranjero para que trabaje, sin que hable nuestro idioma y se le encierra, se le quitan los documentos de identidad apenas arriba al país en forma ilegal, se le niega la posibilidad de comunicarse, se le obliga a trabajar sin pausa y no se le paga. En ese contexto, agregó, está cometiendo un delito, pero que cuando sólo se da una de estas circunstancias, en forma aislada o por motivos equívocos, el problema debería quedar circunscrito al conocimiento de la judicatura laboral por infracciones de esa índole*”.

13 Una caracterización más detallada de estas situaciones puede encontrarse en: Oficina Internacional del Trabajo. “*Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación*” [en línea] año 2006, págs. 20-21. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_082008.pdf [fecha de consulta: 27 de mayo de 2013].

14 En nuestra opinión, de presentarse esta situación, en los términos que se describirá más adelante, se deja de estar ante el delito de *trata de personas con fines de trabajo o servicios forzados* y se pasa a configurar el delito de *trata de personas con fines de servidumbre*.

15 Cabe hacer notar que la caracterización realizada por la OIT distingue nítidamente entre la negativa tajante a pagar al trabajador y la retención, que por definición puede ser total o parcial, de los salarios debidos a éste.

16 DOWNLING, S. MORETON, K y WRIGHT, L. “*Trafficking for the purposes of Labour Exploitation: a literature review*”, Home Office Online Report, 10/07, citado en GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea. “La dimensión Laboral de la Trata de Personas en España”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea]

control que más comúnmente se utilizan por los explotadores laborales para mantener a las víctimas en situación de *trabajos o servicios forzados*, haciendo referencia precisamente a que esto tiene lugar, entre otros medios, a través de: *engaños, coacciones mediante la deuda contraída y por medio de la incautación de la documentación, amenazas, uso explícito de la violencia física, servidumbre por deudas, amenazas de lesiones graves, utilizando la violación o el castigo de otras víctimas de forma ejemplarizante, amenazas sobre las limitaciones físicas o control de movimiento o amenazas hacia los familiares de las víctimas*. Junto con ello GIMÉNEZ-SALINAS¹⁷ menciona, en el contexto de los factores constatados en la experiencia española, que además se ha dado cuenta por parte de las víctimas de estos delitos situaciones como las siguientes: *amenazas por delatar a la policía la situación irregular de la víctima, limitación y control de la actividad de los empleados utilizando avisos y sugerencias de no circular en lugares públicos para evitar el control policial y limitación de movimiento*.

Finalmente, la propia OIT constata otro elemento fáctico relevante que concurre en las situaciones de *trabajos o servicios forzados*, cual es que “*la mayoría de las veces, las personas víctimas del trabajo forzoso trabajan durante jornadas más largas y más días por semana que los trabajadores libres, a veces, hasta 16 horas diarias y siete días por semana. Las horas extraordinarias no se retribuyen según tasas superiores a las correspondientes a las horas ordinarias de trabajo*”¹⁸.

En relación a cuál sería el contenido específico del injusto que realiza esta forma de trata de personas, SANTANA VEGA señala que “*esta modalidad viene caracterizada por la imposición de condiciones laborales degradantes que cosifican al ser humano, llegándolo a convertir en un objeto de compraventa, en cuanto se les niega a las víctimas los más elementales derechos en la prestación de un trabajo digno por una persona libre*”¹⁹. En este sentido consideramos que esta modalidad de la trata de personas atenta fundamentalmente contra la *libertad e indemnidad laboral* de la víctima (debiéndose entender este bien jurídico, de aquí en adelante, como expresión penal de la garantía constitucional del

año 2009, p. 16. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-04.pdf> [fecha de consulta: 27 de mayo de 2013].

17 GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea. “La dimensión Laboral de la Trata de Personas en España”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea] año 2009, p. 17. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-04.pdf> [fecha de consulta: 27 de mayo de 2013].

18 Oficina Internacional del Trabajo. “*El costo de la Coacción. Informe Global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a principios y derechos fundamentales en el trabajo*” [en línea], Año 2009, p. 36. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_106232.pdf [fecha de consulta: 27 de mayo de 2013].

19 SANTANA VEGA, Dulce María. “*La directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica*”. En: “*Nova Et Vetera*”, 20(64), p. 218 [en línea]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3897644.pdf>. [fecha de consulta: 27 de mayo de 2013].

artículo 19 N°16 de la Constitución Política de la República), sin desmedro de la afectación de otros bienes jurídicos, según se describirá con más adelante.

Al respecto, cabe destacar que la situación de *trabajos o servicios forzados* atenta fundamentalmente contra la indemnidad laboral de la víctima, pudiendo conservar eventualmente ésta, de manera más o menos íntegra, su libertad ambulatoria y/u otros ámbitos de su personalidad. Ello, pues a pesar de estar limitado, en la práctica, el tiempo durante el cual la víctima puede hacer ejercicio de su libertad ambulatoria, igualmente se conservan espacios, aunque normalmente muy acotados, para su ejercicio. Piénsese por ejemplo en el caso de una persona que encontrándose en la situación antes descrita, aún puede desplazarse dentro del lugar donde presta sus servicios (un resort, un predio, etc) o incluso desplazarse en el barrio donde se encuentra ubicado su lugar de trabajo durante el tiempo que tenga disponible para ello. De esta forma, afirmar que una víctima de *trata de personas cuyo objeto sean los trabajos o servicios forzados* conserve su libertad ambulatoria, no parece un argumento válido para descartar la concurrencia de este delito, puesto que la afectación a ésta no es un elemento inherente a estas hipótesis de trata de personas

Finalmente, se debe tener presente que el concepto de *trabajo o servicios forzados* no es antónimo del concepto de *trabajo voluntario*, sino más bien se opone al concepto de *trabajo decente*²⁰. Dicho en otras palabras, es perfectamente posible calificar una situación como las previamente descritas como *trabajos o servicios forzados* cuando la víctima “consiente” en ella, puesto que la circunstancia de haber sido obtenido dicho consentimiento bajo las circunstancias que señala el artículo 411 quáter, priva de todo valor a dicha manifestación de voluntad. En este mismo sentido se manifiesta el *Protocolo de Palermo* al disponer precisamente que “*el consentimiento otorgado por la víctima a toda forma de explotación que se tenga intención de realizar no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios coercitivos enumerados en la definición de trata (...)*”²¹.

A modo de conclusión, teniendo como base los elementos antes descritos, pero ahora desde una perspectiva dogmática, consideramos que es apropiado definir el concepto de *trabajos o servicios forzados*, parafraseando la definición planteada por GAJARDO Y TORRES²² como **el trabajo o servicio obte-**

20 Oficina Internacional del Trabajo. “*El costo de la Coacción. Informe Global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a principios y derechos fundamentales en el trabajo*” [en línea] Año 2009, p. 1. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_106232.pdf [fecha de consulta: 27 de mayo de 2013].

21 Protocolo de Palermo, artículo 3. b), ratificado por Chile el 29 de noviembre de 2004.

22 GAJARDO ORELLANA, Tania y TORRES FIGUEROA, Angélica. “Los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley 20.507”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°47, Santiago, Chile, 2012, p. 245.

nido mediante la fuerza o la amenaza de fuerza o por el uso de coacción o mediante cualquier plan o artificio para engañar, o mediante cualquier medio, plan o modalidad, inclusive por medios fraudulentos o tergiversaciones dolosas, de forma que la persona crea razonablemente que no tiene otra alternativa que realizar el trabajo o servicio, afectando de manera importarte su indemnidad laboral, al verse limitada su capacidad para autodeterminarse en el ámbito del trabajo, pero no necesariamente en otros aspectos de su personalidad.

b) Contenido del término “Servidumbre”

El concepto de servidumbre es también un concepto normativo que desde hace tiempo se encuentra definido por instrumentos jurídicos internacionales. En tal sentido, la “*Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*”, distingue entre dos formas de servidumbre, la “*servidumbre por deudas*” y la “*servidumbre de la gleba*”.

Se entiende por “*servidumbre por deudas*”, aquel “*estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios*”²³.

En cambio, se entiende por “*servidumbre de la gleba*”, “*la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición*”²⁴.

Por otra parte la OIT caracteriza la servidumbre, en términos genéricos, de la siguiente manera: se trata de una situación que “*se da cuando una persona pasa a ser la garantía o fianza de un préstamo. Esta situación es limítrofe entre el trabajo forzoso y la esclavitud ya que, el individuo trabaja parcial o exclusivamente para rembolsar la deuda que ha contraído*”²⁵. La situación de servidumbre supone,

23 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 1956, Artículo 1°, letra A), Organización de las Naciones Unidas.

24 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 1956, Artículo 1°, letra B), Organización de las Naciones Unidas.

25 Oficina Internacional del Trabajo. “*Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación*” [en línea] Año 2006, p. 19. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_082008.pdf [fecha de consulta: 27 de mayo de 2013].

dicho de otra forma, que una persona pasa a “perder el control sobre sus condiciones de trabajo, la duración del acuerdo y la equivalencia en términos de trabajo del monto de su deuda”²⁶.

Finalmente una última característica de las hipótesis de servidumbre, similar a lo que acontece en los *trabajos o servicios forzados* es afirmada por BALES, quien sostiene respecto de estas situaciones que “*las investigaciones han demostrado que el empleador utiliza la deuda para obligar al deudor a trabajar en condiciones de explotación con un prolongado horario de trabajo, un salario reducido, sin días de descanso, etc.*”²⁷.

En relación a cuál sería el contenido específico del injusto de esta hipótesis de trata de personas, al igual como sucede en la *trata de personas cuyo objeto son los trabajos o servicios forzados*, se configura en estos casos un atentado contra la indemnidad laboral de la víctima, aunque en este caso con un riesgo mayor para este bien jurídico que en el caso de los *trabajos o servicios forzados*, pudiendo conservar eventualmente la víctima, de manera más o menos íntegra, su libertad ambulatoria y/u otros ámbitos de su personalidad. De esta forma, afirmar que una víctima de *trata de personas cuyo objeto sea la servidumbre* conserva su libertad ambulatoria, no parece un argumento válido para descartar la concurrencia de este delito, puesto que la afectación a ésta no es un elemento inherente a esta hipótesis de trata de personas.

En definitiva, creemos que es posible definir desde una perspectiva dogmática la servidumbre como **una forma calificada de trabajo o servicio forzoso que tiene lugar cuando la víctima, producto de la adquisición de una deuda o del compromiso que por ley, costumbre o consenso adquiere con otro, queda totalmente privada de su capacidad de autodeterminarse en el ámbito del trabajo, aunque no queda privada necesariamente de dicha capacidad en otros aspectos de su personalidad.**

c) Contenido del término “Esclavitud”

La esclavitud, en tanto concepto normativo, se encuentra definida desde hace mucho tiempo por instrumentos jurídicos internacionales. En particular, la *Convención sobre la Esclavitud de la ONU* del año 1926 define la esclavitud

26 BALES, Kevin, “Understanding Global Slavery”, University of California Press, 1ª. ed., 2005. En: “*Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe de la relatora especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*” [en línea] p. 11. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-21_sp.pdf [fecha de consulta 27 de mayo de 2013].

27 BALES, ob. cit., p 11.

como “*aquella situación mediante la cual se ejerce sobre un individuo atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos*”²⁸.

En tal sentido, es posible caracterizar la esclavitud como aquella situación en donde una persona genera respecto de otra circunstancias que afectan su dignidad de manera tan radical que *lo privan de facto de la calidad de persona y lo reducen a la calidad de cosa en todas las esferas de su personalidad* de modo tal que esta última puede respecto de la primera *usar, gozar y disponer arbitrariamente* de ella, al igual como lo haría con los objetos de su propiedad.

Desde un punto de vista dogmático, lo propio de las situaciones de esclavitud es que *la víctima se ve privada absolutamente de su capacidad de autodeterminarse en todas las esferas de su personalidad*; incapacidad que afecta también la libertad e indemnidad laboral de la víctima.

Como puede apreciarse, las hipótesis de *trata de personas cuyo objeto sea la esclavitud* son más lesivas que las hipótesis de *trata de personas cuyo objeto sea la servidumbre* pues en este último caso la víctima sólo queda privada de su capacidad de autodeterminarse en el ámbito del trabajo, en cambio en el primer caso se afecta su capacidad general de autodeterminarse en todos los ámbitos de la vida social y no exclusivamente en aquella que se refiere al desarrollo de la víctima en el ámbito laboral.

En tal sentido, se debe destacar que bajo las hipótesis de *trata de personas cuyo objeto sea la esclavitud* si bien quedan comprendidas situaciones propiamente de explotación laboral, también es posible abarcar situaciones en donde la *cosificación* de un individuo, siendo de facto total, no tenga como objeto específico la enajenación de su trabajo, sino que persiga como finalidad específica afectar otras esferas de la personalidad de la víctima. En tales casos, habiendo esclavitud, no habrá propiamente *explotación laboral*.

Lo anterior, creemos, puede acontecer en dos clases de situaciones.

La primera tiene lugar cuando el autor de la trata, si bien no persigue con su conducta coartar la capacidad de la víctima de autodeterminarse laboralmente, pues su objetivo es realmente coartar la capacidad de la víctima de autodeterminarse en otros planos de su personalidad, lo primero se produce igualmente como consecuencia inevitable de su actuar (piénsese en el caso de una persona que, mediante coacción, traslada personas hasta un templo en la cordillera, con el objeto de que rindan obligadamente culto a una deidad o persona determinada).

La segunda tiene lugar cuando la víctima carece de la capacidad de autodeterminarse laboralmente, sea en razón de su edad o en razón de alguna disca-

28 Convención sobre la Esclavitud, 1926, Artículo 1°, Organización de las Naciones Unidas.

pacidad mental, a pesar de lo cual el autor de la trata lo reduce a la calidad de cosa afectando otros ámbitos de su personalidad (piénsese en el caso de una persona que traslada a menores de edad por el territorio nacional o hacia el extranjero para “darlos en adopción” a cambio de una suma de dinero; cuestión que, de facto, supone transformar a dichos menores en mercancía).

En tal sentido, cabe concluir que si bien la *trata de personas con fines de esclavitud* queda comprendida dentro de las hipótesis de *explotación laboral*, su ámbito de aplicación no se agota en esta categoría pues la *cosificación* del individuo afecta, por cierto, su capacidad de autodeterminarse en sus condiciones de trabajo, pero también afecta más ampliamente su capacidad de autodeterminarse en general. En este sentido esta forma de trata de personas es idónea también para comprender situaciones donde la finalidad de su autor no es *cosificar* a la víctima específicamente el ámbito laboral, sino que privarla de su dignidad humana en otras esferas de su personalidad.

En definitiva, creemos que es posible definir desde una perspectiva dogmática la esclavitud como **aquella situación que tiene lugar cuando una persona ejerce sobre otra atributos del derecho de propiedad, motivo por el cual esta última queda privada absolutamente de su capacidad de autodeterminarse en todos los ámbitos de su personalidad, siendo reducida por ello, de facto, a la calidad de cosa.**

d) Contenido del término “prácticas análogas a ésta”

Nuestro Código Penal, al referirse a esta forma de trata de personas, lo hace mediante la siguiente fórmula; “(...) o esclavitud o prácticas análogas a ésta (...).

Una primera lectura da a entender que las prácticas a las que se refiere la ley son prácticas análogas “a la esclavitud” y no a la servidumbre, los trabajos forzados o la explotación sexual. Ello, pues la analogía se establece en relación a “ésta” (la esclavitud solamente) y no en relación a “éstas” (todas las formas de explotación sexual y laboral descritas en las hipótesis anteriores).

Entendiendo que la *analogía* se configura por “una relación de semejanza entre cosas distintas”²⁹, debe entenderse que son *prácticas análogas a la esclavitud*, aquellas conductas que son “*en parte igual, y en parte distintas*” a aquella. En toda analogía, la igualdad entre los elementos que se predicen *análogos* se realiza respecto de aspectos sustantivos o esenciales de éstos, versando sus diferencias sobre cuestiones meramente accesorias.

En dicho sentido, las *prácticas análogas a la esclavitud* comparten con la *esclavitud propiamente tal* el elemento esencial de esta última, la *cosificación* de la

29 Concepto de analogía en página Web RAE [en línea]. Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=analog%EDA> [fecha de consulta: 27 de mayo de 2013].

persona, o dicho en los términos dogmáticos antes planteados, la circunstancia de que *la víctima es privada de su capacidad de autodeterminarse*.

Creemos que la diferencia de estas *prácticas análogas a la esclavitud* con la *esclavitud propiamente tal* radica en que en esta última, según se señaló, la *cosificación* o pérdida de capacidad de autodeterminación del individuo es absoluta, abarcando ésta todos los ámbitos de la personalidad del afectado, siendo reducida la persona a la calidad de cosa en todos los aspectos de su personalidad. **En cambio en las prácticas análogas a la esclavitud, debe entenderse que si bien existe una *cosificación* del individuo, ésta es relativa, afectando uno o más ámbitos de su personalidad, pero no todos, de modo tal que el afectado queda privado de su capacidad de autodeterminarse sólo en algunos ámbitos de su vida, pero no en la totalidad de ellos.**

Al igual como sucede con la *esclavitud propiamente tal* quedan comprendidas dentro de la esfera de las *prácticas análogas a la esclavitud*, tanto las hipótesis donde la *cosificación* de un individuo persigue como única finalidad la enajenación de su trabajo, como en alguna de las otras esferas de su personalidad.

En este sentido, consideramos que dentro de las *prácticas análogas a la esclavitud* que persiguen específicamente *la enajenación del trabajo de la víctima*, es posible abarcar también a las hipótesis de *servidumbre* y de *trabajos o servicios forzados*. Esto sucede porque en ambos casos existe una *afectación de la capacidad de la víctima de autodeterminarse en el ámbito del trabajo*, siendo esta afectación TOTAL en el caso de la *servidumbre* y PARCIAL, aunque importante, en el ámbito de los *trabajos o servicios forzados*.

Dicho lo anterior, cabe concluir que si bien el tenor literal de la ley sólo hace típicas las *prácticas análogas “a la esclavitud”*, una interpretación teleológica del artículo 411 quáter lleva a concluir que también son típicas las *prácticas análogas “a la servidumbre”* y las *prácticas análogas “a los trabajos o servicios forzados”*, pues tanto la *servidumbre* como los *trabajos o servicios forzados* son, en sí mismas, situaciones análogas a la esclavitud, pudiendo perfectamente sostenerse que se trata de verdaderas *prácticas análogas a la esclavitud expresamente tipificadas*.

Sin desmedro de lo anterior, existen “*otras prácticas análogas a la esclavitud*” distintas de la *servidumbre* y de los *trabajos o servicios forzados*. Se trata de situaciones en las que, según se viene planteando, se persigue la *cosificación* de la víctima en ámbitos de su personalidad distintos a su *capacidad de autodeterminarse en el ámbito del trabajo*. Dentro de esta categoría creemos que deben quedar comprendidos, entre otros, casos como *la imposición de un matrimonio forzoso*, la *venta o transmisión de personas* y la *explotación para realizar actividades delictivas*, u otros que cumplan con las condiciones antes mencionadas. Este tipo de casos son los que, en estricto rigor, recoge la hipótesis típica de “*prácticas análogas a la esclavitud*”, pues las situaciones en donde se persigue

afectar directamente la *capacidad de la víctima de autodeterminarse en el ámbito del trabajo*, quedan comprendidas bajo los conceptos de *servidumbre* o de *trabajo o servicios forzados*, según se ha mencionado previamente.

3) Bienes jurídicos protegidos por las hipótesis de trata de personas previamente descritas

A partir del contenido otorgado previamente a los conceptos de *trabajos o servicios forzados*, *servidumbre*, *esclavitud* y *prácticas análogas a la esclavitud*, sostenemos que todas las hipótesis que quedan abarcadas dentro de cada uno de estos conceptos confluyen en un elemento en común: **describen procesos en donde a la víctima se le va privando sistemáticamente, con mayor o menor grado de intensidad según cada caso, de uno o más elementos de su personalidad, y con ello en definitiva, cuando la afectación es la máxima, de su condición de persona.**

La trata de personas debe caracterizarse, en último término, como una actividad que tiende a la privación sistemática y progresiva de la calidad de persona de quien la padece, la cual al afectar diversos aspectos de su personalidad, permite sostener que nos encontramos ante un *delito pluriofensivo*.

De lo anterior, concluimos, que la sola consumación del delito de trata de personas produce una lesión a la dignidad de la víctima, y al mismo tiempo una puesta en peligro a otros bienes jurídicos, a saber, aquellos que resultarían en última instancia lesionados si el objeto que se describe en cada caso es realizado por el autor de la trata^{30 31}.

Como es sabido, todas las formas de trata de persona son *delitos de tendencia*, en los cuales, por definición, “*el actor realiza la conducta típica sobre la base de una determinada tendencia, motivación o ánimo que integra y complementa la materia de la prohibición*”³². En tal sentido, estamos en presencia de delitos donde el legislador, por motivos de política criminal, adelanta la barrera punitiva con el objeto de evitar la producción de un determinado resultado, puesto

30 Sólo en relación a este último bien jurídico protegido se pronuncia VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina “*El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación*.” [en línea], p. 839. Disponible en:.. http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/8302/1/AD_14_2010_art_41.pdf [fecha de consulta: 27 de mayo de 2013].

31 Dentro de los bienes jurídicos cuya puesta en peligro es protegida por este tipo penal se debe contar no sólo los previamente mencionados, como la *indemnidad laboral* o la *libertad ambulatoria*, sino que también otros como la *integridad física y psíquica*. En efecto, en las situaciones donde se concreta el peligro que crea la realización de esta conducta típica, es decir, cuando la víctima es efectivamente *explotada laboralmente* esto lleva aparejado, en la práctica, también una lesión a estos bienes jurídicos.

32 NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. “*Derecho Penal, Teoría del Delito*”, Editorial McGrawHill, 1998, Santiago, Chile. p. 152.

que la sola conducta así realizada ya es suficiente para lesionar y/o poner en peligro determinados intereses jurídicos penalmente relevantes.

Lo anterior efectivamente acontece en el caso de la *trata de personas cuyo objeto sean los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud*, pues en ellos la sola *captación, traslado, acogida o recepción* de personas, mediante alguna de las modalidades descritas en el artículo 411 quáter, realizada con alguno de los objetos antes mencionados, es de por sí idónea para lesionar la dignidad de la víctima³³. Ello pues esta sola conducta ya pone en marcha un proceso tendiente a *cosificar* progresivamente a la víctima, aun antes de que se concreten las finalidades perseguidas por el hechor. Siguiendo a PÉREZ ALONSO, consideramos que la persona ve afectada su dignidad aun antes de que se concreten los fines perseguidos por el hechor puesto que de por sí “*la instrumentalización del ser humano para la consecución de determinadas finalidades mercantilistas supone involucrarle en una situación que lo anula como persona*”³⁴.

33 Uno de los temas más discutidos en torno al delito de trata de personas es si es posible considerar la dignidad como bien jurídico protegido de este tipo penal. En tal sentido, parte de la doctrina sostiene fundamentalmente que “*la noción de dignidad humana se encuentra al margen de la de derechos fundamentales, siendo aquélla el sustento o fundamento de éstos*” (RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos sexuales*. 1ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, págs. 81 y 82) de modo tal que no podría ser considerada ésta como el bien jurídico específicamente protegido por el delito de trata de personas. Sin embargo, como reconoce SOTO DONOSO, “*existen algunos delitos que por la extensión, real o potencial, de los bienes jurídicos que involucran, merman la dignidad humana de la víctima. Por cierto, esa acumulación de valores afectados supone que, en definitiva, lo vulnerado sea “algo más” que aquellos bienes jurídicos particulares, lo que ocurre cada vez que la afectación de esos bienes jurídicos va acompañada de un trato vejatorio que implique la cosificación del ser humano*” (SOTO DONOSO, Francisco. “Aspectos Dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°39, Santiago, Chile, 2009, p. 175).

Esta última postura es compartida por VILLACAMPA quien considera que la dignidad sí puede ser considerada como el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas, entre otras consideraciones, puesto que “*si la trata de personas debe ser considerada delito a nivel global, y ésa parece ser la intención que guía a las instancias internacionales al normar en la materia, el interés a proteger mediante el delito que la incrimine debe ser un valor que goce también de reconocimiento al mismo nivel. La dignidad humana no sólo es plenamente capaz de cumplir con ese objetivo, sino que además es el interés personal más adecuado para erigirse en bien jurídico en este concreto caso. Y es que no debe olvidarse que, aunque la dignidad sea difícil de aprehender, se halla reconocida como base de los derechos humanos en multiplicidad de tratados internacionales*” (VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA “*El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación*” [en línea], p. 837. Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/8302/1/AD_14_2010_art_41.pdf). [fecha de consulta: 27 de mayo de 2013].

34 PÉREZ ALONSO, Esteban. “Tráfico de personas e inmigración clandestina”, En: POMARES CINTAS, Esther. “*El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 15:6 [en línea]. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf> [fecha de consulta: 27 de mayo de 2013].

Sin embargo, debe tenerse presente que en cualquier caso, la trata de personas, en cualquiera de sus finalidades, es al mismo tiempo un *delito de peligro*, pues su realización supone siempre una puesta en peligro a los intereses que resultarían lesionados de concretarse la finalidad perseguida por su autor en cada una de las hipótesis analizadas.

COMENTARIO A SENTENCIA DICTADA POR EL SEGUNDO TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO EN EL DENOMINADO “CASO CORMA”

Alejandro Moreira Dueñas¹

I. Introducción

El día nueve de mayo del presente año, la Excelentísima Corte Suprema rechazó un recurso de queja presentado por la defensa del condenado en el proceso criminal conocido como “Caso Corma”. De esta manera, quedó ejecutoriada la sentencia dictada por el Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en noviembre de 2012, que por la unanimidad de sus miembros decidió emitir un pronunciamiento condenatorio contra uno de los acusados.

Esta última sentencia es objeto del presente comentario, el que comenzará por una breve descripción de los hechos acreditados durante el juicio, para continuar con la calificación jurídica que los Magistrados estimaron aplicables al caso y finalizará con un análisis de las razones que llevaron a absolver al segundo de los acusados.

II. Hechos acreditados

Previo a referirnos a los hechos que el Tribunal estimó acreditados, nos parece que podría ayudar al entendimiento de ellos, una breve explicación de dos mecanismos legales que fueron utilizados para la ejecución de los delitos que fueron materia de juicio; se trata de la Ley N°18.392 conocida como “Ley Navarino” y a la recuperación del IVA exportador, beneficio establecido en el artículo 36 de la ley que regula el impuesto al valor agregado.

La Ley Navarino puede calificarse como una normativa que está orientada a fomentar la producción industrial en una zona extrema de nuestro país, específicamente en la Región de Magallanes, y así asegurar la presencia nacional en localidades estratégicamente importantes para nuestro país, pero que tienen condiciones geográficas que dificultan las condiciones de vida. Específicamente, la ley contempla un mecanismo de “*bonificación*” que consiste en la entrega que el Estado hace de una cantidad de dinero equivalente al 20% del valor del total de ventas que la empresa respectiva efectúe al resto del país. El requisito fundamental para optar a este beneficio, es que en la confección o elaboración del producto respectivo se “*integre*” un 25% de insumos prove-

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

nientes de la región, que puede consistir en materia prima o mano de obra. El solicitante, que previamente debe poseer un nombramiento que le permita optar al beneficio, debe acreditar la “integración” frente a la autoridad y así obtendrá la bonificación correspondiente.

El segundo mecanismo de fomento a la actividad económica que debemos someramente explicar, es la recuperación del IVA exportador, que es una posibilidad establecida en el artículo 36 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado. Como es sabido, el impuesto al valor agregado funciona con una lógica de créditos y débitos que van operando a medida que el producto avanza en la cadena de producción, en otras palabras, cada vez que se agrega valor al bien que se está produciendo, por ejemplo por la incorporación de insumos nuevos al producto, fue necesario costear dicho mayor valor, es decir, el productor tuvo que pagar los insumos necesarios, compra que probablemente estaba gravada con IVA, generándose así un crédito fiscal, equivalente al 19% del precio de los insumos. Luego, cuando el productor venda ese producto, ahora con mayor valor, dicha venta estará también gravada con IVA, generándose así un débito fiscal. Entonces, el crédito y débito se compensan determinándose de esta manera, si el productor debe pagar impuestos (cuando los débitos son mayores a los créditos) o puede imputar el crédito al período siguiente (cuando los créditos son mayores a los débitos).

Es muy importante que se tenga presente que cuando las ventas son nacionales, y si los créditos son mayores que los débitos, el impuesto no se recupera, se imputa al resultado que podría tener la empresa en el período siguiente. Sin embargo, cuando la venta es internacional (exportación) recargar el debito en dicha operación haría que el producto tenga un precio no competitivo en el mercado internacional, o desde otro punto de vista, el exportador se queda sin débitos a los cuales imputar el crédito soportado en etapas anteriores, por lo tanto, el legislador contempló la posibilidad que los exportadores pudieran recuperar el crédito, franquicia regulada en el ya citado artículo 36 de la Ley del IVA.

Dicho lo anterior, podemos ahora referirnos a los hechos acreditados durante el juicio y para ello intentaremos dividir en etapas la sucesión de actos que configuraron los ilícitos materia del proceso (esta división, en todo caso, es sólo para efectos de este artículo):

- a. En la primera etapa, la empresa Corma San Juan y la empresa Jorge Figueroa, ambas ubicadas en Santiago, venden a Corma Magallánica, domiciliada en Porvenir, jeans “primarios” es decir, prendas de esa tela, carentes de lavado, planchado, deshilachado, botones y etiquetas, a un precio de \$2700 pesos cada unidad.

- b. En la segunda etapa, dentro de las instalaciones de Corma Magallánica se procesan los jeans, se tiñen de distintos colores, y se le agregan botones, entre otros accesorios.
- c. En una tercera etapa, Corma Magallánica vende estos jeans a Corma San Juan, situada, como señalamos antes, en Santiago, a precios que fluctúan entre los \$35.000 pesos y \$75.000 aproximadamente, los que son ajustados en sus últimas terminaciones.
- d. La cuarta etapa comprende la venta que Corma San Juan hace de estos mismos jeans, ya “terminados” a Exportadora Corma San Juan, también domiciliada en Santiago, a precios que nuevamente fluctuaban entre los \$35.000 y \$75.000.
- e. Por último, en la quinta etapa, Exportadora Corma San Juan exportaba a Europa (España y Holanda) estos jeans en precios que oscilaban entre los 70 y 120 euros, denominándolos producto chileno primera calidad.

producto de la venta que Corma Magallánica hacía de los jeans a Corma San Juan (tercera etapa), la primera se encontraba en condiciones de solicitar a la autoridad el pago de la bonificación que regula el artículo 10 de la Ley Navarino y que fue referida precedentemente. Luego, los representantes, administradores y asesores vinculados al grupo Corma reunían los antecedentes respectivos, especialmente aquellos que daban cuenta de la integración del 25% del valor del producto en Porvenir, como consecuencia del trabajo de operarios en la zona, y se dirigían a la Seremi de Hacienda de la época, quién autorizó la entrega de dinero a Corma Magallánica por un cifra cercana a los 8 mil millones de pesos.

Pero también, conforme la exportación descrita en la letra e), Exportadora Corma San Juan solicitaba al Servicio de Impuestos internos la devolución del denominado “IVA exportador”, que como dijimos arriba, corresponde al crédito fiscal generado en las compras de insumos o bienes utilizados para agregarle mayor valor a los jeans. En consecuencia, los representantes, administradores y asesores del grupo CORMA solicitaban y tramitaban ante el SII la devolución del IVA, petición que fue acogida, logrando que Tesorería les entregara una cifra cercana a los 8 mil millones de pesos.

Esta serie de conductas no encierran, prima facie, ningún reproche penal, sin embargo, es necesario unirlas con otro grupo de hechos acreditados por la Fiscalía, los que apreciados en conjunto, fueron calificados por los integrantes del Tribunal como distintos delitos que más adelante enunciaremos. Los hechos a que se hace referencia son los siguientes:

- Todas las empresas corresponden a “relacionadas” y todas ellas responden a un solo administrador de facto, que si bien es cierto no era el representante legal de aquellas, sí ejercía un completo control del grupo.

- Los precios y sus alzas, no respondían a ningún patrón lógico que fundamentara dichas alzas y valores, en otras palabras, podía calificarse como “arbitrario”.
- El mismo producto que fue vendido por Corma Magallánica a Corma San Juan (tercera etapa), también fue enajenado al resto del mercado nacional en un mínimo de \$2700 pesos y en un máximo de \$14.000.
- Las operaciones o transacciones entre las empresas relacionadas se encuentran todas pendientes de pago, en otras palabras, no eran más que anotaciones en libros no existiendo un real flujo monetario.
- El ingreso que permitía a Corma Magallánica seguir funcionando era precisamente el dinero que el Estado le entregaba por concepto de bonificación.
- Las exportaciones que realizaba Exportadora San Juan (quinta etapa) eran ventas simuladas ya que las mercaderías nunca fueron ingresadas a Europa, quedando abandonadas o en depósitos particulares sin que fueran reclamadas por nadie, y además porque los supuestos compradores negaron las operaciones.
- El valor de las mercaderías exportadas no tenía fundamento económico o financiero y se debía únicamente a una decisión consciente del principal imputado de aumentar el monto de impuesto recuperado.
- Un porcentaje de los jeans exportados correspondían a prendas de segunda y tercera selección, y no a primera selección como se indicaba en las facturas de exportación, las que además eran fabricadas con telas y accesorios extranjeros, cuando en las mismas facturas se afirmaba que el origen de las prendas era Chile.
- Corma Magallánica, representada por el principal acusado, y Tarifas Publicitarias S.A., suscribieron un contrato de prestación de asesoría en publicidad, emitiendo la última dos facturas que fueron registradas en la contabilidad de Corma Magallánica, cuando en definitiva se trataba de facturas ideológicamente falsas, causándose así un perjuicio fiscal cercano a los \$400 millones de pesos.

La anterior relación de hechos, acreditada por una serie de medios de prueba de contundencia significativa, demostró sin espacio a duda razonable, que las empresas del grupo Corma fueron utilizadas por su controlador y personas cercanas para obtener indebidamente el pago de la bonificación consagrada en la Ley Navarino, como también para conseguir devoluciones indebidas de IVA exportador, haciendo declaraciones falsas en los documentos de exportación necesarios para materializar esas operaciones, las que en todo caso eran simuladas. También se logró acreditar la incorporación de facturas falsas a la

contabilidad de Corma, al registrar facturas que daban cuenta de servicios inexistentes.

Con la prueba rendida por la Fiscalía, fue posible para el Tribunal estimar acreditada la ejecución de actos directos típicos por parte del principal acusado, y en consecuencia, estimarlo autor de los delitos materia de la acusación, a excepción del delito aduanero.

III. Calificación jurídica

El Tribunal estimó acreditados cuatro delitos, a saber:

El contemplado en el artículo 470 N°8 del Código Penal, que sanciona con las penas establecidas en el artículo 467 a “.. *los que fraudulentamente obtuvieren del Fisco, de las municipalidades, de las Cajas de Previsión y de las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas*”.

El descrito y sancionado en el artículo 97 N°4 inciso segundo del Código Tributario, que castiga con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo a “*Los contribuyentes afectos al Impuesto a las Ventas y Servicios u otros impuestos sujetos a retención o recargo, que realicen maliciosamente cualquiera maniobra tendiente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deban pagar*”.

El tercer ilícito concurrente en este caso, a juicio del Tribunal, fue el delito contemplado en el artículo 97 N°4 inciso tercero del Código Tributario, que castiga con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio a quien “*simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan*”.

El último delito acreditado, corresponde al ilícito establecido en el artículo 169 de la Ordenanza de Aduanas, que castiga con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio “*La declaración maliciosamente falsa del origen, peso, cantidad o contenido de las mercancías de exportación*”.

Al momento de justificar la concurrencia de los delitos que tipifica el artículo 470 N°8 del Código Penal y el artículo 97 N°4 inciso tercero del Código Tributario, el Tribunal entiende que poseen la misma estructura, la que coincide con la del delito de estafa, luego, para calificar jurídicamente los hechos como los ilícitos indicados, fue necesario que se rindiera prueba sobre cada uno de los elementos que tradicionalmente se entienden presentes en el delito de

estafa, es decir, engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio². Esta interpretación puede sostenerse al recordar que ambos delitos tienen el mismo origen histórico, ya que fueron incorporados a los códigos respectivos en virtud del Decreto Ley 3443 del año 1980, pero de la misma forma, se puede afirmar que en ambos ilícitos se utilizan expresiones que tradicionalmente han sido entendidas como alusivas al fraude, específicamente, en el Código Penal se habla de “*obtener fraudulentamente*” y en el Código Tributario se dice “*maniobra fraudulenta*”.

Si bien los dos delitos referidos comparten efectivamente la misma estructura, existen claras diferencias entre ellos, siendo la más relevante la naturaleza jurídica de los recursos entregados por el Fisco al sujeto activo. Al revisar el artículo 470 N°8 es posible determinar que los recursos que el Estado entrega, corresponden al concepto genérico de “*prestaciones*”, que la misma norma ejemplifica, enumerando a remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas. En cambio, en el Código Tributario se exige que se trate de dinero que tiene como origen a una devolución de impuestos, situación que puede ocurrir cuando, por ejemplo, producto de la declaración de renta se determina que durante el año se ha pagado más impuesto del que corresponde, generándose así la posibilidad que el contribuyente obtenga dinero equivalente al tributo que ha pagado en exceso.

A propósito de algunos juicios, se ha debatido en torno a que otra de las diferencias existentes entre ambos ilícitos radica en la exigencia de una calidad especial tratándose del delito tributario. En efecto, se ha argumentado que el delito descrito en el artículo 97 N°4 inciso tercero, únicamente puede ser cometido por un “*contribuyente*” que ha simulado una operación tributaria o ejecutado otra maniobra fraudulenta, y que si la misma acción ha sido realizada por una persona que no posee tal calidad, el delito que tendría aplicación sería el tipo consagrado en el artículo 470 N°8 que tendría entonces una especie de aplicación “*residual*”³.

2 Considerando 10°.

3 Tal raciocinio fue seguido por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso en sentencia dictada en diciembre de 2008 en autos RIT N°326-2008, como puede leerse de su considerando 12°: “*En relación con el delito previsto en el artículo 97 N°4 inciso primero del Código Tributario, de la descripción de la figura penal fluye inconcusamente que el sujeto activo de esas acciones destinadas a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto es la persona del contribuyente que está afecto a la carga tributaria, único que puede esconder o encubrir el verdadero monto de las operaciones por él realizadas o disfrazarlas o en fin, burlar el impuesto que debe pagar, por lo que tampoco corresponde hacer extensiva la responsabilidad por este tipo penal a los acusados que en este caso, no realizaron esas conductas en alguna operación tributaria propia sino que, efectuaron declaraciones de impuesto a la renta mendaces, para así obtener fraudulentamente devoluciones de impuesto a la renta a favor de 1193 personas (que se individualizan en el listado pormenorizado en el motivo octavo de este fallo), quienes que no tenían derecho a las devolu-*

Sobre este punto, el profesor Van Weezel sostiene que el delito establecido en el artículo 97 N°4 inciso tercero puede ser cometido por cualquier persona⁴, opinión con la que concordamos plenamente, sin perjuicio que puede ser importante tener presente que, justamente, la simulación de la calidad de contribuyente pareciera que constituye uno de los comportamientos que la ley tributaria quiere abarcar en la descripción típica.

IV. Autoría. Absolución por delito aduanero

El Tribunal decidió condenar al acusado Jesús Manzur en calidad de autor de los delitos contemplados en los artículos 470 N°8, 97 N°4 inciso segundo del Código Tributario y 97 N°4 inciso tercero de este último cuerpo legal.

Esta decisión se fundamentó en la apreciación y valoración de los hechos acreditados, mirados ahora desde el punto de vista de la determinación de su autor, recurriendo principalmente a las normas del Código Penal y del Código Tributario para confirmar que “el dominio del hecho” le correspondía al principal imputado, señalando que “...él no solo era la cara visible de las empresas – que en el hecho controlaba–, sino que además era quien tomaba las decisiones, ya sea en cuanto a la estructura en que se encontraban organizadas las diversas empresas que participaban en la cadena productiva, de distribución y exportación o –lo que es del todo relevante– debido a la forma en que se fraguó el engaño típico, pues era el acusado Manzur quien determinaba el precio que se asignaba a los productos”. Estos elementos fácticos hacían plausible la aplicación de los artículos 99 del Código Tributario y 15 N°1 del Código Penal, y conforme a ellos, se afirmó que la autoría de los delitos indicados en el párrafo precedente, corresponde al principal acusado.

El artículo 99 citado es una disposición que regula un aspecto importante tratándose de los delitos tributarios, ya que indica a quienes se aplican las penas privativas de libertad, precisando un aspecto no menor si se considera que gran parte de los ilícitos regulados en el Código Tributario se pueden cometer durante el funcionamiento de una persona jurídica, empresa, industria, etc., y

ciones solicitadas.” Antes, siempre en el considerando duodécimo, se dijo por parte de los Magistrados “En síntesis, para estos sentenciadores las conductas de los acusados no incidieron en sus propias declaraciones de impuesto a la renta, por lo que no eran ellos los contribuyentes, simulando en las mismas alguna operación tributaria inexistente para obtener por ello una devolución improcedente sino que, realizaron declaraciones de terceros a quienes utilizaron para así obtener devoluciones de un impuesto que no habían declarado ni pagado en su oportunidad y, el que por tanto no tenían derecho de percibir, hechos que constituyen el delito de estafa previsto en el Código Penal”. Este pronunciamiento fue después confirmado por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso. (ROL 23-2009). Curioso resulta constatar que la sentencia de la instancia esgrime como uno de sus fundamentos acerca de este punto, la opinión doctrinaria de otro de los acusados en el caso que motiva este artículo.

4 VAN WEEZEL, Alex. Delitos Tributarios. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, págs. 112-113.

que corresponde en términos técnicos al contribuyente, principal responsable del incumplimiento de la normativa impositiva, pero que tratándose de sanciones penales, no puede ser objeto de ellas, al menos en este ámbito de criminalidad.

Este artículo dispone que las sanciones se aplican, tratándose de personas jurídicas, a “... *los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de éstos...*”, regla que pareciera coincidir con la orientación del artículo 58 inciso segundo del Código Procesal Penal, disposición que como sabemos, dispone que la responsabilidad penal sólo puede recaer en personas naturales, y que por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible.

Acerca de estas normas, pareciera que el sentido de ambas gira en torno a un elemento central que, en consecuencia, tendría que constituir el principal objeto de la actividad probatoria de los acusadores en cualquier juicio penal de características similares, elemento que podríamos identificar con la intervención directa en actos de administración o dirección de la persona jurídica. Conforme lo resuelto por el Tribunal, dicho criterio se cumplió, constatándose que el acusado Manzur ejercía el control de las empresas vinculadas a los ilícitos en cuestión, conclusión que se basó en la valoración de una serie de medios de prueba como correos electrónicos, testigos vinculados al funcionamiento de las empresas, testigos pertenecientes a alguna institución pública ante las cuales se tramitaron las solicitudes de pago de la bonificación o de devolución de IVA exportador, entre otros.

La contundencia de las conclusiones del Tribunal, en orden a afirmar que era el acusado Manzur quien tenía las “*riendas cortas*” del conjunto de acciones delictivas, no fue suficiente para estimar que el acusado intervino en calidad de autor en el ilícito aduanero, no obstante que sus extremos fácticos sí se encontraban acreditados.

Para llegar a esta decisión, el Tribunal siguió a la doctrina nacional existente en la materia⁵, primero al sostener que el delito exige que se presente información falsa ante la autoridad aduanera, para después señalar que, como es el agente de aduanas quien presenta la información ante el Servicio Nacional de Aduanas, la comisión del delito no fue llevada a cabo por el agente, sino que por quien le entregó esa información, es decir, por su mandante y en este caso, dicha persona no fue el acusado sino que el representante legal de Exportadora Corma San Juan.

Parece contradictorio que por un lado se reconozca el total control de Manzur sobre las empresas del grupo, pero por otro lado se afirme que no fue él quien le proporcionó la información falsa al agente de aduanas, actuación que

5 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. Delitos Aduaneros, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 220.

evidentemente debió haber sido controlada y decidida por el acusado Manzur, si se considera que era él quien fijaba los distintos precios de los jeans en sus distintas etapas, valores que aseguraban el funcionamiento de las empresas que formaban el grupo, por lo tanto, puede que efectivamente no haya sido él quien materialmente entregó la información al despachador para que éste procediera a confeccionar la Declaración Única de Salida, documento en el que se reflejaban las falsedades acreditadas y que es esencial para proceder a exportar el producto, pero tal forma de apreciar los hechos no se condice con la apreciación global de los sucesos; era evidente que dentro del plan delictual la exportación era un paso fundamental para completar el circuito iniciado en Porvenir, y además era el paso indispensable para que el grupo Corma recibiera el IVA exportador, devoluciones que para el mismo Tribunal eran ilegítimas, y configuraban el delito establecido en el artículo 97 N°4 inciso tercero, luego, lograr la exportación y en consecuencia realizar todos los trámites de rigor, era un paso necesario que debió estar en el planificación de los hechos.

En virtud de lo anterior, creemos que existen razones suficientes para plantear cuestionamientos a la decisión del Tribunal que, con esta interpretación, limitó el círculo de posibles autores del delito descrito y sancionado en el artículo 169 de la Ordenanza de Aduanas, a quien le entrega la información al despachador, incluyendo, entendemos, a ambos en el caso que existiera entre ellos concierto. Para explicar por qué no estamos de acuerdo con dicha interpretación, es útil tener presente que la Ordenanza no tiene una norma de carácter general como el ya citado artículo 99 del Código Tributario, sin perjuicio de normas especialísimas de estructura similar que la normativa aduanera contempla. Como consecuencia de dicha carencia, tendríamos que afirmar que las reglas de autoría del Código Penal resultan aplicables al catálogo de delitos aduaneros, y si esto es así, y siguiendo la misma construcción dogmática que aparentemente sigue el Tribunal, no se ajusta a una correcta aplicación de la teoría del dominio del hecho, concluir que el acusado Manzur no tenía el completo control de las operaciones de sus empresas y de los trámites que ella tenían que cumplir para obtener los beneficios y franquicias irregularmente obtenidas.

En efecto, la facultad de seguir o no adelante con las exportaciones, dependía exclusivamente de la voluntad del acusado Manzur, no del representante legal de Exportadora Corma San Juan, luego, la entrega de información falsa a la autoridad aduanera o su continuación, funcional al plan ideado en su totalidad, era indispensable para lograr las exportaciones y, lo más importante, creemos que no existía ninguna duda razonable de que el acusado conocía perfectamente la información que se estaba entregando a la autoridad aduanera y que ella era falsa, pero lo más importante, contribuyó concretamente a que dicha información haya sido entregada a la Aduana. Esta contribución el Tribunal entiende que se agota en la relación agente de aduanas-mandante, calificación que normalmente coincidirá con los hechos de muchos casos, sin

embargo, en este juicio no era así y sencillamente no se ajusta a los sucesos que los sentenciadores dieron por acreditados. Es evidente que los datos que el representante legal de la exportadora entregó al agente de Aduanas para que éste a su vez confeccionara las DUS tenía un origen, una generación, etapa en la que la figura del acusado Manzur era realmente el controlador. No creemos que podría razonablemente afirmarse que el principal administrador de las empresas desconocía la cantidad de jeans que se exportaban a Europa o que el origen de las telas era asiático.

V. Absolución pronunciada a favor del asesor jurídico

Conforme la teoría del caso planteada por el Ministerio Público, el acusado Manzur, para llevar a cabo esta intrincada relación “comercial” entre las empresas Corma, contó con los medios y planificación del segundo acusado en este juicio, el abogado señor V., acciones que a juicio de los acusadores traspasaron los límites de la asesoría jurídica, mutando su actuación en derechamente criminal.

Los principales medios de prueba incorporados en juicio por parte de la Fiscalía para sostener su acusación contra el asesor, consistieron en documentos incautados en dependencias de la empresa y el profesional; concretamente, se trata de tres informes: el primero caratulado como “Reservado”, se refería a franquicias tributarias y aduaneras de la Ley Navarino, y otras, documento que no tenía fecha, pero que sí tenía la firma del acusado V. El segundo documento estaba dirigido al acusado Manzur, y se titulaba “Proyecto de Exportación a Europa”, teniendo como fecha agosto de 2007, y por último, el *tercero informe tenía fecha octubre de 2007*, dirigido a Manzur, que tenía como denominación “Proyecto de Exportación a Europa”. Estos documentos fueron efectivamente confeccionados por el abogado acusado y recibidos por el acusado Manzur. Ellos principalmente resumían el sistema de bonificación de la Ley Navarino, y contenían un diseño empresarial que en abstracto permitían optar a beneficios como la Ley Navarino y la devolución de IVA.

La prueba rendida en este punto, permitió que el Tribunal concluyera que el acusado V.: *“participó efectuando asesorías relevantes para la marcha de la empresa globalmente considerada, efectuando observaciones y recomendaciones útiles para dicho efecto, sin embargo, a la luz de la prueba rendida no resulta posible vincular el primer informe con una época que permita establecer fehacientemente que él hubiese sido el ideólogo del plan de negocios llevado a cabo finalmente por el acusado Manzur Saca, como propusieron los persecutores. Ello porque si bien, en el aludido informe se hace una referencia al aprovechamiento de franquicias tributarias y aduaneras por la aplicación de la Ley Navarino –lo que podría suponer una época cercana al año 2005, fecha en que Corma Magallánica solicitó a la autoridad operar en Porvenir para acceder a los beneficios de dicha ley–, en el cuerpo del informe, puntualmente en el acápite “Desarrollo de un Proyecto Industrial Determinado”*

se alude al supuesto del negocio sobre la base de un modelo que en la práctica no se realizó, resultando las recomendaciones referidas a los mecanismos de fiscalización y medidas de prudencia a considerar, como meras sugerencias efectuadas por cualquier asesor tributario en el ámbito de su especialidad y confidencialidad, apuntando más bien a una elusión o planificación tributaria por sobre cualquier consejo ilícito que se encuadre en el ámbito de la evasión de la carga tributaria”.

A propósito de los otros documentos, sostuvo que *“si bien, se describe un plan de negocios más detallado que el anterior, enunciando a las tres sociedades que iban a operar en Chile, así como otras que se iban a crear en el extranjero, lo cual podría asimilarse a lo existente, ello no es así, puesto que en dicha época el plan de negocios se encontraba en plena operación, es decir, la empresa Corma Magallánica estaba operando en el proceso de terminación de los jeans primarios, e incluso ya se habían efectuado las primeras exportaciones a través de Exportadora San Juan, lo que impide considerar la intervención de V. C. con la relevancia que le atribuyen los acusadores, pues no ha tenido ni ha podido tener un codominio de los hechos en los términos descritos por la doctrina y la jurisprudencia, de sostener las riendas cortas del acontecer típico, pues la maquinaria de empresas relacionadas y de operaciones defraudatorias ejecutadas, se encontraba a plena marcha en el lapso breve de tiempo en que él emitió sus informes, sin que se le pueda atribuir siquiera la autoría mediata en el diseño de las operaciones efectivamente realizadas, cuestión que de haber sucedido hubiese permitido a los persecutores penales atribuir al acusado participación penal, en los términos contemplados en el artículo 15 N°2 del Código Penal.*

En resumen, los fundamentos para no considerar al acusado V. como autor de los delitos descritos en los artículos 470 N°8 del Código Penal y 97 N°4 inciso tercero del Código Tributario, se pueden resumir en que para el Tribunal el aporte del acusado no fue indispensable para que ellos ocurrieran en la forma que sostenía la Fiscalía, y esto porque, en primer lugar, el esquema sugerido por el abogado no fue completamente seguido por el acusado Manzur, y en segundo lugar, porque las operaciones de exportación de alguna de las empresas objeto del proceso penal, fueron realizadas con anterioridad a la fecha de los informes.

Sobre lo primero, no es mucho lo que se puede decir ya que se trata esencialmente de un tema de valoración de la prueba, sin perjuicio que de todas maneras podemos sostener que eventualmente escapa a la lógica entender que necesariamente debe existir un correlato completo y acabado entre el plan propuesto por uno de los autores al otro, y adicionalmente, que en el caso sub-lite era posible determinar los principales fundamentos de la propuesta del asesor, los elementos más importantes sin los cuales el “negocio” no podía implementarse exitosamente y confrontarlo con la forma en que realmente funcionó el grupo Corma, y como producto de esta comparación sin duda podía apreciarse que existía una coincidencia importante.

Y respecto de lo segundo, si llevamos la interpretación del Tribunal a un caso extremo, tendríamos que sostener que la incorporación de un tercero a un plan criminal ya iniciado nunca podría calificarse como intervención criminal a título de autor, en otras palabras, pareciera que se exige presencia y colaboración desde un inicio en los hechos para así poder afirmar que estamos en presencia de una hipótesis de autoría, si hay participación posterior, no estamos en presencia de un autor. En nuestra opinión, esta alternativa debe descartarse ya que no es político-criminalmente correcto sostener una interpretación de ese tenor, por los evidentes resultados injustos que puede acarrear, pero además introduce un factor de limitación temporal a las reglas de la autoría, cuyo desprendimiento de las normas legales es, a lo menos, discutible.

VI. Sanciones impuestas

En su sentencia, el Tribunal impuso la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y multa de \$8.290.658.861. Para llegar a este rango de sanciones, en primer lugar, consideró la concurrencia de la circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 N°6 del Código Penal, rechazando la aplicación del artículo 111 del Código Tributario y además aplicó las reglas de reiteración de delitos y acumulación jurídica de penas.

Se desestimaron las alegaciones de la defensa en orden a que los hechos configuraban un solo delito, esto porque ella entendía que se trataba de un caso de concurso aparente de leyes penales, calificación que no fue compartida por el Tribunal que diferenció las conductas no sólo en su dimensión espacio-temporal, sino que marcó distinciones en cuanto a las conductas descritas en los diversos tipos penales, y además en la diversa forma en que lesionaban a un mismo bien jurídico.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE
Y DELITOS VIOLENTOS

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACIÓN AL SECUESTRO COMÚN CON OCASIÓN DE DOS SENTENCIAS QUE CONDENAN Y ABSUELVEN RESPECTIVAMENTE POR EL TIPO PENAL

Rodrigo Fernández Moraga¹

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto realizar un examen al tipo penal del *secuestro común*, previsto y sancionado en el inc. 1° del artículo 141 del Código Penal, tomando como base dos sentencias de Tribunal Oral en lo Penal, las que se pronuncian en relación a este ilícito.

La primera sentencia, del Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, de 16 de mayo de 2012, en la causa RUC 1110015202-0 (en adelante “caso de Villarrica”), que fue materia de recurso de nulidad finalmente rechazado, dice relación con un hecho que se ha vuelto de relativa común ocurrencia, y que fue acreditado ante el tribunal: *Mientras la víctima circulaba en el taxi colectivo, fue abordado por los acusados quienes luego de iniciado un servicio de traslado, es tomado del cuello e intimidado con un arma blanca, luego lo descienden del vehículo, lo agreden físicamente, le sustraen especies que portaba consigo, acto seguido lo introducen al interior del maletero del vehículo, comenzando los acusados un recorrido por diversos lugares, deteniéndose al menos en seis oportunidades para verificar que se encontraba ahí, posteriormente la víctima desde el interior logra abrir el maletero escapando del vehículo en movimiento.* En la oportunidad el Tribunal Oral decidió condenar por los delitos de robo con fuerza e intimidación, previsto y sancionado en el artículo 436 N°1, y por el delito de secuestro, previsto y sancionado en el artículo 141, todos del Código Penal.

El segundo fallo, del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, de 8 de abril de 2013, en la causa RUC 1200464304-4 (en adelante caso de Viña del Mar), el que no fue materia de recursos, dice relación con los siguientes hechos, acreditados ante el tribunal: *Un grupo de sujetos que ingresó a una entidad bancaria en la ciudad de Viña del Mar, premunidos de armas de fuego, redujeron al guardia y en la medida que llegaban también a los empleados del Banco, a quienes les quitaron sus teléfonos celulares para asegurar el resultado del ilícito, los amarraron, los mantuvieron en el suelo, desde la bóveda sustrajeron una gran cantidad de dinero en efectivo. Ya con el dinero en su poder (con los sujetos maniatados, sin sus teléfonos celulares, en definitiva impedidos de reaccionar) condujeron a todas las víctimas (28 personas) al sector de bóveda, donde fueron encerrados bajo llave*

1 Abogado de la Unidad Especializada en Delitos de Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

y otra víctima que se encontraba embarazada, fue mantenida maniatada a una silla, huyendo los delincuentes del lugar. La situación de cautiverio se prolongó por casi dos horas desde que fue cometido el robo. El Tribunal Oral condenó a los acusados como autores del delito de robo con violencia e intimidación, pero absolvió a los mismos del secuestro acusado, “por encontrarse subsumido en el ilícito que se tuvo por acreditado”².

Del comentario de los referidos fallos, como asimismo del análisis dogmático, esperamos obtener luces para enfrentar investigaciones donde nos encontremos frente a situaciones similares y descartar –o no– la existencia de dos ilícitos en concurso.

Amén de lo anterior, el interés del presente artículo dice relación con la contradictoria jurisprudencia que en torno a este tipo penal se ha dado a lo largo del país, frente a supuestos similares. Particularmente entre el año 2010 y 2012, de un total de 260 relaciones terminadas³ por sentencias definitivas en materia del delito de *secuestro simple* (Art. 141 inc. 1° del Código Penal), 142 fueron condenatorias, en tanto 118 fueron absolutorias, lo que implica una tasa de absoluciones del 45% en torno a este tipo penal⁴, lo que escapa a la tasa general de absoluciones a nivel nacional que es del orden del 3.9%⁵. Esto permitiría preliminarmente también proyectar el por qué de la alta tasa de absoluciones en relación a la tasa general, toda vez que en pocos casos como con este delito se presentan en conjunto, por ejemplo como en estos casos, con el delito de Robo con violencia e intimidación.

Por otra parte, la doctrina al analizar este delito siente la tentación por ahondar en las figuras complejas y agravadas, abandonando la más simple de ellas –y tal vez la de más común ocurrencia en la actualidad–, aquella que no tienen un fin ni extorsivo, ni de venganza, ni políticos, del artículo 141 inciso primero del Código Penal, encierro o detención sin derecho que ocasiona privación de libertad. Tal vez sea lo anterior, junto con los atroces casos de violaciones de derechos humanos vividos en Chile, en donde se aplicó en un porcentaje importante la figura del secuestro ante los tribunales, lo que ha desplazado la figura más simple.

2 Punto III, de la resolutive de sentencia.

3 Las *relaciones* corresponden a una unidad de cómputo y análisis de la información, con la que el Ministerio Público contabiliza los términos aplicados en las investigaciones penales, en particular se refiere al vínculo que se genera entre un imputado, el delito y una víctima.

4 Datos provienen del Sistema de Apoyo a los Fiscales (SAF), Registro Informático del Ministerio Público. Extraídos el 6 de abril de 2013. Cabe señalar que el Ministerio Público no constituye fuente primaria de proporción de estadística, conforme a lo cual, dicha información es referencial.

5 Boletín Estadístico del Ministerio Público, año 2012, Tabla N°6: Términos aplicados por región.

II. Aspectos doctrinarios

El secuestro común es un ilícito previsto en el artículo 141 del Código Penal, por el cual en su fórmula básica se sanciona al que *sin derecho encerrare o detuviere* a otro, *privándole de su libertad*.

Nuestro Código Penal sanciona el secuestro en el Título III, del Libro II del Código Penal, donde se tratan los crímenes y simples delitos que afectan derechos garantizados por la Constitución Política de la República. Desde esta óptica no resulta vano reconocer que este ilícito infringe la garantía constitucional contenida en el número N°7 del Artículo 19 de la Constitución, particularmente los literales a) y b), esto es el derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de un punto a otro y entrar y salir de la República; y que nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes.

No es atinente a este trabajo adoptar alguna posición sobre la ubicación sistemática que ampara la figura penal, baste señalar a este respecto que se ha discutido ampliamente sobre su ubicación y que posiblemente enfrentados a una nueva codificación penal, se seguirá la suerte que mantiene actualmente su par español, bajo un título exclusivo de delitos contra la libertad y la seguridad de las personas⁶.

En términos generales, podemos decir que el bien jurídico protegido es la posibilidad de las personas de autodeterminarse, moverse de un lugar a otro a su arbitrio y no a la motivación de un tercero que no ostenta título alguno para imponer su voluntad.

En específico lo amparado es la libertad ambulatoria, “[...] la cual no ha de entenderse solo en los casos más evidentes, en que la víctima se encuentra absolutamente impedida de decidir sobre su paradero, sino también en todos aquellos casos en que se la coloque en tal situación que para ejercitar su derecho de permanecer o trasladarse a otro lugar, debe sacrificar o poner en peligro la subsistencia de otro bien jurídico[...]”⁷, como la seguridad individual.

Clasificándolo podemos señalar que es un delito de lesión, pues se concreta con la afectación de la libertad suprimida y es de carácter permanente, es decir se mantiene su consumación en tanto no cesa esta supresión.

El origen de la norma lo encontramos en las actas de la comisión redactora del Código Penal chileno, en la sesión N°30 de 17 de abril de 1871, en la cual se

6 Comisión Foro Penal, Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005 [en línea]. Santiago, Chile: Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf

7 POLITOFF, Paulina, *La consumación en el delito de secuestro*, Memoria de título, Santiago, Chile, año 1973, p. 9.

optó por reproducir la norma del Artículo 405 del –entonces– Código Penal Español, que pena al particular que priva de su libertad a otro encerrándole o deteniéndole arbitrariamente, asignándole una pena amplia (presidio menor en cualquiera de sus grados); del mismo modo contenía una figura agravada, si superaba los 90 días de privación de libertad.

Como puede observarse, con el tiempo la norma sufrió dos modificaciones, por una parte fijó la pena de la figura simple en el tramo mayor –de lo que se colige la voluntad del legislador de ser implacable con este tipo de conductas–, del mismo modo redujo el tiempo que debía transcurrir para que se concretara la figura agravada, de noventa a quince días⁸.

Para la comisión del delito del inc. 1° del Art. 141 del Código Penal, el sujeto activo ha de ser un particular, no se exige ninguna otra condición especial, pues de ser un funcionario público e incurrir en la conducta estamos en el tipo penal del Art. 148. A todo evento, se requiere que la conducta se realice *sin derecho*, esto es fuera de los casos previstos por la ley, ya que de lo contrario estaría amparado por una causal de justificación.

Desde la faz objetiva del tipo penal observamos que el ilícito puede tener lugar en tanto un sujeto *encierra*, esto es, sitúa a la víctima en un lugar no abierto (automóvil, habitación, remolque, etc.)⁹ del que no puede salir a voluntad, o en todo caso no puede hacerlo sin grave riesgo para su persona, su pudor, etcétera¹⁰.

La otra posibilidad en clave objetiva es *detener*, esto es, privar de libertad de movimiento sin necesidad de encierro, y es el comportamiento característico de la detención ilegal (amarrar, aturdir, narcotizar, etc.). En estos casos aunque no se encierre materialmente a la persona, se le obliga a la inmovilidad, no necesariamente con violencia o intimidación¹¹.

ANTÓN y RODRÍGUEZ¹² conciben la detención como el género en relación al encierro, que es una especie de tal, la detención se puede dar de otra forma.

Este delito aun puede cometerse por omisión, como lo señala SOLER “[...] no hacer cesar una situación de privación de libertad preexistente, estando

8 DE RIVACOBIA, Manuel. *Actas de las sesiones de la comisión redactora del Código Penal*, Valparaíso, Chile, Ed. Edeval, 1974, p. 309.

9 MUÑOZ Conde, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, 15ª.ed., Editorial Tirant lo Blanch, 2004, p. 171.

10 ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal Parte Especial*, T. III, 3ª.ed., Editorial Jurídica, 1997, p. 203.

11 BUSTOS, Juan, *Derecho Penal Parte Especial*, 2ª.ed., Editorial EJS, T. III, p. 142.

12 ANTÓN ONECA, José y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, Madrid, 1949, T. II, p. 308 [citado por ETCHEBERRY, ob cit, p. 203].

obligado a ello conforme con la ley, o a causa de la propia conducta anterior, según los principios generales de la omisión. [...] el delito comienza desde el momento en que cesa la legitimidad”¹³.

Finalmente señalar que es irrelevante si el plagiador está al cuidado del plagiado, pues esta es sólo una de las formas en que se puede presentar el secuestro, basta con que el sujeto activo tenga el dominio del hecho para ser y mantenerse como el autor del mismo.

En cuanto al sujeto pasivo de secuestro podrá ser cualquier persona, en tanto tenga más de 18 años¹⁴, incluso concibe P. POLITOFF¹⁵ a los lisiados, por ejemplo al privarlos de sus prótesis; inclusive a los enajenados mentales como lo ha referido CORDOBA¹⁶ valorando *su voluntad abstracta potencial*, no la real –en que por ejemplo se pueden ver impedidos por determinación médica–.

La consumación del ilícito se concreta cuando efectivamente se ha privado de libertad a una persona, privación que constituye un elemento normativo del tipo penal y que debe ser valorado caso a caso, lo que se logra con la percepción del relato de la víctima (un sujeto que fue encerrado en el día y quería o debía salir y no pudo hacerlo v/s un sujeto que fue encerrado mientras dormía y nunca tuvo la intención de salir; –o por peregrino que parezca el ejemplo– un sujeto es encerrado en la bóveda del banco, pero estaba de acuerdo en dicho encierro y no quería salir, y su consentimiento no se encontraba viciado).

Es indiferente para la consumación y perfección del delito la duración que tuvo la privación de libertad, pues el tipo penal no lo indica, sino que sólo para la figura agravada y ninguna reflexión analógica puede contribuir en ello, basta que se anule aun de modo transitorio esta posibilidad. Así lo han planteado importantes juristas y docentes, entre ellos:

S. POLITOFF planteó en una de sus alegaciones como abogado de la familia del Gral. René Schneider ante el secuestro: “lo que se trata de decidir fue si la conducta produjo o no por completo la lesión del bien jurídico que se ampara [...] lo que interesa es que el sujeto, por fugaz que sea esta privación, mientras existió, la víctima no estuvo en posibilidad de decidir por sí mismo su paradero”¹⁷.

13 SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, 4ª.ed., Editorial TEA, 1987.

14 En caso de ser meno de 18 años, se verifica el tipo penal de sustracción de menores previsto y sancionado por el Art. 142 CP.

15 Citando a MAZZINI, ob. cit, p.13.

16 CORDOBA, Juan. *El delito de detenciones ilegales en el Código Penal Español*, Anuario de Ciencias Penales N°17. Año 1964, p. 392.

17 Citado en: POLITOFF, Paulina, ob cit. Pág. 63

CARRARA esbozó que “(...) la libertad individual es un derecho que no se reconoce con fines de espacio ni tiempo, y queda íntegramente lesionada tan pronto es suprimida, aunque sea por breve espacio de lugar o de tiempo; de modo que el carácter momentáneo no puede hacer que cese el título de plagio o de encarcelamientos privados, consumados”¹⁸.

SOLER indica al respecto: “La duración larga o breve es indiferente, salvo algunos casos en que el lapso actúa como específica circunstancia de la calificación”¹⁹.

MAGGIORE, referente a la temporalidad, señala: “[...] no es necesario que la privación de libertad dure un tiempo más o menos largo, un secuestro de leve duración, seguido de la operación de la libertad, es un delito perfecto”²⁰.

En conclusión, respecto del límite temporal desde el que se entiende consumado el delito de secuestro simple entendemos quedará comprendida toda supresión, aun pasajera o efímera, de la posibilidad de la víctima de cambiar sin impedimento su propio paradero, con la limitación de los *leves encierros*²¹ concebidos por BUSTOS, en casos extremos en que no parecería razonable sancionar por esta conducta.

III. Aspectos relevantes en relación a los fallos

Los elementos que parecen de interés son comunes en ambas sentencias, ya sea del modo que los presenta el Ministerio Público, como los aprecian en los alegatos de apertura y clausura las defensas y como se manifiestan por el Tribunal en la parte resolutive en ambos casos.

Con la finalidad de realizar un adecuado análisis, *infra* reproduciremos los considerandos pertinentes en cada una de las sentencias.

El Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, Causa RUC: 1110015202-0, de fecha 16 de mayo de 2012, en el considerando NOVENO prevé:

“Que los hechos descritos en el considerando anterior configuran los delitos de robo con intimidación, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero del Código Penal y secuestro, previsto y sancionado en el artículo 141 del mismo cuerpo legal, los que han sido ejecutados en grado de consumado, correspondiéndole a los imputados

18 CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal, V. II*, 4ª.ed., Bogotá, Colombia, p. 551.

19 SOLER. ob. cit, p. 37.

20 MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal especial, V. IV*, Delitos en particular, Editorial Temis, 1955.

21 BUSTOS. ob. cit, p. 142: “como el bus que no se detiene en el paradero que corresponda, sino en el siguiente; o bien, no abrir el ascensor en el piso solicitado por el sujeto, sino en otro”.

participación en calidad de autores, por haber intervenido de manera inmediata y directa en su ejecución.

La calificación precedente se realizó en base a los hechos que se acreditaron durante el juicio y que, en concepto de estas sentenciadoras, permiten delimitar claramente la concurrencia de estos dos ilícitos, robo con intimidación y secuestro, independientes entre sí y que afectan a bienes jurídicos diversos, para ello se tuvo en consideración, en primer lugar, la dinámica de los hechos, de la cual se infiere que los acusados iniciaron la ejecución del delito de robo con intimidación en el interior del vehículo que conducía la víctima ubicado en esos momentos en un camino vecinal, para ejecutar el mismo se valieron de un arma blanca que el acusado XX colocó en el cuello de la víctima, mientras XX le inmoviliza el brazo, luego de lo cual lo bajan del vehículo, mientras lo siguen intimidando y la víctima cae al suelo, apoderándose los acusados tanto de la billetera que estaba entre sus vestimentas como del vehículo con todo lo que había en su interior, ya estas especies habían salido del ámbito de protección de la víctima y estaban a disposición de los acusados, por lo mismo es que el momento exacto en que XX saca la radio de transmisión del vehículo y desaparecen otras especies del interior del mismo sólo corresponde al agotamiento del ilícito que ya estaba consumado, por lo que considerar que la circunstancia de privar de libertad y mantener encerrado en el maletero a XX por aproximadamente una hora y media, no puede entenderse comprendido dentro de la situación prevista por el artículo 433 en relación al artículo 439 del Código Penal, que prescribe que la violencia o intimidación pueden ser ejecutadas antes de la apropiación para conseguir dicha acción, esto es, para violar la esfera de resguardo de la cosa; en el acto de cometerlo, momento en el que también son empleadas para conseguir dicha apropiación, ya sea mediante la entrega de la cosa o la aprehensión material, en el presente caso no puede estimarse concurrente ninguna de estas dos hipótesis, pues en el momento en que los acusados deciden tomar a la víctima e introducirla en el maletero del vehículo, privándole de su libertad, ya se había consumado el ilícito, la víctima había sido bajada de su vehículo, intimidada con un arma blanca y yacía en el suelo casi inconsciente. En el mismo sentido tampoco puede estimarse comprendida, en este caso específico la acción de privar de su libertad a la víctima dentro de la frase contenida en el artículo 433 del Código Penal, en cuanto a entender que ésta se realizó para “favorecer su impunidad”, toda vez que dicha hipótesis dice relación con el aseguramiento de la especie sustraída con el objeto de sacar la o las especies de la esfera de resguardo en un tiempo inmediatamente después de producida la sustracción, situación que tampoco se presenta como ya se señaló la víctima no estaba en condiciones de realizar ninguna acción para impedir el aseguramiento de las especies sustraídas por los acusados, bastaba con que éstos se subieran al vehículo y se fueran del lugar, pues por las circunstancias fácticas del caso, en que se trata de un delito cometido pasadas las 23.00 horas en un sector rural, sin luminarias, con la víctima sin ningún tipo de medio para comunicarse, obviamente tal y como efectivamente ocurrió una vez que logró escapar por sus propios medios de sus captores, transcurría un lapso considerable de tiempo antes de que pudiese conseguir algún tipo de ayuda, sin embargo, no siendo necesario para la comisión del ilícito, los acusados deciden y consuman su

encierro con la consecuente privación de libertad y lo mantienen mientras realizaban otras actividades hasta que la víctima logra abrir el maletero y se lanza del vehículo en movimiento.

En el mismo sentido, los bienes jurídicos protegidos por estos ilícitos son distintos, en el robo con intimidación lo es la propiedad e integridad física y psíquica de las personas y en el delito de secuestro, la seguridad individual y la libertad ambulatoria, es decir, el derecho de los individuos de desplazarse de un lugar a otro, bienes jurídicos que se vieron afectados en el presente caso, toda vez que la víctima fue amenazada con un arma blanca, sustrayéndosele especies por parte de los acusados, para acto seguido, vulnerar su seguridad individual y su libertad ambulatoria al ser encerrado dentro de un maletero de un vehículo en movimiento, sin posibilidad de salir, acto que los propios acusados en ningún momento vinculan a la consumación del robo o el favorecimiento de su impunidad, sino que atribuyen lisa y llanamente a una especie de represalia o acto de rabia por haberse sentido insultados por el taxista, para lo cual utilizan frases como, en el caso de XX, “lo agarramos en un momento de rabia... y lo metimos al maletero... no con intención de pedir rescate, ... en un momento de rabia y enojo por la manera que nos trató” y, por su parte, XX refirió que durante uno de los trayectos que realizaron fue a verificar como estaba el chofer del taxi y le dijo “...ya si no te va a pasar nada más y esto te pasó por ponerte tonto, por cobrarnos más del trato que habíamos hecho....”, de lo que se concluye que las aseveraciones realizadas por las defensas en cuanto a que el encierro de la víctima tuvo por objeto consumir o favorecer la impunidad del ilícito robo con intimidación, no encuentra correlato fáctico ni aún en la declaración de sus propios representados, de las que se concluye evidentemente que en la comisión de cada uno de los ilícitos existió no sólo acciones distintas, consumadas y separadas, sino que también en cada una de ellas se encuentra presente un dolo específico e independiente, que determina que el segundo hecho, consistente en el encierro de la víctima en el maletero del vehículo ya sustraído, se encuadre dentro del tipo penal del citado artículo 141 del Código Penal y se sancione de manera independiente”.

Por su parte el Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, causa RUC: 1200464304-4, de fecha 8 de abril de 2013, en el considerando VIGESIMO CUARTO:

“Que en cuanto al delito de secuestro, descrito y sancionado en el artículo 141, inciso 1°, del Código Penal, que los acusadores atribuyeron a los acusados, como se resolviera en el veredicto, el Tribunal lo consideró subsumido en la comisión del delito de robo con violencia e intimidación. De acuerdo a las circunstancias descritas por los afectados, la privación de libertad a la cual fueron sometidos los 28 funcionarios bancarios, en un recinto de escasas dimensiones estuvo enmarcado en el propósito perseguido por los agentes, esto es, al apoderamiento de dinero, sin perjuicio de las dañosas consecuencias en el estado de salud física y mental sufridas por las víctimas, con dicha retención.

Siguiendo al profesor Guillermo Oliver Calderón, en su comentario al fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007 (Revista de Política Criminal n° 4, años 2007, D6, p.1-16) “para cometer un delito de robo con violencia o intimidación en las personas podría ser necesario privar de libertad, momentáneamente, a uno o más individuos”. El caso sometido a este juicio está comprendido en aquellos donde la privación de libertad no resultó superior a un día (o de otro modo estaría contemplado en el Art. 433 N°2 del Código Penal), y tuvo lugar con ocasión de la sustracción de especies (para asegurar la impunidad), siendo desplazada por el robo con violencia o intimidación en las personas simple (Art. 436, inciso 1° del citado código), siendo ésta la única figura aplicable. En el caso sublite, se estableció con las declaraciones contestes de los afectados, que la privación de libertad sufrida, fue consumada una vez que los hechores se apoderaron del dinero obtenido al abrirse la caja fuerte (fotos 59 a 61), tras lo cual fueron encerrados en un espacio de pocas dimensiones (plano N°1, fotos 46 y 47), con el propósito de evitar que cualquiera pudiese alertar a terceros sobre el ilícito, para poder huir con el botín, sin ser atrapados. De acuerdo a lo expresado por uno de los afectados, C.M.G., si los asaltantes los hubiesen dejado en el hall, donde habían permanecido durante casi todo el tiempo previo al apoderamiento, podrían haberse parado y tomado algún teléfono, no sabiendo si de forma inmediata, “pero se podría haber hecho algo” como buscar instrumentos para sacarse las amarras, abrir la puerta y gritar. El testigo concluyó que “tenían facilidad para escapar al dejarlos encerrados en la bóveda”. Por su parte, el policía, C.S.C., fue del mismo parecer, al afirmar que los empleados del Banco habían sido inmovilizados para no dar aviso, porque no había sistema de comunicación al interior de la bóveda, ni botón de pánico o alarmas.

En consecuencia, si bien los empleados estuvieron privados de libertad (encerrados), en los términos que indica el Art. 141 Código Penal (Inc. 1°), dicho accionar no puede ser sancionado de manera autónoma, pues se entiende que el legislador, al momento de tipificar el robo con violencia o intimidación en las personas, al asignarle pena, tuvo en cuenta el disvalor de la transitoria privación de libertad que algunas personas podrían sufrir como consecuencia de la comisión de aquel delito, lo que confirma la circunstancia prevista en el Art. 433 N°2 del Código Penal donde se contempla la hipótesis de retención de víctimas por más de un día, entendiéndose consecuentemente que una retención de menor duración a la indicada, se enmarcaría en la figura del Art. 436, inciso primero, en que las personas pudiesen verse privadas temporalmente de su libertad ambulatoria, para como en este caso asegurar la impunidad de los agentes. Son de ese parecer, los profesores Politoff, Matus y Ramírez (Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 197) y don Mario Garrido Montt para quien “lo frecuente en estos delitos será que, por lo menos unos momentos, la víctima y demás afectados queden privados de su libertad material, pero mantenerlos en tales condiciones por más de un día es algo excesivo que motiva el agravamiento del hecho” (Garrido Montt, Mario. Derecho Penal. Parte Especial. 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. t. IV, p. 206).

Por su parte, la jurisprudencia nacional ha tomado similar postura, sosteniéndose que la retención puede y debe ser considerada una forma de violencia, lo que impide considerar esa misma circunstancia para configurar el delito previsto en el artículo 141 inciso primero del Código Penal, ya que de obrar en contrario se vulneraría lo señalado en el artículo 63 del Código Penal.

En un fallo de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso (Rol No 648-2007, de fecha 6 de julio de 2007), en su considerando 8° expresó que: “los sentenciadores han incurrido en una errónea aplicación del derecho, al dar por acreditada la figura penal del secuestro simple al considerar además del robo con intimidación ambos en la persona de B.C., que un mismo sujeto ha realizado dos conductas independientes cada una de las cuales es un hecho que da origen a responsabilidad penal, que por el contrario sólo existió una pluralidad de conductas, las que integran un sólo delito, situación que escapa a la pluralidad de delitos”.

En esta parte, y para el análisis, resulta apropiado citar igualmente el modelo propuesto por CARRARA quien plantea que “[...] si uno toma a una persona y la retiene a la fuerza para consumar en ella un delito de robo, una lesión o un ultraje al pudor, es evidente que la libertad de esa persona ha sido impedida o lesionada, pues habría querido huir, y se lo impidió una fuerza ajena; no hubiera querido padecer ese ultraje, pero esa misma fuerza se lo impuso”²².

Lo anterior tiene lugar cuando *el encierro o detención es el medio conceptualmente necesario, más o menos inherente para la comisión del otro hecho*. En las sentencias estudiadas, perfectamente pudo haberse prescindido de estos *encierros* y el delito (robo) era materialmente perfecto, en uno y otro caso con los medios existentes (presencia de armas, superioridad numérica, amenazas intimidatorias, etc.) además ya existía apropiación de las especies.

La retención en el modelo propuesto por Carrara no constituye un fin en sí misma, fue *el* medio empleado para la consecución de la meta última cual era el robo. Conforme lo anterior, podemos decir que la retención debe afectar la libertad ambulatoria de un modo más o menos autónomo, en este sentido, si luego de realizado el robo –encontrándose perfecto el tipo penal–, todo lo que se haga en exceso, como es en ambos casos la retención de personas, sin derecho, no puede comprenderse absorbido por el robo, habida consideración que la libertad de movilidad de las víctimas (en ambos casos) se afectó de un modo independiente. Así las cosas compartimos el análisis y lo resuelto por el tribunal de Villarrica.

a) Concurso ideal versus concurso real

La defensa del *caso de Villarica*, centró sus argumentaciones en la existencia de un concurso medial, concibiendo que sólo existió un delito de robo con

²² CARRARA, Francesco. Ob. cit, p. 328.

violencia e intimidación, y que el período de retención sólo tuvo lugar para favorecer la impunidad de los delincuentes, por tanto, sería parte integrante de la intimidación *idónea y necesaria* para concretar el delito, en los términos del Art. 439 del Código Penal. Lo propio sucede con el *caso de Viña del Mar*.

El Ministerio Público, por su parte –en ambos casos– sostiene que concurre *secuestro*, pues en ambos supuestos fue cometido una vez consumado el ilícito de robo con intimidación, toda vez que la acción de los imputados de retener a las distintas víctimas encerrándolas en el maletero del vehículo a la primera y en la bóveda del banco a las segundas, constituyen acciones diversas e independientes entre sí, cada uno de las cuales se consume de manera independiente. De este modo la Fiscalía plantea que se trata de un concurso real, en que los acusados realizan dos ilícitos distintos entre sí, cada uno de los cuales se consume de manera independiente.

En el *caso de Villarrica*, el fiscal estimó que el robo se consumó con la intimidación a la víctima por medio del arma mientras se encontraba al volante del taxi, su posterior descenso, agresión física y sustracción de especies, afectando su integridad física y psíquica, como asimismo su propiedad; a continuación, la privación de libertad, contra su voluntad y sin derecho, afecta de modo separado su libertad ambulatoria, lo que da origen a otro ilícito, toda vez que la víctima estuvo retenido al interior del vehículo y siempre bajo la custodia de los acusados.

En el *caso de Viña del Mar*, luego que los sujetos ingresaron al banco, intimidaron con armas y redujeron en el piso a las víctimas en la medida que éstas ingresaban y les quitaban sus celulares, y luego que se había logrado la apropiación del dinero, consumándose este delito, se produjo un hecho adicional, innecesario y diverso que fue el encierro de las víctimas, sin derecho, por más de dos horas, en un espacio reducido.

El Tribunal Oral de Villarrica, al momento de fundamentar su sentencia, dedica un párrafo para delimitar la concurrencia de dos ilícitos diversos. Los jueces reconocen el principio de ejecución del robo con intimidación al señalar que este tuvo lugar “*en el interior del vehículo que conducía la víctima*”, del mismo modo estiman idóneo y suficiente para intimidar el arma blanca utilizada “*que el acusado XX colocó en el cuello de la víctima, mientras XX le inmoviliza el brazo*”, finalmente delimitan el momento del apoderamiento de especies una vez que descienden a la víctima del móvil de modo tal que las “*especies habían salido del ámbito de protección de la víctima y estaban a disposición de los acusados*”²³.

Son claros los jueces en señalar que la privación de libertad que vino a continuación “*no puede entenderse comprendido dentro de la situación prevista por el*

23 Considerando NOVENO.

artículo 433 en relación al artículo 439 del Código Penal, “*pues en el momento en que los acusados deciden tomar a la víctima e introducirla en el maletero del vehículo, privándole de su libertad, ya se había consumado el ilícito, la víctima había sido bajada de su vehículo, intimidada con un arma blanca y yacía en el suelo casi inconsciente*”.

El párrafo *supra* es el que pugna con la sentencia de Viña del Mar, pues ante un supuesto idéntico²⁴ se adopta una posición diversa, toda vez que dicho tribunal al realizar el mismo análisis concluye que “*la privación de libertad a la cual fueron sometidos los 28 funcionarios bancarios, en un recinto de escasas dimensiones estuvo enmarcado en el propósito perseguido por los agentes, esto es, al apoderamiento de dinero, sin perjuicio de las dañosas consecuencias en el estado de salud física y mental sufridas por las víctimas, con dicha retención*”. Para arribar a dicha conclusión, que contiene un componente valorativo que no encuentra antecedente o registro a lo largo del juicio (como es el hecho de saber cual era la finalidad de encerrar), el tribunal fundamenta tomando como base tres argumentos:

i- El tribunal cita al profesor OLIVER²⁵, quien en su artículo refiere “*para cometer un delito de robo con violencia o intimidación en las personas podría ser necesario privar de libertad, momentáneamente, a uno o más individuos*”²⁶.

Dicha afirmación la entendemos desde la perspectiva planteada con ocasión del análisis del modelo de CARRARA, cuando la libertad ambulatoria no es afectada de un modo más o menos autónomo. En este caso, como en el caso de Villarrica (conforme lo indica el Considerando NOVENO), ocurre algo diverso, pues aparece tempore espacialmente seccionado el acto del robo con el acto de encierro, amén de lo innecesario de encerrar en uno y otro caso, existiendo medios suficientes de intimidación y aseguramiento del éxito de la misión delictiva.

En efecto el profesor OLIVER reconoce que la absorción debiese proceder “*cuando un hecho es el medio ordinario de comisión de otro (“medio a fin”)*”²⁷ elemento que en caso alguno fue materia de prueba en el juicio de Viña del Mar, sólo supuesto por parte del tribunal. Así las cosas, creemos que en el caso de Viña del Mar, al no justificarse la absorción del secuestro por el delito de robo, no puede ser el secuestro considerado un acto posterior impune o copenado.

24 Revisar hechos que se tuvieron por probados en la sentencia, en el caso de Viña del Mar, página 1 de este documento y TOP Viña del Mar, ocho de abril de dos mil trece, RUC: 1200464304-4 considerando 21°.

25 OLIVER, Guillermo. “Comentario al fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota”. En: *Revista de Política Criminal*, N°4, 2007, págs. 1-16.

26 OLIVER, ob. cit, p. 2.

27 OLIVER, ob. cit, p. 3.

ii- El tribunal de Viña del Mar, para fundamentar su decisión, recurre a una especie de oxímoron para justificar que el caso debe ser impune o se encuentra copenado, al señalar en el considerando VIGÉSIMO CUARTO:

“El caso sometido a este juicio está comprendido en aquellos donde la privación de libertad no resultó superior a un día (o de otro modo estaría contemplado en el art. 433 N°2 del Código Penal), y tuvo lugar con ocasión de la sustracción de especies (para asegurar la impunidad), siendo desplazada por el robo con violencia o intimidación en las personas simple (art. 436, inciso 1° del citado código), siendo ésta la única figura aplicable”.

De lo anterior se desprende que el Tribunal de Viña del Mar se habría visto en *pie forzado* al subsumir el delito de secuestro en el del robo, pues *todo lo que no es secuestro con retención del Art. 433 N°2 del Código Penal, sería robo con intimidación simple*. Ello en razón que el tribunal comprende que la voluntad del legislador, *“al momento de tipificar el robo con violencia o intimidación, al asignarle pena, tuvo en cuenta el desvalor de la transitoria privación de libertad[...]”* pero en esta parte corresponde aclarar que no todo lo que no alcance a ser un robo calificado por la retención de víctimas por más de un día será un simple robo con intimidación, pues ¿que sucedería en aquellos casos en que existió robo y un secuestro de 23 horas?, Podría sensatamente sostenerse que es parte del desvalor asumido por el legislador para favorecer la impunidad(¿?), creemos que no.

El pasaje criticable del fallo es precisamente aquel en el que se da por acreditado que la retención fue para favorecer la impunidad de los delincuentes como refiere el Art. 433 del Código Penal, abstrayéndose de la valoración de la intimidación *necesaria y suficiente* previa de los acusados de Viña del Mar, para reducir a cada una de las 28 víctimas –no dueñas de las especies sustraídas–, quienes fueron apuntadas por armas de fuego, maniatadas y a quienes se les sustrajo sus teléfonos celulares y quienes luego de obtenido el botín, fueron encerradas en la bóveda del banco.

b) Favorecimiento de la impunidad

En el mismo sentido, creemos acertado lo fundamentado por el Tribunal de Villarrica, al descartar el secuestro para “favorecer su impunidad”:

“(...) toda vez que dicha hipótesis dice relación con el aseguramiento de la especie sustraída con el objeto de sacar la o las especies de la esfera de resguardo en un tiempo inmediatamente después de producida la sustracción, situación que tampoco se presenta como ya se señaló la víctima no estaba en condiciones de realizar ninguna acción para impedir el aseguramiento de las especies sustraídas por los acusados, bastaba con que éstos se subieran al vehículo y se fueran del lugar, pues por las circunstancias fácticas del caso...”.

En relación a este punto, creemos que sucede lo mismo en ambos casos, pues en ninguno las víctimas estaban en posición de oponerse habida consideración de la intimidación ya existente.

c) Diligencias de investigación destacadas

Finalmente, nos parece de interés destacar una diligencia realizada en el caso de Viña del Mar, la cual cobra gran valor para sustentar –junto al relato de las víctimas– el estado de privación de la libertad ambulatoria en algunos casos en que son *encerradas*.

Durante la investigación la fiscal a cargo de la investigación, Greta Fuchslocher, solicitó una pericia de confinamiento, por la cual se miden los niveles de oxígeno, ventilación y temperatura de una dependencia utilizando equipos tecnológicos. Sus resultados en casos determinados pueden servir de base para que junto con el relato de las víctimas, se pueda dimensionar de mejor modo los efectos de la efectiva privación de libertad a que las víctimas se vieron expuestas.

IV. Conclusiones

La tasa de absoluciones de un 45% del delito de secuestro previsto y sancionado en el Art. 141 inc. 1° del Código Penal, frente al 3.9 % de absoluciones en los delitos en general, puede tener su respuesta en la subsunción del secuestro en otro delito base, como en el caso en estudio respecto de sendos robos. De este modo creemos que en estos casos resulta errado “absolver”, pues se ha acreditado el hecho y la participación, pero se etiqueta la conducta de un modo diverso. A mayor abundamiento, asumiendo que en determinados casos la conducta efectivamente debe ser subsumida, los tribunales debiesen revisar con mayor acuciosidad el artículo 69 del Código Penal, pues evidentemente hay un mayor disvalor en la conducta, aun si para favorecer la impunidad, han privado de libertad, aun transitoriamente a alguna persona.

Al observar el proceso de modificaciones del delito en el código, podemos proyectar con certeza que es preocupación del Estado ser implacable con este tipo de conductas que hoy registran una alta tasa de absoluciones.

En relación a la figura penal en particular:

Será indiferente para la consumación y perfección del delito la duración que tuvo la privación de libertad, pues el tipo penal no lo indica, sino que sólo para la figura agravada y ninguna reflexión analógica puede contribuir en ello, basta que se anule aun de modo transitorio esta posibilidad, con la sola salvedad –bien entendida– de los ejemplos propuestos por algunos autores como *breves o leves impediciones* de libertad.

Finalmente, cuando el encierro o detención es el medio conceptualmente necesario, más o menos inherente para la comisión del otro hecho no podrá ser sancionado autónomamente, pero todos los demás casos no se encuentran cubiertos por este análisis concursal, que en esta parte debe ser sumamente estricto, para no dejar de punir un hecho al que el legislador le ha representado mucha relevancia.

EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY N°20.084 SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y SU IMPLICANCIA EN EL PROCESO PENAL

*Eva Curia Castro
María José Taladriz Eguiluz
Rodrigo Fernández Moraga¹*

I. Introducción: enunciación del problema y objetivos. II. Génesis del artículo 31 de la Ley N°20.084. 1. Historia de la Ley N°20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente y de la Ley N°20.191 que la modifica. 2. Fundamento del artículo 31 de la Ley N°20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente. III. Análisis sobre los aspectos del artículo 31 de la Ley N°20.084 relevados por los tribunales superiores. 1. El artículo 31 como norma que refuerza el debido proceso. 1.1. Derecho a defensa y derecho a no autoincriminarse. 1.2. Diligencias investigativas que exigen la presencia del defensor y facultades autónomas de la policía. 2. Sentido y alcance del artículo 31 según la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones. 2.1. Interpretación restrictiva del artículo 31, que estima que sólo se aplica a las detenciones por flagrancia. 2.2. Interpretación que entiende que las limitaciones se extienden a todo tipo de privación de libertad. 2.3. Interpretación extensiva, que considera que las limitaciones se extienden a toda diligencia realizada con los adolescentes, encontrándose o no detenido en flagrancia. 3. Efectos de la infracción del artículo 31. 4. Determinación de la calidad en la que declara el adolescente. 5. Situación especial del adolescente imputado por manejo en estado de ebriedad. IV. Conclusiones.

I. Introducción: enunciación del problema y objetivos

El artículo 31 de la Ley N°20.084 que establece un Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente dispone bajo el título “*Detención en caso de flagrancia*”, lo siguiente:

“Artículo 31.- Detención en caso de flagrancia. Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán poner a los adolescentes que se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, a disposición del juez de garantía, de manera directa y en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder de 24 horas. La audiencia judicial que se celebre gozará de preferencia en su programación. El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad. Dicha detención se regulará, salvo en los aspectos previstos en este artículo, por el párrafo 3° del Título V del Libro I del Código Procesal Penal.

¹ Abogados de la Unidad de Responsabilidad Penal Adolescentes y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Si se diere lugar a la ampliación del plazo de la detención conforme al artículo 132 de dicho Código, ésta sólo podrá ser ejecutada en los centros de internación provisoria de que trata la presente ley.

La detención de una persona visiblemente menor en un establecimiento distinto de los señalados en el inciso anterior, constituirá una infracción funcionaria grave y será sancionada con la medida disciplinaria que proceda de acuerdo al mérito de los antecedentes, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que pueda haber incurrido el infractor.

En la ejecución de la detención e internación provisoria que sea decretada deberá darse cumplimiento a lo previsto en los artículos 17 de la ley N°16.618 y 37, letra c), de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. El menor privado de libertad siempre podrá ejercer los derechos consagrados en los artículos 93 y 94 del Código Procesal Penal y 37 y 40 de esa Convención. Los encargados de dichos centros no podrán aceptar el ingreso de menores sino en virtud de órdenes impartidas por el juez de garantía competente.

Si el hecho imputado al menor fuere alguno de aquellos señalados en el artículo 124 del Código Procesal Penal, Carabineros de Chile se limitará a citar al menor a la presencia del fiscal y lo dejará en libertad, previo señalamiento de domicilio en la forma prevista por el artículo 26 del mismo Código”.

En la citada norma se distingue el resguardo de cuatro garantías para los adolescentes detenidos: 1) el deber de disposición directa al tribunal; 2) el derecho a ser puesto en el menor tiempo posible ante el juez de garantía; 3) el derecho a gozar de preferencia para la realización de la audiencia de control de detención, y 4) el derecho a defensa y a no autoincriminarse, contemplando la posibilidad que desde el momento de la detención, el adolescente pueda prestar declaración bajo ciertos requisitos, a saber, en presencia de su defensor y ante el fiscal, exigencias que también se disponen para la realización de diligencias que excedan de la mera acreditación de la identidad.

Sin embargo, la aplicación práctica de esta disposición ha dado lugar a múltiples discusiones que se vierten desde la audiencia de control de detención hasta un eventual recurso de nulidad de la sentencia definitiva, centradas en la interpretación que debe darse a la norma, al carecer su tenor literal de la claridad suficiente. De ahí que sea necesario determinar el efectivo alcance de las garantías que ella consagra, teniendo presente que las reglas especiales contenidas en el artículo 31 de la Ley N°20.084, no implican obstaculizar las actuaciones de investigación ni propender a la impunidad de los adolescentes imputados, si se considera la finalidad de responsabilización y de integración social que tiene la sanción penal adolescente, según lo dispuesto en el artículo 20 de la misma ley, sino que por el contrario, lo que se pretende es desincentivar los apremios en que pudiese incurrirse durante las primeras diligencias de investigación resguardando el derecho a defensa y a la no autoincriminación.

Sin embargo, el citado artículo, no obstante sus fundamentos, la historia de su establecimiento y la literalidad de su enunciado, ha dado lugar a diversas interpretaciones.

Al respecto, existen posturas que consideran que las exigencias contenidas en la norma se aplican a toda diligencia realizada con los adolescentes, sin distinguir si estas son autoincriminatorias o no, así como tampoco, si se trata de actuaciones realizadas en el marco de las facultades autónomas de la policía.

En este sentido, la norma no resulta suficiente cuando demanda la presencia del defensor en *“cualquier actuación en que se requiera al adolescente”*, toda vez que existen fallos en distintos sentidos frente a diligencias o actuaciones que no requieren de una manifestación de voluntad del imputado, como por ejemplo, las declaraciones de los funcionarios aprehensores sobre el estado etílico de un adolescente, el dato de atención de urgencia en que consta dicho estado, el levantamiento de muestras biológicas encontradas en el sitio del suceso, el levantamiento de la huella plantar, o bien, la toma de fotografías de las vestimentas del adolescente.

La jurisprudencia tampoco resulta uniforme en cuanto a la extensión que debe darse al artículo 31 de la Ley N°20.084, distinguiéndose tres interpretaciones: una restrictiva que estima que sólo se aplica a las detenciones por flagrancia, otra interpretación que entiende que las limitaciones se extienden a todo tipo de privación de libertad y una tercera que considera que las limitaciones se extienden a toda diligencia realizada con los adolescentes, encontrándose o no detenidos en flagrancia, generando una importante dispersión jurisprudencial.

El presente artículo tiene por objeto efectuar un análisis de la norma desde una perspectiva histórica y práctica, sin dejar de lado las razones que justifican su aplicación. De este modo, será posible advertir las diversas interpretaciones que tienen impacto directo en la eficacia de la persecución penal, lo que puede traer como consecuencia, una serie de problemas procesales, como la declaración de ilegalidad de la detención, la nulidad de diligencias y las exclusiones de prueba parcial o total, lo que implica la pérdida de evidencia fundamental para acreditar los elementos del tipo penal y la participación de quienes resulten responsables, perjudicando la eficiencia de la persecución penal, con el consecuente impacto para las víctimas.

En este documento se abordará la norma desde su origen, recabando los antecedentes de la historia de la Ley N°20.084 que establece un Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente, incluyendo el análisis de la historia de la Ley N°20.191², que la modificó antes de su entrada en vigencia, para posteriormente determinar su fundamento y dar a conocer algunos matices en

2 Chile, Ley N°20.191, que modifica la Ley N°20.084, con anterioridad a su entrada en vigencia, Diario Oficial del 2 de junio de 2007.

la materia, según las distintas situaciones prácticas como aquellas en que se requiere la presencia del defensor; otras en que no es necesaria; las actuaciones derivadas de las facultades autónomas de la policía, en virtud de lo dispuesto en los artículos 83, 85 y 187 del Código Procesal Penal; la extensión que las Cortes de Apelaciones del país han dado al artículo 31; los efectos derivados de su infracción y la situación del adolescente imputado por manejo en estado de ebriedad.

Para ello, nos referiremos a la jurisprudencia nacional, específicamente a las sentencias emanadas de la Excm. Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones del país, para finalmente extraer la doctrina de los tribunales frente a las diversas situaciones fácticas, advirtiendo desde ya, la existencia de posturas restrictivas y extensivas, que encuentran su correlato en los fundamentos del referido artículo 31 y en la naturaleza de las diligencias realizadas.

II. Génesis del artículo 31 de la Ley N°20.084

1. Historia de la Ley N°20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente y de la Ley N°20.191 que la modifica

Como ya se advirtió, el texto del artículo 31 no se basta a sí mismo, toda vez que su encabezado se refiere a la detención en caso de flagrancia, mientras su contenido se remite a los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, disposiciones referidas a la detención en caso de flagrancia y a los plazos de la detención, respectivamente. En efecto, el inciso primero del artículo 131, ya citado, regula la actividad que debe desarrollar la policía que ejecuta una orden de detención judicial, indicando que el detenido sea puesto a disposición del juez en forma inmediata. A su vez, el inciso segundo regula la detención por flagrancia en el entendido que el funcionario policial que la hubiere realizado debe informar al Ministerio Público dentro del plazo de 12 horas para que el fiscal decida poner al detenido a disposición del tribunal, dentro de un plazo máximo de 24 horas o bien, dejarlo en libertad.

De la lectura de la norma, sería posible sostener en principio dos interpretaciones, en primer lugar, que ella se extiende solamente a las detenciones en casos de flagrancia, y en segundo término, que se refiere a las detenciones por flagrancia y por orden judicial. Sin embargo, la técnica legislativa empleada parece deficiente, toda vez que de seguirse la segunda interpretación, la norma debió haberse referido a la disposición prevista en el artículo 127 del Código Procesal Penal, que regula específicamente la detención judicial. Asimismo, podría pensarse que la disposición se amplía a toda diligencia realizada con los adolescentes, se encuentren o no privados de libertad, por lo que consideramos fundamental dilucidar el verdadero sentido y alcance del citado artículo 31.

Teniendo presente lo anterior y en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 del Código Civil, es necesario recurrir al espíritu del legislador, para lo cual hemos recabado los antecedentes de la historia de la Ley N°20.084, incluyendo el análisis de la historia de la Ley N°20.191, que la modificó antes de su entrada en vigencia³.

En efecto, la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°20.084⁴, da cuenta que durante el segundo trámite constitucional en el Senado, se gestó la actual redacción del artículo 31, como consecuencia de las indicaciones que los senadores Chadwick, Espina y Horvath formularon al artículo 45 del proyecto de ley referido a la detención, que trajo como consecuencia, la solicitud de Carabineros de incorporar la detención por orden verbal, y la propuesta del Fiscal Nacional de fijar un plazo para poner a disposición de la autoridad al detenido.

En este contexto, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, tuvo en consideración que el régimen de detención contenido en la Ley de Menores, Ley N°16.618, desaparecería con la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente; y sobre ello, se produjo el acuerdo en torno a la idea de mantener dicha regulación especial para la detención por flagrancia, lo que implicó trasladar el artículo 16 de la Ley N°16.618⁵, a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, como base de la nueva regulación. En este sentido, el Segundo Informe de la Comisión es incuestionable en cuanto a que la intención del legislador ha sido regular específicamente la detención en caso de flagrancia, al señalar expresamente que “...tomando como base el contenido del artículo 16 de la Ley N°16.618, de Menores, se acordó regular en esta disposición la detención en caso de flagrancia⁶”.

3 La fecha de entrada en vigencia de la Ley N°20.084 fue el 8 de junio de 2007.

4 Historia de la Ley N°20.084, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de 22 de agosto de 2005, págs. 720-721 de 1207.

5 El artículo 16 de la Ley N°16.618 establecía, en lo pertinente a la detención por flagrancia lo siguiente: “Carabineros de Chile deberá poner a los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis que se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, directa e inmediatamente, a disposición del juez de garantía competente. Dicha detención se regulará, salvo en los aspectos previstos en este artículo, por el párrafo III, Título V, del Libro Primero del Código Procesal Penal. Si se diere lugar a la ampliación del plazo de la detención, conforme al artículo 132 del Código Procesal Penal, ésta sólo podrá ser ejecutada en los Centros de Observación y Diagnóstico o en los establecimientos que determine el Presidente de la República en aquellos lugares donde los primeros no existan, en conformidad con lo establecido en el artículo 71 de esta ley.

La detención de una persona visiblemente menor en un establecimiento distinto de los señalados en el inciso anterior, constituirá una infracción grave a dicha obligación funcionaria, y será sancionada con la medida disciplinaria que proceda de acuerdo al mérito de los antecedentes, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que pueda haber incurrido el infractor”.

6 Historia de la Ley N°20.084, ob. cit., p. 720 de 1207.

A mayor abundamiento, el fundamento de la Ley N°20.191 expresado en el Mensaje Presidencial N°170-355, de 7 de mayo de 2007, indica que *“El tercer aspecto consiste en establecer en el caso de detención por flagrancia, nuevos elementos que deben presentarse durante el tiempo anterior al que el adolescente es puesto a disposición del tribunal”*, especificando su contenido, en los siguientes términos:

“...3. Flagrancia.

Otro aspecto central del que se hace cargo esta ley, dice relación con cuestiones procesales que resultan especialmente relevantes para el buen funcionamiento del sistema de aplicación de justicia penal adolescente.

En tal sentido, se modifica el artículo 31, que regula la detención por flagrancia.

Se propone, como medida de garantía, establecer obligaciones para el fiscal y las policías durante las horas previas a la puesta a disposición del tribunal del adolescente, lo que en ningún caso podrá exceder de 24 horas.

Para ello se establecen cuatro elementos que dan cuenta de estas garantías: el deber de disposición directa al tribunal; la necesidad de que ello ocurra en el menor tiempo posible; con preferencia en la programación de la audiencia y, con presencia del defensor cuando la diligencia exceda de la simple acreditación de identidad. Lo anterior estima, cumple de mejor forma los fines de la ley, que establecer un mero plazo máximo, subsanando los problemas de operatividad a que la norma podría dar origen....⁸”

Como se observa, la idea central del proyecto se orientó a perfeccionar aspectos procesales y sustantivos de la Ley N°20.084, para permitir su aplicación de un modo más uniforme, previniendo problemas de interpretación y operativos, contemplándose dentro de los objetivos del mismo, el establecimiento respecto de los adolescentes detenidos en situación de flagrancia, de nuevas exigencias previas a su puesta a disposición del tribunal⁹.

La intención legislativa de regular específicamente la situación de detención en flagrancia, se reitera en el mismo sentido en distintas fases de la tramitación legislativa de la Ley N°20.191, como en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en el primer trámite constitucional, en el que se insiste en la idea de establecer para el caso de detención por flagrancia, nuevos elementos que deben presentarse durante el tiempo anterior al que el adolescente es puesto a disposición del tribunal, señalando la flagrancia, como la tercera modificación

7 Historia de la Ley N°20.191, p. 5 de 155.

8 Historia de la Ley N°20.191, ob. cit., págs. 6 y 7. de 155.

9 Historia de la Ley N°20.191, ob. cit., págs. 68 y 69 de 155.

pretendida por el proyecto y estableciendo cuatro elementos que dan cuenta de estas garantías: el deber de disposición directa al tribunal; la necesidad de que ello ocurra en el menor tiempo posible; la preferencia en la programación de la audiencia y la presencia del defensor cuando la diligencia exceda de la simple acreditación de identidad, subsanándose con ello, los problemas de operatividad a que la norma podría dar origen¹⁰.

En el mismo sentido, la historia de la Ley N°20.191 da cuenta de la existencia de un acuerdo intersectorial unánime alcanzado en la Comisión de Coordinación Interinstitucional, conformada por el Ministerio de Justicia, el Ministerio Público, la Corte Suprema y la Defensoría Penal Pública. Dicho acuerdo consistió en aumentar el plazo para poner al adolescente detenido en situación de flagrancia a disposición del tribunal, de 12 a 24 horas, agregando determinadas garantías a favor de los adolescentes, para evitar la vulneración de sus derechos, mediante el establecimiento de resguardos consistentes principalmente en la preferencia para la programación de la audiencia y en la prohibición de practicar diligencias con el detenido sin la presencia de su abogado defensor¹¹.

Por su parte, al iniciarse el segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados, el informe del H. Diputado señor Juan Bustos Ramírez indicó que: *“...Su artículo 31 se refiere a la detención en caso de flagrancia, señalando en su inciso primero que Carabineros y la Policía de Investigaciones, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán poner a los menores de dieciocho años y mayores de catorce que se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal (situación de flagrancia), a disposición del juez de garantía, de preferencia, de manera inmediata, no pudiendo en caso alguno exceder de un máximo de 12 horas. El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor. Dicha detención se regulará, salvo en los aspectos previstos en este artículo, por el párrafo 3° del Título V, del Libro I del Código Procesal Penal...”*¹².

De ahí, que la referencia a la situación de flagrancia, a continuación de la enunciación de los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal efectuada en el citado texto por el H. Diputado señor Bustos, no resulte antojadiza, sino, por el contrario, refleje el verdadero alcance de la norma. Esto unido a la intervención del Ministro de Justicia de la época¹³, la discusión en sala del proyecto¹⁴, y a los demás antecedentes de la historia de la Ley N°20.191 y de la Ley N°20.084, evidencian que el sentido de mencionar el artículo 131, en el primer inciso de la disposición en estudio, se hizo con la única finalidad de

10 Historia de la Ley N°20.191, ob. cit., págs. 13, 14 y 15 de 155.

11 Historia de la Ley N°20.191, ob. cit., p. 74 de 155.

12 Historia de la Ley N°20.191, ob. cit., p. 73 de 155.

13 Historia de la Ley N°20.191, ob. cit., p. 74 de 155.

14 Historia de la Ley N°20.191, ob. cit., p. 95 de 155.

regular el plazo para poner al adolescente detenido en situación de flagrancia a disposición del tribunal.

Finalmente, el espíritu de la Ley N°20.191, y consecuencialmente el artículo 31 de la Ley N°20.084, ha sido regular únicamente la detención por flagrancia, estableciendo determinadas garantías en esta etapa procesal específica. De este modo, la norma en estudio regula la actividad persecutora durante la detención flagrante cautelando las garantías del imputado adolescente durante dicho período hasta que sea puesto a disposición del tribunal, sin que la norma se extienda a otras situaciones, como por ejemplo, las diligencias realizadas con un adolescente que se encuentra en libertad.

2. Fundamento del artículo 31 de la Ley N°20.084

El sistema de responsabilidad penal de los adolescentes instaurado por la Ley N°20.084 obedeció a la necesidad de dar respuesta a tres problemas distintos asociados al fenómeno delictual protagonizado por adolescentes: la creciente preocupación social por el fenómeno; la corrección de las numerosas dificultades e inconveniencias que presentaba el tratamiento que se daba a los menores de edad infractores, y la necesidad de dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile¹⁵. Es precisamente en este último aspecto, en el que debemos ahondar para determinar el fundamento de la norma en estudio.

La ratificación de la Convención de los Derechos del Niño por Chile y su posterior promulgación como ley de la República¹⁶, trajo como consecuencia la exigencia explícita de ciertos estándares mínimos en la justicia de los adolescentes, que no se estaban cumpliendo, como reconoce el Mensaje del Ejecutivo con que se inició la tramitación legislativa de la Ley N°20.084: *“Desde un punto de vista jurídico, esta reforma se fundamenta en que la actual legislación de menores, en no pocas materias, entra en contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, directamente vulneran estos cuerpos jurídicos”*¹⁷.

Estos resguardos consagrados en los artículos 37 y 40 de la Convención han sido recogidos por la Ley N°20.084 al establecer normas que refuerzan el debido proceso, habida consideración de la circunstancia de tratarse de personas que se encuentran en etapa de desarrollo y que, en consecuencia, no han alcanzado el grado de madurez necesario para un tratamiento igual al de los adultos, evitando, a través del artículo 31, la existencia de incentivos

15 Mensaje N°68-347, de 2 de agosto de 2002, dirigido al Presidente de la H. Cámara de Diputados.

16 Decreto N°830, de 27 de septiembre de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

17 Historia de la Ley N°20.084, ob. cit., p. 6 de 1207.

a los apremios en que pudiera incurrir la policía con el objeto de obtener declaraciones autoincriminatorias, con motivo de detenciones en hipótesis de flagrancia.

Es precisamente, a partir de la igualdad de posiciones que integra la garantía del debido proceso, que los adolescentes que recurren a la justicia deben ser protegidos con el fin de evitar que se les impida el ejercicio efectivo de sus derechos esenciales reconocidos por la ley y la Carta Fundamental. Así, el establecimiento de requisitos y condiciones adicionales en el artículo 31 de la Ley N°20.084 tiene por objeto asegurar a los adolescentes la comprensión de los hechos respecto de los cuales se les persigue, así como también de las consecuencias que les puede acarrear la renuncia al derecho a guardar silencio o la colaboración con la realización de diligencias de investigación en que se les requiera; para asegurar que sus decisiones sean efectivamente voluntarias, evitando los apremios a los que ya hemos hecho referencia.

Las garantías contenidas en el citado artículo 31, también encuentran su fundamento en el hecho de que la detención implica una circunstancia de especial vulnerabilidad adicional a la minoría de edad, al restringir dicha cautelar, la autonomía del sujeto cuya libertad se limita, por el riesgo de obtener declaraciones autoincriminatorias por parte de los adolescentes, sin un consentimiento informado, libre y espontáneo.

Por otra parte, resulta relevante destacar, a propósito del principio de especialidad en materia de responsabilidad penal adolescente, el reforzamiento del debido proceso, respecto del cual DUCE distingue cuatro áreas: *“El fortalecimiento de la libertad y las mayores restricciones a su privación en el proceso; exigencias más estrictas respecto a la extensión temporal del proceso; mayores resguardos al derecho de defensa (en diversas manifestaciones); y, exigencias más estrictas para la renuncia de derechos del debido proceso”*¹⁸, especialmente cuando esa renuncia les puede permitir obtener una mejor posición para satisfacer sus intereses¹⁹. Son estos dos últimos aspectos, los que constituyen precisamente el fundamento de las garantías establecidas en el referido artículo 31.

III. Análisis sobre los aspectos del artículo 31 de la Ley N°20.084 relevados por los tribunales superiores

Atendida la diversidad de criterios existentes en torno a la aplicación de la norma en estudio, hemos relevado la jurisprudencia de nuestros tribunales

18 DUCE, Mauricio. “El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno”. [en línea]. Santiago, Chile: *Revista Política Criminal*. Vol. 5, N°10, Diciembre 2010, Santiago, Chile, p. 284. Disponible en: www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A1.pdf.

19 DUCE. ob. cit., p. 309.

superiores de justicia, según los supuestos fácticos que la originaron y la doctrina que se extrae. Para ello, hemos clasificado las sentencias según los principios subyacentes a la doctrina emanada de las mismas y/o el asunto principal relevado por el tribunal, agrupando los fallos en la siguiente clasificación: el artículo 31 como norma que refuerza el debido proceso, el sentido y alcance del artículo 31 según la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones, los efectos que genera la infracción del artículo 31 y la situación especial del adolescente imputado por manejo en estado de ebriedad.

1. El artículo 31 como norma que refuerza el debido proceso

El artículo 31 de la Ley N°20.084 constituye una norma que refuerza el debido proceso orientada a resguardar el derecho a defensa y a la no autoincriminación, para lo cual establece exigencias más estrictas para la renuncia de derechos por parte del adolescente, evitando obtener la cooperación del imputado menor de edad, sin contar previamente con la asesoría de su abogado defensor para guardar silencio o para colaborar con las actuaciones investigativas, pues sólo así es posible garantizar la voluntariedad de las confesiones entregadas por los adolescentes y de las diligencias en que se haya necesitado su participación.

En relación con el derecho a declarar, BINDER considera que éste constituye una manifestación del derecho a defensa, *“es decir el derecho a introducir válidamente al proceso la información que el imputado considera adecuada. Por lo tanto, sólo si se considera la declaración como una de las manifestaciones del derecho del imputado a defenderse, se puede comprender que nadie puede ser obligado a declarar en su contra²⁰”*. En consecuencia, como lo señala el referido autor el imputado tiene la facultad de confesar, *“pero esta facultad de confesar es personalísima, se funda exclusivamente en la voluntad del imputado y no puede ser inducida por el Estado en ningún modo²¹”*.

Lo anterior, en caso alguno obsta la autodenuncia por parte del adolescente, en razón del derecho a ser oído consagrado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, especialmente si se considera la atenuante establecida al respecto en el artículo 11 N°8 del Código Penal y del deber de las policías de recibir denuncias del público de conformidad a lo dispuesto en la letra e) del artículo 83 del Código Procesal Penal, así como tampoco a que la policía dirija al adolescente preguntas conducentes a su identificación o individualización y realice las diligencias autónomas contempladas en el Código Procesal penal, entre otras.

20 BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª.ed., Buenos Aires, Argentina, Editorial Ad Hoc, 2004, p. 181.

21 BINDER, ob. cit., p. 182.

En relación a la garantía de la defensa en juicio, ésta queda satisfecha cuando la persona imputada cuenta con la debida y suficiente defensa técnica desde el inicio mismo de la persecución penal. Como es sabido, en el proceso penal el imputado puede prestar declaración desde etapas tempranas del procedimiento seguido en su contra. Sin embargo, tratándose de imputados adolescentes, la Ley N°20.084 establece exigencias que trazan una diferencia importante en relación a los imputados adultos y que denotan mayores garantías en la toma de declaración de los primeros cuando ésta se presta durante la detención derivada especialmente de una situación de flagrancia.

Al respecto, la normativa internacional, teniendo presente el principio de especialidad, impone a los Estados el deber de reforzar los mecanismos de aseguramiento de la voluntariedad e información con que deben contar los adolescentes para renunciar a un derecho, principalmente cuando se trata de la renuncia del derecho a no autoincriminarse²².

En efecto, el artículo 31 de la Ley N°20.084 establece dos exigencias para que la declaración durante la detención en flagrancia, sea efectuada en forma voluntaria, esto es, que sea prestada ante el fiscal y que se desarrolle en presencia del defensor. La primera busca evitar apremios en que pudiera incurrir la policía, mientras la segunda constituye una garantía que condiciona la validez de la declaración del adolescente.

Así, el artículo 31 establece garantías específicas y de mayor intensidad que para los adultos, lo que ha sido recogido por la Excma. Corte Suprema, en sentencia Rol N°6305-2010, de 19 de octubre de 2010²³, que realiza un análisis sobre el derecho a defensa y a no autoincriminarse. El fallo señala que el artículo 31 de la Ley N°20.084, construye una norma que refuerza el debido proceso, en su variante del derecho de defensa, mediante principios que tienden a resguardar a aquellas personas que por su grado de desarrollo personal o de madurez, no están igualmente capacitados que los adultos para tomar decisiones con libertad y para comprender las consecuencias procesales de las mismas, sobre todo cuando se ven enfrentados a una persecución penal por parte del aparato estatal.

Además, en dicha sentencia se sostiene que la exigencia del abogado defensor constituye una garantía y a la vez condiciona la validez de la declaración del adolescente, quien precisamente debe estar allí, para cumplir con su función de asesoría, mecanismo que otorga plenas garantías para que la renuncia que se haga a ese derecho sea efectivamente voluntaria. Por ello, el fallo considera que las actuaciones aparecen viciadas desde el momento en que la confesión se logra vulnerando expresamente el derecho a no autoincriminarse, por lo

22 DUCE. ob. cit., p. 309.

23 Considerandos 14° al 21°.

cual, las conversaciones que suponen necesariamente el ejercicio de un diálogo entre el adolescente y la policía, en donde existen preguntas que el adolescente puede no contestar, si se le advierte oportunamente del derecho que le asiste y de las consecuencias que puede acarrearle su renuncia, no constituyen revelaciones espontáneas o voluntarias.

El fallo establece que la confesión autoincriminatoria derivada del control de identidad constituye una confesión obtenida de manera ilegal, toda vez que las garantías expresadas en el citado artículo 31, sólo se le comunicaron al adolescente con posterioridad a su testimonio, resultando éste clave para el esclarecimiento de los hechos y sustancial para establecer su participación en los mismos.

Cabe destacar que la Corte Suprema en el fallo analizado fija el momento en que se pueden hacer exigibles las garantías y derechos del imputado adolescente, haciendo aplicable lo dispuesto en el artículo 7 del Código Procesal Penal, en virtud del cual pueden hacerse valer desde la primera actuación del procedimiento seguido en su contra, entendiéndose por ello, cualquier diligencia o gestión, realizado por o ante el tribunal, el Ministerio Público o la Policía, en que se le atribuya responsabilidad en un hecho punible.

El fallo de la Corte Suprema destaca por ser claro en determinar que el artículo 31 es un derecho que refuerza el debido proceso respecto de los adolescentes, además de identificar las garantías vulneradas, describir la manera como se afectaron los derechos del adolescente, y los efectos que acarrea la infracción de la norma, ajustando sus razonamientos a las particularidades del caso.

La necesidad de contar con mayores garantías para los adolescentes en el proceso penal, también ha sido reconocida por la Corte de Apelaciones de Arica, en sentencia Rol N°211-2009, de 28 de septiembre de 2009, que señala que “... es necesario tener presente que la justicia aplicada a los menores de edad, debe contener resguardos adicionales, al tratarse de individuos en formación y deberían comparecer a los Tribunales de Justicia al menos en igualdad de condiciones que un adulto y tener la posibilidad incluso de obtener circunstancias mas ventajosas²⁴”; así mismo, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia Rol N°282-2008, de 9 de diciembre de 2008, refiriéndose al sistema de responsabilidad penal adolescente, reconoce la existencia de “...resguardos adicionales para las personas en proceso de formación que deberían enfrentar a la justicia en una posición a lo menos equivalente a la de un adulto y en lo posible en circunstancias más ventajosas²⁵”.

24 Considerando 6°.

25 Párrafo 2° del considerando 7°.

En el mismo sentido, destacamos la opinión de DUCE que sostiene, a propósito del fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N°307-2008, de 16 de marzo de 2009, que se analiza más adelante, que dicho tribunal cualifica adecuadamente los alcances de la regla del artículo 31, al señalar que al no existir una situación de ventaja del sistema obtenida producto del consentimiento del adolescente, no se pone en juego el derecho a no autoincriminarse y en consecuencia, la protección especial establecida en el artículo 31 de la Ley N°20.084, no debiera regir²⁶.

Al respecto y como se analizará más adelante, es fundamental tener presente que para determinar el ámbito de aplicación y los efectos del artículo 31, será indispensable considerar las circunstancias particulares de cada caso, con el fin de determinar si el incumplimiento de la citada norma constituye vulneración al derecho a no autoincriminarse o al derecho a defensa, así como también tener presente la distinción entre las actuaciones o diligencias que requieren de la voluntad del imputado de aquellas que no²⁷, pues evidentemente, el incumplimiento de las exigencias previstas en el referido artículo no debiera acarrear la ilegalidad, ni la nulidad de las diligencias o actuaciones que no dependen de la voluntad del imputado, ni de aquellas voluntarias no inculpativas.

1.1. Determinación de la calidad en que declara el adolescente

En relación con las garantías resguardadas por el artículo 31, ha surgido como discusión no menos relevante, el determinar la calidad en que declara el adolescente, esto es, como imputado o testigo, de lo cual dependerá el estatuto aplicable a su respecto. Al respecto existe un pronunciamiento de la Excma. Corte Suprema que en sentencia Rol N°4001-10, de 24 de agosto de 2010, señala que *“...no parece del todo procedente que pudiera dejarse entregada a una autoridad administrativa la determinación del atributo legal que se tiene en un momento determinado, definiendo por sí y ante sí, sin mayor control, si se le toma la declaración a una persona en calidad de testigo o imputado, con las diferencias jurídicas considerables que supone cada estatuto, lo que llevaría al extremo que bastaría una simple estimación de quien realiza un procedimiento investigativo para definir si se declara en una u otra calidad, lo que permitiría vulnerar los derechos constitucionales del imputado, pues de esa forma se podría ilegalmente obtener información valiosa en contra del declarante para luego ser utilizada en su contra sin mayor advertencia, lo cual parece un despropósito y va contra el texto expreso de normas*

26 DUCE. ob. cit., p. 314.

27 Sobre este punto ver considerando 7° de la sentencia de la Corte Suprema Rol N°2747-13, de 24 de junio de 2013, que se analiza a propósito del principio de trascendencia en el párrafo 1.2.1. de este artículo.

constitucionales y legales que inspiran el nuevo sistema procesal penal, que bajo ningún respecto o circunstancia ampara²⁸”.

Por su parte, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°581-10, de 5 de agosto de 2010, bajo el supuesto de que un funcionario policial tomó declaración a un adolescente en calidad de testigo, en circunstancias que el menor de edad no se encontraba detenido, estableció que el artículo 31 de la Ley N°20.084 hace exigible la presencia del defensor en aquellas declaraciones prestadas en una situación de detención por flagrancia y no tratándose de la declaración de un adolescente en calidad de testigo. El fallo agrega “*Que la declaración del menor que se estima irregular, se le practicó en calidad de testigo, toda vez que éste no ha sido imputado en esta causa, más aún si la propia defensa lo ofreció como testigo en la audiencia respectiva²⁹”.*

Lo resuelto por la Corte de Temuco nos parece que se ajusta al fundamento del artículo 31 y a la historia del establecimiento de la Ley N°20.084 y de la Ley N°20.191. Además, en esta materia es pertinente señalar que el inciso final del artículo 58 de la Ley N°20.084 dispone que “*para los efectos de que el fiscal pueda interrogar al menor en calidad de testigo, se estará a la normas generales que regulan la materia*”.

Si bien la norma se refiere a la restricción de libertad de menores de catorce años, entendemos que resulta de toda lógica la aplicación de las normas generales en materia de declaración de testigos, tratándose de adolescentes que precisamente superan dicha edad.

1.2. Excepciones a considerar en la aplicación del artículo 31

Las garantías del artículo 31 no son absolutas pudiendo verse limitadas bajo ciertas circunstancias, que se amparan en el principio de trascendencia, la prueba independiente, la realización de actuaciones policiales tendientes a resguardar la confirmación de la persona del detenido adolescente en hipótesis de flagrancia, el descubrimiento inevitable y el principio del vínculo atenuado.

Dichas excepciones han sido aceptadas por los tribunales, cuando de su aplicación no se obtiene una ventaja del sistema derivada del consentimiento del adolescente, de manera de no afectar el derecho a no autoincriminarse.

En este sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema ha avanzado en la materia, ampliando sus consideraciones en relación a la sentencia Rol N°6305-2010, de 19 de octubre de 2010, a la que ya hemos hecho referencia, recogiendo los principios de trascendencia y de la prueba independiente, así como también la posibilidad de realización de actuaciones policiales tendien-

28 Considerando 20°.

29 Considerando 1°.

tes a resguardar la confirmación del detenido adolescente. Si bien haremos un análisis de lo resuelto por la Corte Suprema en esta materia, nos referiremos también a principios que no han sido discutidos ante los tribunales superiores de justicia, pero que eventualmente pueden invocarse para limitar los efectos del artículo 31.

Al respecto, cabe tener presente que las infracciones del citado artículo 31 han generado como consecuencia la exclusión de los elementos probatorios en virtud de la aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado, cuestión que debe resolverse caso a caso³⁰, debiendo considerarse que el uso de esta teoría supone la existencia de una relación causal entre la actuación o diligencia viciada y las evidencias obtenidas a partir de las mismas, eliminándose la posibilidad de exclusión de aquellas que no provengan de dicha relación de causalidad. Estas situaciones son fundamentalmente tres: la doctrina de la fuente independiente, recogida en uno de los fallos que revisaremos, la doctrina del descubrimiento inevitable y la doctrina del vínculo atenuado³¹.

1.2.1. PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA Y DOCTRINA DE LA FUENTE INDEPENDIENTE

Como ya enunciamos, los principios de trascendencia y de la doctrina de la fuente independiente han sido recogidos por la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema al resolver algunos recursos de nulidad fundados en infracción de las garantías constitucionales resguardadas para los adolescentes en el artículo 31 de la Ley N°20.084.

En relación al principio de trascendencia, cabe tener presente que una actuación resulta anulable cuando el vicio que le afecta acarrea un perjuicio para los intervinientes reparable sólo con la declaración de nulidad. COUTURE analizando este principio desde el derecho procesal civil señala que, “*no hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio*”. Asimismo, TAVOLARI señala que: “*si no se reclama un perjuicio resultante precisamente de la inobservancia de tales formas, que ha de consistir, concretamente, en indefensión: si no se prueba ese perjuicio, no es posible emitir la declaración de nulidad*”³².

Por su parte, la doctrina de la fuente independiente consiste en que el origen de la prueba lo constituye una fuente independiente de la prueba inicialmente ilícita, por cuanto en estos casos, dicha prueba no es fruto de la irregularidad³³.

30 HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 220.

31 HORVITZ y LÓPEZ. ob. cit., p. 220.

32 Ambos autores citados en HORVITZ y LÓPEZ. ob. cit., p. 393.

33 HERNÁNDEZ, Héctor. *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. Colección de investigaciones jurídicas, Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, 2002, N°2, Santiago, Chile, p. 22.

Esta doctrina lleva a preguntarnos “*si, habiéndose establecido la ilegalidad primaria, la evidencia a la cual la actual objeción es formulada ha sido traída por la explotación de esa ilegalidad o, en su lugar, por medios suficientemente distinguibles como para estar curados de la mancha original*”³⁴.

La sentencia de la Corte Suprema, Rol N°5263-2013, de 4 de septiembre de 2012, da cabida al principio de trascendencia, para rechazar la nulidad de la sentencia impetrada por la defensoría que invocaba infracción al artículo 31 al darse valor a las declaraciones de testigos que dieron cuenta de prueba que había sido excluida en la audiencia de preparación de juicio oral. La Corte desestimó el recurso estableciendo que carecía de la relevancia requerida para la declaración de nulidad del juicio, toda vez que la participación del adolescente no se tuvo por establecida con la sola imputación de los testigos excluidos, sino con otras pruebas, como el hecho de haberse recuperado del poder de los imputados las especies sustraídas³⁵.

A mayor abundamiento en sentencia de la Corte Suprema, Rol N°2747-2013, de 24 de junio de 2013, el máximo tribunal reitera la aplicación de este principio, razonando en el sentido que las eventuales infracciones al artículo 31 podrían carecer de trascendencia cuando no resultan ser sustanciales, al no entrabar, limitar o eliminar el derecho preterido; y/o no originar prueba de cargo, de manera que las evidencias para demostrar el hecho punible y la participación del acusado pueden resultar independientes de las circunstancias en que fue practicada la detención de un adolescente, cuya declaración, de ser omitida en un juicio, llevaría igualmente a la decisión de condena. El máximo tribunal razona en relación a la sustancialidad de la infracción señalando que “*debe constituir un atentado de entidad tal que importe un perjuicio al litigante afectado que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta*”³⁶.

El fallo relevado, además de dar cabida al principio de trascendencia, recoge la doctrina de la fuente independiente, al señalar que las evidencias utilizadas por el Ministerio Público para demostrar el hecho punible y la participación del acusado son independientes de las circunstancias de la detención de la imputada, cuya declaración, de ser omitida, conduciría al mismo resultado.

1.2.2. DILIGENCIAS DE CONFIRMACIÓN DE LA PERSONA DEL DETENIDO ADOLESCENTE EN HIPÓTESIS DE FLAGRANCIA

En relación a esta excepción a la norma en estudio, a propósito de una detención efectuada por civiles de un adolescente que carecía de elementos de

34 HORVITZ y LÓPEZ. ob. cit., p. 221.

35 Considerando 4°.

36 Considerando 7°.

identificación, la Excma. Corte Suprema con el objetivo de evitar detenciones erróneas, en la sentencia Rol N°5601-12, de 10 de septiembre de 2012, aceptó la realización de actuaciones policiales tendientes a resguardar la confirmación de la persona del detenido adolescente en hipótesis de flagrancia³⁷, sin hacer exigibles las garantías previstas en el artículo 31 de la Ley N°20.084, estimando que dichas actuaciones no son diligencias investigativas, sino una actividad que constituye un estándar mínimo para asegurar que no se trate de una detención errónea. El máximo tribunal agrega que lo anterior implica que no se puede impedir el registro de vestimentas regulado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, cuando éste tiene por objeto la identificación del imputado detenido en flagrancia, que no ha podido ser verificada, así como tampoco su minoría de edad, que sólo con posterioridad pudo ser constatada.

La Corte enfatiza que la pertinencia del reconocimiento desarrollado durante la detención en flagrancia se encuentra supeditada a la provisionalidad de dicha diligencia, que sólo sirve como medio inicial para las posteriores investigaciones de tipo identificatorio, sin constituir prueba apta para destruir la presunción de inocencia. Finalmente, establece que no se infringen las normas del debido proceso alegadas por la defensa, al fluir inequívocamente que la decisión no se sustenta en alguna prueba incriminatoria que encuentre su origen en diligencias o actuaciones declaradas nulas u obtenidas sin respetar garantías constitucionales.

Los aspectos destacados del fallo, se encuentran en los considerandos quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, que se reproducen:

“SÉPTIMO: Que de acuerdo a los antecedentes que arroja la causa y lo expuesto por los intervinientes, no hay duda alguna que la actuación que se critica se inserta en el marco de una detención en situación de flagrancia.

La detención por civiles a quien se sorprendiere en delito flagrante se encuentra expresamente autorizada por el artículo 129 del Código Procesal Penal, con la única limitación de entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima.

En la especie, luego de oír los gritos de la ofendida, su hijo inicia la persecución de los sujetos que ve correr justo frente a la casa sin perderlos de vista en ningún momento, siendo socorrido por un vecino quien ayudó a reducir al imputado, al que entregan a los policías que arriban al lugar. Tal circunstancia corresponde con exactitud a la

37 Los hechos respecto de los cuales se discutió la infracción o no del artículo 31 son los siguientes: El imputado adolescente es sorprendido por el hijo de la víctima, y tras huir del lugar del suceso en los instantes que se acababa de cometer un delito es detenido por un particular. Al llegar la policía y previo registro, se constata el porte de un cartucho de escopeta, ingresándosele al carro policial para ser conducido al cuartel, donde le toman una fotografía que se exhibe a la víctima quien lo reconoce en la unidad policial antes de poder verificarse su identidad.

situación de flagrancia contemplada en el artículo 130 letra e) del Código Procesal Penal, procedimiento que fue revisado por el tribunal de alzada de conformidad al artículo 132 bis del mismo ordenamiento procesal penal, resolviéndose que la detención se encontraba ajustada a la legalidad vigente.

OCTAVO: Que en torno a la existencia de diligencias respecto de la persona del imputado, dadas las circunstancias de la detención por civiles, como se expuso, y ante la carencia de cualquier elemento de identificación, éstas se inscriben dentro de las medidas que para este efecto la ley permite, incluso en el caso de adolescentes, dados los términos del artículo 31 de la Ley N°20.084.

El registro de vestimentas está contemplado expresamente dentro del procedimiento de identificación que regula el artículo 85 del Código Procesal Penal, y si bien no se estaba ante un control de identidad, nada impide que ese examen se realice cuando la identificación del imputado detenido en flagrancia no ha podido ser verificada ni menos la minoría de edad que sólo con posterioridad pudo ser constatada. Respecto de los reconocimientos que impugna la defensa, es efectivo, como asienta el fallo, que se trataba de identificar como interviniente en el hecho, es decir, su pertinencia estaba supeditada a la provisionalidad de la misma diligencia que sólo sirve como medio inicial para las posteriores investigaciones de tipo identificatorio y no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia.

Al efecto dice la sentencia que: Fluye de la prueba presentada, que el policía sólo quería verificar que la persona detenida, fuera la misma que ella había sindicado como autora de un robo, actividad que implica la diligencia mínima para asegurar que no se trate de una detención falsa o errónea. No es propiamente una diligencia investigativa, Sino que se trata de un procedimiento de resguardo de confirmación de la flagrancia cuando hay imputación de un delito. Estas actuaciones, en definitiva, sólo buscan evitar un error en la identidad de la persona detenida ...". Es evidente entonces que el tribunal oral razona sobre la base de que se obró con el único fin de verificar la identidad del imputado, lo que se ve refrendado con la diligencia policial encaminada a ese objeto, particularmente si, como sucedió en la especie se trató de un procedimiento tras una hipótesis de flagrancia contexto en el cual el detenido es trasladado a la unidad policial. Ajena a estas específicas gestiones no hubo diligencia de investigación alguna que afectara los derechos que reclama la defensa, procediéndose con la persona imputada de acuerdo a lo ordenado en los artículos 83 letra b) y 129 inciso primero y 131 inciso segundo del Código Procesal Penal.

NOVENO: Que en razón de lo manifestado precedentemente y analizados los hechos a la luz de las disposiciones y formas legales atinentes a la materia, en el caso de marras no se han infringido los derechos que indica la defensa, pues fluye de manera inequívoca que la decisión no se sustenta en alguna prueba incriminatoria que encuentre su origen en diligencias o actuaciones declaradas nulas u obtenidas sin respetar garantías constitucionales, por lo que resulta inconcuso que las alegaciones

de invalidación apoyadas en la causal principal aparecen carentes de fundamento, lo que conduce inequívocamente al rechazo del recurso por esta fracción inicial...”.

1.2.3. DOCTRINA DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

La doctrina del descubrimiento inevitable es una extensión de la doctrina de la fuente independiente, que busca comprender aquellos casos en que, “*si bien la evidencia derivada se encuentra en relación causal con la información obtenida ilícitamente, el tribunal secc siente capaz de predecir, con cierto grado de certeza, que dicha relación causal resulta irrelevante, porque, de no haber existido, la evidencia se habría de todas maneras obtenido a través de actos de investigación lícitos que se encontraban en curso*”³⁸.

Esta doctrina podría ser utilizada en casos como aquellos en que del contexto de un control de identidad efectuado por la policía, en virtud del artículo 85 del Código Procesal Penal, se lleve a cabo el registro de vestimentas desarrollados en razón de las facultades autónomas de la policía y se descubra la especie sustraída, no obstante se produzca el testimonio autoincriminatorio del imputado adolescente después del hallazgo. En este caso, por el registro realizado, inevitablemente se encontraría en poder del adolescente la especie denunciada como sustraída y la confesión posterior no podría viciar la evidencia obtenida en virtud de una actuación lícitamente desarrollada, toda vez que es posible separar la prueba derivada del registro, de la declaración autoincriminatoria del adolescente, si se considera que el hallazgo ha tenido lugar con anterioridad a la delación del menor de edad y que de suprimirse ésta, igualmente resultaría sostenible la imputación.

1.2.4. DOCTRINA DEL VÍNCULO ATENUADO

En virtud de esta doctrina es posible admitir prueba proveniente de una actuación ilícita cuando el vínculo entre dicha actuación y la evidencia derivada de la misma es mínimo, de manera que resulta claramente posible aplicar este razonamiento proveniente de los límites que se han planteado a la teoría del fruto del árbol envenenado, a los casos en que se pretenda excluir prueba que se encuentre lejanamente vinculada a la vulneración de las garantías previstas en el artículo 31, ya sea porque existe una separación temporal suficiente para estimarla saneada o porque concurren circunstancias que mitigan el vínculo, entre otras³⁹.

38 HORVITZ y LÓPEZ. ob. cit., p. 221.

39 El concepto fue utilizado en la jurisprudencia norteamericana en los casos *Nardone v. United States* y *Wong Sun v. United States*. En este último “*se pretendía la exclusión de la confesión de un individuo ilegalmente arrestado, quien había admitido el delito varios*

En este punto coincidimos con HORVITZ y LÓPEZ en el sentido que es posible la aplicación de estas teorías al derecho chileno, pudiendo con ello enriquecer y matizar las discusiones que se plantean en esta materia⁴⁰.

1.3. Diligencias investigativas que exigen la presencia del defensor y facultades autónomas de la policía

Antes de referirnos al presente apartado, estimamos necesario destacar que las restricciones que el artículo 31 contiene respecto de la labor de las policías en la detención por flagrancia, no obstan a que los agentes policiales dirijan al imputado adolescente las preguntas conducentes a su identificación o individualización.

Como ya se ha dicho, el artículo 31 exige la presencia del fiscal y del defensor no sólo para la declaración del adolescente detenido en flagrancia, sino también para cualquier actuación en que se le requiera y que exceda de la acreditación de su identidad, en la misma situación. Este acápite de la disposición encuentra su fundamento precisamente en el resguardo al derecho a no autoincriminarse, de manera que para comprender la extensión de la norma es necesario distinguir entre aquellas actuaciones o diligencias que requieren la voluntad del adolescente de aquellas que no.

Esta afirmación tiene sentido, pues para la obtención de resultados investigativos, en el primer tipo de actuaciones, que requieren la participación voluntaria del imputado adolescente, debe asegurársele una correcta información de sus derechos y de las consecuencias de su autorización, lo que se garantiza con la presencia de su abogado defensor, o en su defecto, con la autorización judicial supletoria, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9 del Código Procesal Penal. Dentro de este tipo de diligencias se comprenden, entre otras, declaraciones, práctica de exámenes psíquicos y corporales, toma de huellas dactilares, pruebas caligráficas y entrada y registro de lugares cerrados.

Por el contrario, entendemos que la policía puede realizar diligencias de investigación que no requieren el consentimiento del imputado adolescente, así como tampoco, orden del fiscal, ni autorización judicial, conforme a sus facultades autónomas previstas en los artículos 83, 85, 89 y 187 del Código Procesal Penal.

En relación a las facultades y actuaciones de la policía comprendidas en los artículos 187 y 83, ya mencionados, la presencia del abogado carece de sentido en la recogida de objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho

días después de haber sido dejado en libertad y mientras esperaba el juicio” en HORVITZ y LÓPEZ. ob. cit., págs. 222-223.

40 HORVITZ y LÓPEZ. ob. cit., p. 223.

investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso a que se refiere la letra c) del artículo 83 del Código Procesal Penal. Lo mismo ocurre con la incautación de objetos, documentos e instrumentos que fueren hallados en poder del imputado, respecto de quien se practicare la detención en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 83 letra b) del Código Procesal Penal.

Esta materia ha sido analizada acertadamente por la Corte de Apelaciones de Copiapó, que en sentencia Rol N°307-2008, de 16 de marzo de 2009, rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa que invocaba la vulneración del artículo 31 de la Ley N°20.084 fundado en que prueba relevante del caso, como son las prendas de vestir con manchas rojizas de los imputados menores de edad, fueron incautadas por la policía al momento de su detención por flagrancia, sin la presencia del defensor ni autorización voluntaria de los imputados.

La resolución de la Corte introdujo la distinción entre las diligencias investigativas que exigen la presencia del defensor, según se trate de actuaciones que requieran o no el consentimiento del imputado adolescente, señalando que de requerirse la presencia del defensor para toda diligencia de investigación, se llegaría a diversos absurdos lógicos y jurídicos como, por ejemplo, que aun mediando autorización judicial no podrían practicarse o dejarse al arbitrio del abogado defensor la realización de diligencias investigativas, que al mismo tiempo, son cuestiones de seguridad mínimas, como, por ejemplo y siempre dentro de lo dispuesto en el artículo 187 del Código Procesal Penal, la incautación de armas que portaren los adolescentes detenidos en situación de flagrancia. Al respecto, el considerando séptimo del fallo establece: *“Que, por otra parte, el recurrente alegó que el tribunal aplicó defectuosamente el artículo 31 de la Ley N°20.084, en la medida que prueba relevante del caso, como son las prendas de vestir de su defendido y de otro imputado menor de edad, fueron incautadas por la policía al momento de su detención por flagrancia sin presencia de ningún defensor ni autorización voluntaria de los imputados. Indica que ello se hizo porque las mismas presentaban manchas pardo-rojizas.*

Por ello entiende que la prueba así obtenida es ilícita, al igual que todos los elementos que de ella se derivaron, como fotografías y examen de ADN.

No señala el recurrente y ni siquiera insinúa de qué forma el supuesto vicio que denuncia influye en lo dispositivo del fallo, exigencia ineludible invocándose un error de derecho y ello basta para rechazar el recurso, sin perjuicio que, en todo caso, debe dejarse asentado este tribunal comparte completamente el razonamiento efectuado por los sentenciadores en el motivo vigésimo sexto.

En efecto, cuando el artículo 31 de la Ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente, luego de la modificación introducida por la Ley N°20.121, que amplió el plazo de detención de los menores, pero, paralelamente, para asegurar sus derechos, estableció

que la participación del defensor será indispensable para cualquier actuación que requiera al adolescente y que exceda la mera acreditación de su identidad. En efecto, cuando el artículo 31 de la Ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente, luego de la modificación introducida por la Ley N°20.121, que amplió el plazo de detención de los menores, pero, paralelamente, para asegurar sus derechos, estableció que la participación del defensor será indispensable para cualquier actuación que requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad, ciertamente se está refiriendo a diligencias de investigación que, sin autorización judicial, pueden ser practicadas previo consentimiento del imputado, como, por ejemplo, declaraciones voluntarias, práctica de exámenes corporales, pruebas caligráficas, entrada y registro de lugares cerrados, pues sólo en la medida que se asegura al menor imputado una correcta información de sus derechos y las consecuencias de su autorización, lo que, evidentemente se logra con la presencia de un abogado defensor, puede estimarse que su consentimiento resulta válido.

Por el contrario, tratándose de diligencias de investigación que la policía puede practicar sin mediar consentimiento del afectado, orden del fiscal o autorización judicial, como resulta ser precisamente la incautación de objetos conforme al artículo 187 del Código Procesal Penal, la presencia del abogado carece de sentido, como quiera que siempre la diligencia pueda efectuarse.

De aceptarse el predicamento del señor defensor, en orden a que siempre y para toda diligencia de investigación se requiere la presencia del defensor se llegaría a diversos absurdos lógicos y jurídicos como, por ejemplo, que aún mediando autorización judicial no podrían practicarse o dejar al arbitrio del abogado defensor la práctica de diligencias de investigación que, al mismo tiempo, son cuestiones de seguridad mínimas, como, por ejemplo y siempre dentro de lo dispuesto en el artículo 187 del Código Procesal Penal, la incautación de armas que menores detenidos en situación de flagrancia, portaren”.

En cuanto al control de identidad regulado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, cabe señalar que se trata de un procedimiento que tiene por objeto establecer la identidad de una persona, permitiendo el registro de sus vestimentas, equipaje y automóvil con fines investigativos y de persecución penal, con amplio alcance, en los supuestos previstos por la norma. Esta herramienta es utilizada para identificar partícipes en hechos punibles, determinar su participación específica en los mismos y conseguir evidencia, entre otros⁴¹.

Si bien, se trata de un procedimiento independiente de la detención, no existe incompatibilidad entre tal independencia y la posibilidad que a partir del control de identidad se pueda constatar una situación de flagrancia que culmine

41 RABI, Roberto. “¿Qué rol y justificación tiene el control de identidad de una persona en nuestro sistema procesal penal considerando el actual texto del artículo 85 del Código Procesal Penal?”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, N°13 año 2010, Santiago, Chile, p. 334.

con la detención⁴². En efecto, la policía puede sospechar una situación de flagrancia, disponiendo en principio de ciertos elementos de juicio insuficientes para proceder de conformidad a lo dispuesto en el artículo 130 del Código Procesal Penal, pero aptos para alcanzar las exigencias del control de identidad, y obtener a partir del mismo, información necesaria para la detención⁴³.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Antofagasta se pronuncia sobre la línea divisoria existente entre estas dos instituciones: el control de identidad y la detención en caso de flagrancia. Así, en sentencia Rol N°184-11, de 25 de julio del 2011, resuelve sobre el control de identidad de un adolescente que fue sorprendido durante la madrugada portado un televisor sin dar razón de su origen, circunstancias en que la policía revisó un notebook que portaba al interior de su mochila, hallando un número telefónico al que se contactó, constatando, por esa vía, que todas las especies provenían de un robo en lugar destinado a la habitación.

En este caso la Corte señaló *“Que para dilucidar la cuestión planteada en el recurso, es preciso analizar la normativa atinente a la materia contemplada en el cuerpo legal en estudio. El artículo 85 de este cuerpo legal que establece el procedimiento del control de la identidad prescribe que los funcionarios policiales, deberán, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. La identificación se realizara en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte.*

Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevos indicios “la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de las ordenes de detención que pudieren afectarles. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente....”.

Por su parte el artículo 83 establece que corresponderá a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile realizar las siguientes actuaciones, sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales, entre ellos prestar auxilio a la víctima; practicar la detención en los casos de

42 RABI, ob. cit., p. 336

43 RABI, ob. cit., p. 336

flagrancia, conforme a la ley; estatuyendo en el inciso segundo que el personal policial experto deberá recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que pudieren ser utilizados como medios de prueba, para ser remitidos a quien correspondiere, dejando constancia, en el registro que se levantara, de la individualización completa del o los funcionarios policiales que llevaran a cabo esta diligencia.

A su vez, el artículo 130 del cuerpo legal en comento determina los casos en que se procede a la detención en caso de flagrancia, a saber, entre otros: “a) el que actualmente se encontrare cometiendo el delito; b) el que acabare de cometerlo; y d) el que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo...”, debiendo entenderse por tiempo inmediato aquel que transcurre entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas⁴⁴”.

El fallo sostiene “...que los funcionarios policiales actuaron en uso de sus facultades y dentro del marco de la ley, acorde a lo estatuido en el artículo 83 letra b) del Código Procesal Penal, al encontrarse el imputado en estado de flagrancia, por lo que en consecuencia, no estando condicionado el registro a la circunstancia de que quienes se controlan tengan algún documento de identificación, sino a establecer los indicios del delito que motivan el control, de manera que la Policía estaba facultada de acuerdo al artículo 85 del texto legal citado, ya que al registrar y revisar el notebook que portaba el menor, y por tanto el hallazgo del teléfono del dueño de las especies, el reconocimiento que hiciera de las mismas en la comisaría, que momentos antes le habían sido sustraídas, no revisten el carácter de ilegales para no ser valoradas por los sentenciadores⁴⁵”. Además, la sentencia agrega que de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 85 del Código Procesal Penal, “... el registro no tuvo por finalidad la identificación de los imputados, sino que estaba destinada a establecer si los indicios del delito que motivaron el control carecían de sustento, y al tenerlo estaban autorizados a practicar la detención sin necesidad de autorización, pues de lo contrario debieran ser detenidas todas las personas, sin que se considere la evaluación técnica de los Carabineros o policías⁴⁶”.

De este fallo se desprende que el control de identidad constituye un procedimiento independiente de la detención, que puede derivar en la constatación de una situación de flagrancia que culmine con dicha medida cautelar, no resultando aplicables para el control de identidad las exigencias del artículo 31.

44 Considerando 5°.

45 Considerando 9°.

46 Considerando 7°.

Finalmente, la sentencia releva la distinción entre las diligencias que requieren la presencia del defensor dependiendo si se trata de aquellas que se pueden efectuar con o sin el consentimiento del menor de edad imputado, reproduciendo en su considerando octavo, los fundamentos esgrimidos por la Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N°307-2008, de 16 de marzo de 2009.

En relación al artículo 31 de la Ley N°20.084 entendido como norma que refuerza el *debido proceso*, es posible concluir que:

- La disposición se orienta a resguardar el derecho a defensa y a no autoincriminarse, evitando obtener la cooperación del imputado sin contar previamente con la asesoría de su defensor en el sentido de guardar silencio o de colaborar en las actuaciones investigativas.
- El artículo 31 refuerza además, los mecanismos de aseguramiento de la voluntariedad e información con que deben contar los adolescentes para tomar decisiones con libertad y para comprender las consecuencias procesales de las mismas, cuando se enfrentan a una persecución penal, principalmente cuando se trata de la renuncia al derecho a no autoincriminarse.
- Las garantías del artículo 31 no son absolutas, pues admiten ciertos matices, frente al principio de trascendencia, la prueba independiente, la realización de actuaciones policiales tendientes a resguardar la confirmación de la persona del detenido adolescente en hipótesis de flagrancia, el descubrimiento inevitable y el principio del vínculo atenuado.
- Las restricciones del artículo 31, no obstan a que los agentes policiales dirijan al imputado adolescente las preguntas conducentes a su identificación.
- Las diligencias mínimas efectuadas por la policía para asegurar que no se trate de una detención errónea, no hacen exigibles las garantías previstas en el artículo 31 de la Ley N°20.084, al no constituir una diligencia investigativa, cuando tiene por objeto la identificación del imputado detenido en flagrancia, que no ha podido ser verificada, ni menos su minoría de edad.
- La pertinencia del reconocimiento desarrollado durante la detención en flagrancia se encuentra supeditada a la provisionalidad de la misma diligencia, que sólo sirve como medio inicial para las posteriores investigaciones de tipo identificatorio, sin constituir prueba apta para destruir la presunción de inocencia, por lo que para su realización, no se requiere cumplir con las exigencias impuestas por el artículo 31.
- Para comprender la extensión de la norma es necesario diferenciar las actuaciones o diligencias que requieren la voluntad del adolescente de aquellas que no, resultando necesario distinguir dentro de las primeras, las que resultan autoincriminatorias de aquellas que no.

- La policía puede realizar diligencias de investigación que no requieren el consentimiento del imputado adolescente, orden del fiscal, ni autorización judicial, conforme a sus facultades autónomas previstas en los artículos 83, 85, 89 (cuando existan indicios que permitan estimar que el detenido oculta en ellos objetos importantes para la investigación) y 187 del Código Procesal Penal.
- El control de identidad se trata de un procedimiento independiente de la detención, que puede derivar en la constatación de una situación de flagrancia que culmine con la detención, no siendo necesario, respecto del control de identidad, cumplir con las exigencias del artículo 31.

2. Sentido y alcance del artículo 31 según la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones

Las Cortes de Apelaciones del país han sostenido diversas interpretaciones acerca del alcance del artículo 31, centrando la discusión en si la norma se aplica a aquellas diligencias desarrolladas sólo en hipótesis de flagrancia o si se extiende a otras situaciones. Al respecto, de las sentencias de estos tribunales, es posible identificar tres posturas: una interpretación restrictiva que estima que sólo se restringe a las detenciones por flagrancia; otra interpretación que entiende que las limitaciones del artículo se extienden a todo tipo de privación de libertad; y una interpretación extensiva, que considera que las exigencias en ella contenidas se extienden a toda diligencia realizada con los adolescentes, encontrándose o no detenido en flagrancia.

En este apartado clasificaremos las sentencias según las posturas identificadas, analizando las mismas, a partir de los supuestos fácticos que originaron los respectivos pronunciamientos.

2.1. Interpretación restrictiva del artículo 31

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°581-10, de 5 de agosto de 2010, bajo el supuesto de que un funcionario policial tomó declaración a un adolescente en calidad de testigo, en circunstancias que el menor de edad no se encontraba detenido, estableció que el artículo 31 de la Ley N°20.084 hace exigible la presencia del defensor en aquellas declaraciones prestadas en una situación de detención por flagrancia y que las exigencias del mismo no rigen tratándose de la declaración de un adolescente en calidad de testigo. La Corte señaló “*Que sin perjuicio de ello tampoco ha resultado acreditado que se haya infringido el artículo 31 de la ley 20.084, toda vez que la declaración prestada no fue hecha en una situación de detención por flagrancia, que es la hipótesis que hace exigible la presencia del defensor*”⁴⁷.

47 Considerando 1°.

Siguiendo esta línea, la misma Corte, en sentencia Rol N°641-2011, de 20 de julio de 2011, resolvió la apelación presentada por el Ministerio Público en contra de la resolución que excluyó en la audiencia de preparación de juicio oral, la prueba ofrecida. Los hechos que motivaron la discusión consistieron en que Carabineros efectuó un control de identidad para posteriormente detener a los imputados adolescentes y trasladarlos al sitio del suceso, luego de un patrullaje policial, efectuado con un testigo que los observó mientras bajaban de un vehículo y lo abandonaban en la vía pública. El tribunal acogió el recurso, en especial consideración a que la circunstancia de haberse realizado una diligencia posterior como la indicada, no excluye la hipótesis de flagrancia, consecuencia de lo que no se advierte vulneración de garantía fundamental alguna.

Finalmente y en el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia Rol N°97-2008, de 17 de marzo de 2008, conociendo un recurso de protección deducido por la defensa, resolvió sobre el caso de un adolescente detenido, formalizado y sujeto a la medida cautelar de la letra b) del artículo 155 del Código Procesal Penal, que concurrió con posterioridad a la Fiscalía, en forma voluntaria junto a su madre, para prestar declaración, la que se llevó a cabo ante el gestor del fiscal y de un funcionario policial, en ausencia de su abogado defensor. La Corte estableció que el artículo 31 de la Ley N°20.084 se refiere al caso de un menor de edad detenido por flagrancia⁴⁸, por lo que no resulta aplicable tratándose de declaraciones voluntarias prestadas ante la Fiscalía.

2.2. Interpretación que entiende que las limitaciones se extienden a todo tipo de privación de libertad

Esta interpretación ha sido sostenida por un solo fallo de los tribunales superiores de justicia, que señala que la norma consagrada en el artículo 31 se refiere a la exigencia de declarar ante un abogado defensor, lo que sólo es procedente en los casos en que el adolescente se encuentre detenido en hipótesis de flagrancia, limitación que a lo más podría hacerse extensiva a cualquier situación en que se encontrare privado de libertad. En consecuencia, si el adolescente es citado a declarar y reconoce los hechos, ésta y las actuaciones que de ello derivan, son totalmente lícitas, toda vez que el Código Procesal Penal, supletorio de estas normas excepcionales, así lo permite. Todo ello, sin perjuicio del valor probatorio que en definitiva, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 297 del dicho código, le pueda dar el tribunal llamado a conocer de la acusación.

Se trata de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N°34-2009, de 8 de mayo de 2009, que resuelve la apelación deducida por el

⁴⁸ Considerando 5°.

Ministerio Público en contra de la resolución del Juez de Garantía, dictada en audiencia de preparación de juicio oral que excluyó las pruebas derivadas de la declaración del adolescente prestada en el curso de una investigación. El recurso se fundó en que el artículo 31 se refiere a una situación específica, que es la detención del menor de edad en caso de flagrancia, no siendo posible su extensión a otras contingencias, como sucedió en este caso en que el adolescente que se encontraba en libertad, previa citación, prestó declaración ante el fiscal, acompañado de su abuelo⁴⁹.

2.3. Interpretación extensiva del artículo 31

Esta interpretación ha sido sostenida por las Cortes de Apelaciones de Arica, Antofagasta, La Serena y Coyhaique.

La Corte de Arica, en sentencia Rol N°211-2009, de 28 de septiembre de 2009, rechazó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la resolución que excluyó prueba testimonial e informe pericial planimétrico, al haberse obtenido las mismas, sin previa lectura de derechos y en ausencia del abogado defensor. El tribunal fundó su decisión en que es necesario tener presente que la justicia aplicada a los menores de edad, debe contener resguardos adicionales, al tratarse de individuos en formación y que deben comparecer a los tribunales de justicia, al menos en igualdad de condiciones que un adulto y tener la posibilidad, incluso, de obtener circunstancias más ventajosas. La Corte concluyó que la presencia de un abogado defensor es exigencia no sólo para el adolescente detenido en caso de flagrancia, sino también para cualquier otra actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad.

Tratándose de adolescentes en libertad, se extraña un razonamiento de la Corte que explique por qué en esta situación, la ausencia del abogado defensor infringió el artículo 31 de la Ley N°20.084, por cuanto no nos parece suficiente la mención al grado de desarrollo evolutivo de este segmento de la población, ya que las garantías previstas en la citada disposición, como ya se ha señalado, también encuentran su fundamento en la especial vulnerabilidad adicional que genera el encontrarse detenido por la policía, cuestión que no sucedió en este caso.

Por otra parte, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia Rol N°282-2008, de 9 de diciembre de 2008, mantuvo la exclusión del informe pericial huellográfico efectuado por el Juez de Garantía, en la audiencia de preparación de juicio oral, en el caso en que un perito huellográfico concurrió a un centro de internación provisoria y tomó impresiones dactilares a un adolescente privado de libertad para establecer una identificación dactiloscópica,

⁴⁹ Considerando 4°.

sin la presencia de su defensor. La Corte resolvió que el artículo 31 rige en toda circunstancia en que se requiera al adolescente y no sólo en el ámbito de la detención por flagrancia, estimando que la realización de la pericia referida, en el escenario descrito, vulnera el derecho a defensa técnica, toda vez que el debido resguardo de las garantías de un imputado adolescente es superior a una situación de detención en caso de flagrancia⁵⁰.

Esta sentencia identifica como garantía vulnerada el derecho a defensa técnica del imputado adolescente, pero omite un pronunciamiento acerca del derecho a no autoincriminarse, sin profundizar acerca de las razones que fundamentan la infracción al artículo 31, esto es, la forma en que entiendo se vulnera el derecho a defensa y el derecho a no autoincriminarse en este caso.

En el mismo sentido que el fallo anterior, la Corte de Apelaciones de la Serena, en sentencia Rol N°7-2008, de 25 de enero de 2008, confirmó la resolución apelada por el Ministerio Público, que excluyó la prueba parcial consistente en la declaración de funcionarios policiales referida a los dichos señalados por el adolescente imputado, ante ellos. El Ministerio Público reclamó de la extensión dada al mencionado artículo 31 de la Ley N°20.084 a situaciones no comprendidas en la norma, pues se trataba de un adolescente que no se encontraba detenido y en consecuencia, debió haber sido sometido al régimen general de garantías procesales.

Si bien, en este caso los supuestos fácticos se referían a un delito de homicidio cometido por un imputado adolescente y una mujer mayor de edad, en el que el adolescente fue condenado a tres años de internación en régimen semicerrado, en un procedimiento abreviado, mientras la mujer fue llevada a juicio oral, excluyéndose en la audiencia de preparación del mismo, la prueba testimonial de los funcionarios policiales frente a los cuales, el adolescente prestó declaración durante la investigación, la Corte sostuvo que la exigencia de la presencia del abogado defensor, prevista en el artículo 31 de la Ley N°20.084, no sólo está contemplada para el caso de la detención de un menor de edad en caso de flagrancia, sino que también se extiende para cualquier otra actuación “en que se requiera al adolescente”⁵¹.

La sentencia de la Corte de La Serena resulta cuestionable, en cuanto se extiende a aquella parte de la declaración no autoincriminatoria del adolescente, pues se intentó introducir en juicio, a través de sus dichos, antecedentes acerca de la participación de un tercero en un delito, en circunstancias que las

50 Considerandos 5°, 6° y 8°.

51 La sentencia fue acordada con el voto en contra del Ministro don Fernando Ramírez Infante, quien fue de parecer de revocar la resolución y dejar sin efecto la exclusión de prueba dispuesta por el juez, en atención a que la disposición prevista en el artículo 31 de la Ley N°20.084, sólo resulta aplicable al menor detenido en caso de flagrancia.

limitaciones del artículo 31 resguardan copulativamente el derecho a defensa y el derecho a no autoincriminarse.

Finalmente, la Corte de Apelaciones de Coyhaique, en sentencia Rol N°110-2007, de 11 de diciembre de 2007, rechazó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la resolución del Juez de Garantía que excluyó un informe pericial, dos fotografías plantares de una zapatilla del imputado adolescente en comparación con la huella plantar levantada desde el sitio del suceso y la conclusión del informe. La Fiscalía fundó su recurso señalando que el levantamiento de un registro fotográfico de la planta de la zapatilla del menor de edad, se produjo en virtud de una facultad legal de los funcionarios de la policía, cual es, efectuar el registro de las vestimentas del imputado sometido a control de identidad y consecuentemente con ello, identificar y conservar los objetos, instrumentos o evidencias de cualquier clase que pudieren haber servido en la comisión del hecho investigado (artículos 83 y 85 del Código Procesal Penal), agregando que el artículo 31 en ningún caso excluye dichas facultades y que una interpretación armónica de las disposiciones mencionadas lleva a concluir que las diligencias que requieren presencia de abogado defensor y, en su caso, la autorización judicial, son aquellas que implican una manifestación de la voluntad del imputado, o bien que consistan en el levantamiento de muestras biológicas, mas no aquellas que digan relación con el simple levantamiento de evidencia material.

Al respecto, la Corte consideró que el hecho de haberse fotografiado la planta de la zapatilla del adolescente sin que estuviera presente su abogado defensor vulnera las garantías constitucionales al debido proceso a que tiene derecho, puesto que la diligencia efectuada excedió de la mera acreditación de la identidad, dado que en el hecho existió el levantamiento de una prueba pericial, la realización y obtención de una diligencia de prueba que fue más allá y excedió las facultades que a la policía le asisten. Agregó que el procedimiento de control de identidad es absolutamente restrictivo en orden a las atribuciones que asisten a la policía, a la cual, efectivamente, sólo le es lícito el registro de las vestimentas, quedando fuera de este concepto o nominación, el proceder a extraer el calzado o zapatillas al detenido y fotografiar éstas porque, en este caso, lo que realmente existe es un levantamiento de prueba, situación absolutamente distinta a lo que la ley procesal permite⁵².

Observamos, al igual que las sentencias anteriores, que el fallo no ahonda sobre los fundamentos de la disposición en estudio que justifican su aplicación. Además, no visualiza la diferencia existentes entre las restricciones del artículo 31 y las facultades autónomas de las policías, toda vez que como ya hemos señalado, éstas pueden realizar diligencias de investigación que no requieren el consentimiento del imputado adolescente, orden del fiscal, ni

52 Considerandos 5° y 6°.

autorización judicial, y en este caso en particular se encontraba autorizada la policía a efectuar la incautación de la zapatilla conforme a sus facultades contenidas en el artículo 187 del Código Procesal Penal.

En relación a las interpretaciones sobre el alcance del artículo 31 realizadas por las diversas Cortes de Apelaciones del país, es posible concluir lo siguiente:

- Se constata la existencia de una importante dispersión jurisprudencial.
- En cuanto a las interpretaciones restrictivas, que sostienen que la norma sólo se aplica a las detenciones por flagrancia; se infiere que el artículo 31 no resulta aplicable tratándose de una declaración voluntaria fuera de dicho contexto, como sucede en aquellos casos en que el adolescente es citado a declarar y allí reconoce los hechos, cuestión que resulta lícita atendida la supletoriedad del Código Procesal Penal.
- Existe una interpretación minoritaria, en el sentido de que las exigencias del artículo 31, a lo más podrían hacerse extensivas a cualquier situación en que el adolescente se encontrare privado de libertad.
- La interpretación extensiva ha sostenido que la exigencia de la presencia del abogado defensor, prevista en el artículo 31 de la Ley N°20.084, no sólo está contemplada para el caso de la detención de un menor de edad en caso de flagrancia, sino también para cualquier otra actuación en que se requiera al adolescente.
- Los fallos extensivos no profundizan sobre los fundamentos de la norma en análisis que justifican su aplicación: derecho a defensa y derecho a no autoincriminarse. Además no distinguen las facultades autónomas de la policía que no se rigen por lo dispuesto en el artículo 31.

3. Efectos de la infracción del artículo 31

Para el presente análisis jurisprudencial resulta de suma importancia poder detectar el alcance que los diversos tribunales han dado a la infracción del artículo 31. Es necesario hacer presente que la infracción a la norma no encuentra sus efectos en ella, por lo que habrá que analizarlos a la luz de los fallos materia de nuestro estudio y de las normas generales con ocasión del reenvío del artículo 27 de la Ley N°20.084 al Código Procesal Penal.

Al respecto, la jurisprudencia en el mismo sentido que la doctrina ha establecido como efectos: la nulidad de la diligencia desarrollada en contravención a la norma y la exclusión de prueba en la audiencia de preparación de juicio oral. Además, se ha señalado que el artículo 31 de la Ley N°20.084 no contempla como sanción la declaración de ilegalidad de la detención de un adolescente⁵³.

53 Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°927-09, 28 de agosto del 2009.

3.1. Declaración de ilegalidad de la detención

La ilegalidad de la detención no es un efecto que acarree la infracción del artículo 31. Sin embargo, cabe hacer presente que existe jurisprudencia minoritaria que ha dado lugar a la declaración de ilegalidad de la detención en estos casos, la que ha sido revertida por el tribunal de alzada. En efecto, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia Rol 927-2009, de 28 de agosto de 2009, conoció sobre el caso de un adolescente que fue detenido en hipótesis de flagrancia, luego de una persecución. Al detenerlo, personal policial consultó a éste respecto de su participación en los hechos, quien renunciando a su derecho de guardar silencio dio su versión de los mismos, la que más tarde en la unidad policial no quiso firmar. En la audiencia de control de detención, el Juez de Garantía la declaró ilegal, al acoger las alegaciones de la defensa que planteaban que las consultas que se realizaron por la policía al adolescente, constituirían una declaración.

Ante tal resolución el Ministerio Público dedujo apelación de la ilegalidad de la detención del menor de edad, estimando que la hipótesis de flagrancia era evidente, y que la actuación impugnada no tiene como sanción la declaración de ilegalidad de la detención, ni la inmediata libertad del formalizado.

La Corte revocó la resolución, argumentando que “... *la declaración, carente de firma, no reviste el carácter que se pretende, esto es, no constituye declaración formalmente prestada...*”; que el artículo 31 de la Ley N°20.084 no contempla como sanción la declaración de ilegalidad de la detención de un adolescente; “...*ya que tal sanción no se encuentra establecida ni en el artículo 31 de la Ley 20.084 ni en el Código Procesal Penal, cuerpo legal este último que sólo sanciona la omisión antes anotada con la nulidad de dicha actuación, lo que, en ningún caso, incide en la validez o legalidad de la detención practicada al menor...*”⁵⁴.

3.2. Declaración de nulidad

El artículo 103 del Código Procesal Penal dispone que la ausencia del defensor en cualquier actuación en que la ley exigiere expresamente su participación acarreará la nulidad de la misma.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia Rol N°28-2008, de 29 de febrero de 2007, conociendo un recurso de apelación presentado por el Ministerio Público, contra la resolución del Juez de Garantía que en la audiencia de preparación de juicio oral dio lugar a la exclusión de prueba ofrecida por el ente persecutor, por haberse declarado nula la declaración del imputado adolescente y parte de la declaración del funcionario aprehensor, en atención a haber sido tomada en contravención al artículo 31 de la Ley N°20.084, resolvió rechazar el recurso, por cuanto la declaración que prestó

54 Considerandos 3° y 4°.

el adolescente a la policía evidentemente transgredía la disposición contenida en el artículo 31, la que es imperativa y debe ser interpretada conjuntamente con la contenida en el artículo 103 del Código Procesal Penal, que establece la nulidad de la actuación que se desarrolle en ausencia del defensor cuando su presencia es exigida por ley. Agrega, que la declaración de un adolescente incorporada al procedimiento penal a través de un funcionario policial, adolece de nulidad⁵⁵.

El efecto de nulidad de la actuación establecido por las Cortes de Apelaciones a la infracción del citado artículo 31, ha sido recogido también por la Excm. Corte Suprema, en la sentencia Rol N°6305-2010, de 19 de octubre de 2010, analizada en el capítulo referido al artículo 31 como refuerzo al debido proceso⁵⁶.

En este mismo sentido, se pronuncia la sentencia comentada en el numeral anterior de la Corte de Apelaciones Valparaíso⁵⁷.

3.3. Exclusión de medios de prueba

Finalmente nos encontramos ante una sanción procesal de alto impacto, por cuanto el ente persecutor queda vedado de valerse de determinados medios de prueba en la audiencia de juicio oral. Este escenario es particularmente complejo, pues ya ha expirado la etapa de recolección de pruebas, no siendo posible acumular más antecedentes para la acreditación del hecho punible y de las personas que resulten responsables.

El inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal establece expresamente que el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquéllas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Chillán, en sentencia Rol N°80-2011, de 6 de mayo del 2011, confirmó lo resuelto por el Juez de Garantía, en la audiencia de preparación de juicio oral, en cuanto excluyó temáticamente medios de prueba ofrecidos por el Ministerio Público, ordenando que cinco testigos no se refieran a lo declarado por los coimputados adolescentes detenidos en hipótesis de flagrancia, por haberse declarado nulas sus declaraciones, en la audiencia de control de detención, por infracción al artículo 31 de la Ley N°20.084. La sentencia establece lo siguiente: “4°.- *Que el presente caso dice relación con una situación distinta a la resuelta por esta Corte en los autos R.I.C. 242-2010, por cuanto la exclusión parcial de los testigos mencionados en el*

55 Considerandos 5° y 6°.

56 Considerando 21°.

57 Sentencias Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 28 de agosto de 2009, Rol 927-2009, considerando 4°.

motivo 1°.-, obedece en esta oportunidad, a que el juez a quo declaró con anterioridad la nulidad de los testimonios de los adolescentes ya señalados, haciendo por tanto improcedente cualquier referencia a sus dichos”.

Otra resolución que se pronuncia en el mismo sentido, corresponde a la sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago, Rol N°1259-12, de 11 de junio del 2012. Los hechos se refieren a tres sujetos, entre ellos un adolescente, que ingresaron vía escalamiento a un domiciliado habitado, maniatando a la víctima y sustrayendo especies y que al intentar huir del lugar, fueron sorprendidos por un guardia de seguridad quien salió en su persecución, llegando al lugar policías que lograron la detención de dos, entre ellos un menor de edad. En la unidad policial fotografiaron las vestimentas de los sujetos, con expresa consideración de no contener en ellas sus rostros. Diligencia que se realizó sin la presencia del defensor. La sentencia establece que los artículos 31 de la Ley N°20.084, 8° del Código Procesal Penal y 19 N°3 de la Constitución, en su conjunto establecen la obligatoriedad de contar con la presencia de un defensor, si el menor de edad va a ser objeto de injerencia en su persona.

En esta materia, existen otros fallos de Cortes de Apelaciones que se han pronunciado en sentido contrario, al reincorporar las pruebas excluidas en la audiencia de preparación de juicio oral, por estimar que no ha existido vulneración al artículo 31.

En efecto, la sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°920-2008, de fecha 10 de septiembre de 2008, resolvió el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público respecto de la resolución que excluyó como prueba la declaración de dos testigos derivada de la declaración de un adolescente, de la que sólo hay constancia en el parte policial. La Corte de Apelaciones en este punto acogió el recurso estimando que no se ha vulnerado el artículo 31 de la Ley N°20.084, toda vez que los menores de edad fueron puestos a disposición del tribunal antes de las 24 horas y, además, sólo hay una constancia de los dichos del mismo en el parte policial, lo que no constituye la declaración a que se refiere el mencionado artículo.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Rancagua, en sentencia Rol N°316-2012, de 16 de agosto de 2012, resolvió un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público por exclusión de las declaraciones de los funcionarios policiales y de las víctimas respecto de las circunstancias en que se produjo el reconocimiento de los imputados en situación de flagrancia. La Corte estableció que los dichos de los funcionarios policiales y de las víctimas, en cuanto tuvieron participación en las circunstancias que llevaron a la detención de los imputados, no han sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, por lo que no deben ser excluidas para el juicio oral correspondiente. La sentencia señala: *“Que no existen antecedentes claros para determinar si la diligencia que ha sido denominada “reconocimiento en rueda de presos”, corresponde a una actividad investigativa de aquellas a que se refiere el*

artículo 31 de la Ley N°20.084, -en relación con los imputados menores de edad- o en general aquellas amparadas por el artículo 93 del Código Procesal Penal, o por el contrario, se trató de diligencias propias del contexto de una detención en flagrancia, en que se produce el reconocimiento espontáneo por parte de las víctimas, cuestión no dilucidada que impide excluir a priori dicho antecedente, correspondiendo por tanto al Tribunal Oral en lo Penal valorarlo en su mérito en la oportunidad que corresponda.⁵⁸

3.4. Situación especial del adolescente imputado por manejo en estado de ebriedad

Uno de los problemas que se han generado en relación a los efectos de eventuales infracciones a la norma analizada, dice relación con la toma del examen de alcoholemia y de las pruebas respiratorias, atendida la inmediatez que se requiere para su realización, pues se trata de diligencias que deben practicarse sin tardanza, por cuanto el grado de alcohol en la sangre disminuye a medida que transcurre el tiempo, no pudiendo quedar al arbitrio del abogado defensor la realización de la diligencia, al no concurrir oportunamente o no asistir a las mismas.

El problema detectado dice relación con las solicitudes de exclusiones del examen de alcoholemia y de las pruebas respiratorias, amparadas en la disposición contenida en el artículo 31 de la Ley N°20.084, además de aquellas evidencias obtenidas durante las primeras diligencias desarrolladas durante el procedimiento policial, incluidas las destinadas a constatar lesiones.

Esta materia ha sido discutida en algunos tribunales superiores, existiendo tres pronunciamientos de la Corte de Apelaciones de Concepción, de la Corte de Apelaciones de Santiago y de la Corte de Apelaciones de La Serena, respectivamente. Las dos primeras sentencias determinaron que el informe de alcoholemia no se encuentra en los casos contemplados en el artículo 31 de la Ley N°20.084, por lo que en caso alguno se impide la toma de muestra de dicho examen a un menor de edad sin estar presente su abogado defensor. Mientras que la última establece que las diligencias que Carabineros puede practicar sin que medie el consentimiento del afectado, orden del fiscal o autorización judicial, por estar ordenada su práctica por la ley, no requieren del cumplimiento de la normativa contenida en el inciso 1° del artículo 31, antes citado, como aquellas consistentes en un dato de atención de urgencia, boleta de alcoholemia que da cuenta de realización de la prueba respiratoria y declaraciones de los funcionarios policiales.

Creemos que las decisiones jurisprudenciales en esta materia reconocen la situación especial en que se encuentra el examen de alcoholemia y la prueba respiratoria practicada por Carabineros, por ello, han tenido presente la nece-

58 Considerando 1°.

sidad de que practiquen de forma inmediata, así como también la circunstancia de existir evidencias que se obtienen directamente de la percepción del estado de embriaguez del imputado adolescente por parte de los funcionarios policiales y del personal médico, atendido lo dispuesto en el artículo 115 B de la Ley de Tránsito, Ley N°18.290.

En el caso resuelto por la Corte de Concepción, en sentencia Rol N°442-2008, de 7 de noviembre de 2008, la Fiscalía alegó que el artículo 31 no debe aplicarse por analogía a otras situaciones no contempladas en la ley, agregando que la práctica del examen de alcoholemia es una actuación en que la presencia del abogado defensor carece de relevancia, toda vez que debe practicarse sin tardanza, y que el tribunal restó erróneamente valor a las declaraciones de los testigos presenciales, debido a que el delito requiere para su acreditación una dosificación precisa que no es posible determinar. La Corte razonó fundada en el artículo 115 B de la Ley N°18.290, acogiendo el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público y estableciendo *“Que el artículo 115 B de la Ley 18.290 dispone: “Para la determinación del estado de ebriedad del imputado o del hecho de encontrarse bajo la influencia del alcohol, el Tribunal podrá considerar todos los medios de prueba, evaluando especialmente el estado general del imputado en relación con el control de sus sentidos...”⁵⁹”*.

La Corte agrega *“Que la juez a quo le resta mérito probatorio a las otras pruebas, constituidas por las declaraciones de los funcionarios aprehensores, que manifiestan que el imputado se encontraba en estado de ebriedad por su hálito alcohólico, incoherencia al hablar e inestabilidad al caminar, no procediendo descartar esta prueba por falta del informe de alcoholemia, porque éste constituye un antecedente más que para tal efecto debe valorar el Tribunal.*

De este modo, la sentencia ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que no ha considerado pruebas fundamentales en relación a la responsabilidad del imputado y exigido requisitos respecto de otras que la ley no contempla, al estimar ilícita la prueba constituida por el informe de alcoholemia, que no se encuentra en los casos contemplados en el artículo 31 de la Ley 20.084⁶⁰”.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia Rol N°2337-2008, de 1 de diciembre de 2008, revocó la resolución apelada por el Ministerio Público que excluyó la alcoholemia practicada al adolescente imputado, en la audiencia de preparación de juicio oral, estableciendo que el artículo 31 de la Ley N°20.084, *“... en caso alguno impide el que se tome muestra de Alcoholemia a un menor sin estar presente algún abogado defensor”*.

59 Considerando 5°.

60 Considerando 6°.

Finalmente, la Corte de Apelaciones de La Serena, en sentencia Rol N°161-2013, de 14 de junio de 2013, revocó la exclusión de pruebas consistentes en el dato de atención de urgencia, boleta de alcoholemia que da cuenta de realización del examen intoxilyzer, declaraciones de los funcionarios policiales aprehensores y del médico. Para ello, se fundó, en que los antecedentes excluidos corresponden a diligencias que Carabineros puede realizar sin el consentimiento del afectado, orden del fiscal o autorización judicial, ya que su práctica está dispuesta expresamente en la Ley N°18.290, y en consecuencia, no resulta aplicable la normativa contenida en el inciso 1° del artículo 31. El fallo establece: “*Que lo protegido por la norma del inciso 1° del artículo 31 de la Ley 20.084, es un aspecto del debido proceso, como ocurre con la garantía de no inculparse al adolescente, razón por la cual se exige la presencia de un defensor que lo asesore y pueda decidir qué camino adopta, exigencia que rige tanto para que declare ante el fiscal como para que se proceda a la práctica de diligencias de investigación, sin embargo en el caso de autos los antecedentes excluidos por corresponder a diligencias que Carabineros puede practicar sin que medie el consentimiento del afectado, orden del fiscal o autorización judicial, por estar ordenada su práctica por la ley no requieren del cumplimiento de la normativa contenida en el inciso 1° del artículo 31, antes citado.*”

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 277, 370 letra b) y 389 del Código Procesal Penal, se revoca la resolución de fecha dieciséis de mayo de dos mil trece del señor Juez de Garantía de La Serena, don J.C. O.V., que determinó excluir como pruebas a rendirse en el juicio simplificado, aquellas consistentes en un dato de atención de urgencia, boleta de alcoholemia que da cuenta de realización del examen intoxilyzer y declaraciones de los funcionarios policiales J.B.O., D.O.G. y el médico M.C.G. y en su lugar se dispone que tales antecedentes deberán ser incluidos dentro del auto de apertura del juicio oral simplificado como parte integrante de la prueba a ser rendida por el Ministerio Público en la audiencia de juicio simplificado que se lleve a efecto ante el Tribunal de Garantía de La Serena⁶¹”.

En consecuencia, en relación a los efectos de la infracción al artículo 31 de la Ley N°20.084 y a la situación especial del delito de manejo en estado de ebriedad, cabe señalar lo siguiente:

- La jurisprudencia ha establecido como efectos de la infracción al artículo 31 de la Ley N°20.084 la nulidad de la diligencia desarrollada en contravención a la norma y la exclusión de prueba derivada de dicha infracción, en la audiencia de preparación de juicio oral.
- El artículo 31 de la Ley N°20.084 no contempla como sanción la declaración de ilegalidad de la detención de un adolescente.

61 Considerando 3°.

- La alcoholemia no es el único medio de prueba que debe tener en consideración el tribunal para tener por acreditado el manejo en estado de ebriedad.
- El tribunal debe tener en cuenta todos los medios de prueba disponibles, evaluando especialmente el estado general del imputado en relación con el control de sus sentidos, en razón de lo dispuesto en el artículo 115 B de la Ley N°18.290, así como también el nivel de alcohol presente en el flujo sanguíneo, que conste en el informe de alcoholemia o en el resultado de la prueba respiratoria que hubiera sido practicada por Carabineros.
- La jurisprudencia ha establecido que la toma del examen de alcoholemia no se comprende dentro de las diligencias a que se refiere el artículo 31 de la Ley N°20.084.

Conclusiones

El espíritu del establecimiento de la Ley N°20.084 que regula el sistema de Responsabilidad Penal Adolescente y el de la Ley N°20.191, que la modificó, permite sostener una interpretación restrictiva del artículo 31, en el sentido de limitar su procedencia a la detención por flagrancia, estableciendo garantías en esta etapa procesal específica hasta que el adolescente sea puesto a disposición del Juez de Garantía. No obstante, hemos constatado que la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones del país ha sostenido diversas interpretaciones acerca del alcance de la norma, identificándose principalmente posturas restrictivas a las detenciones por flagrancia y otras extensivas a toda diligencia realizada con el adolescente, encontrándose o no detenido en flagrancia.

En cuanto al fundamento del artículo 31, éste se encuentra en el hecho de que la detención de un adolescente en flagrancia implica una doble circunstancia de especial vulnerabilidad, en primer lugar, por tratarse de un menor de edad, y en segundo lugar, porque se le restringe la libertad, a través de la imposición de la referida medida cautelar en la hipótesis señalada. De ahí, que los requisitos y condiciones adicionales establecidos en el artículo 31 de la Ley N°20.084 busquen reforzar el debido proceso referido específicamente a las garantías del derecho a defensa y al derecho a no autoincriminarse.

Si bien es cierto que parte de la jurisprudencia visualiza como garantías resguardadas por el artículo 31 de la Ley N°20.084, el derecho al debido proceso en la dimensión referida al derecho a defensa técnica, en general no se efectúa un razonamiento en torno a los fundamentos del artículo 31, con la excepción del fallo de la Corte Suprema, Rol N°6305-2010, de 19 de octubre de 2010, que realiza un análisis sobre los derechos resguardados por la norma.

Además, ha sido posible identificar en la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, matices que permiten concluir que las garantías del artículo 31 no son absolutas, ya que admiten como excepción ciertas circunstancias, que se amparan en el principio de trascendencia, la prueba obtenida de una fuente independiente, la realización de actuaciones policiales tendientes a resguardar la confirmación de la persona del detenido adolescente en hipótesis de flagrancia. Además, sobre estas limitaciones, consideramos procedente la utilización en nuestro país de la doctrina del descubrimiento inevitable y el principio del vínculo atenuado.

Por otra parte, del análisis jurisprudencial y para comprender el sentido de la norma estudiada, emana la necesidad de diferenciar aquellas actuaciones o diligencias que requieren la voluntad del adolescente de aquellas que no, toda vez que es posible sostener que los resguardos de la disposición estudiada se aplican sólo a las actuaciones voluntarias del adolescente que resulten autoincriminatorias, atendidos los fundamentos del artículo 31. Sobre este aspecto, resultan relevantes las sentencias de las Cortes de Apelaciones de Copiapó Rol N°307-2008 y Antofagasta Rol N°184-2011, así como también el fallo sobre la materia pronunciado por la Corte de Apelaciones de La Serena Rol N°161-2013.

La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores ha establecido como efectos de la infracción al artículo 31 de la Ley N°20.084 la nulidad de la diligencia desarrollada en contravención a la norma y la exclusión de prueba derivada de dicha infracción, en la audiencia de preparación de juicio oral, conforme a las reglas generales. Además, se ha sostenido que el artículo 31 de la Ley N°20.084 no contempla como sanción ante su incumplimiento, la declaración de ilegalidad de la detención de un adolescente.

En relación con las facultades autónomas de la policía, entendemos que éstas pueden desarrollar diligencias de investigación que no requieren el consentimiento del imputado adolescente, orden del fiscal, ni autorización judicial, conforme a los artículos 83, 85, 89 y 187 del Código Procesal Penal. Al respecto, la Excma. Corte Suprema ha aceptado la realización de actuaciones policiales tendientes a resguardar la confirmación de la persona del detenido adolescente en hipótesis de flagrancia sin hacer exigibles las garantías previstas en el artículo 31 de la Ley N°20.084, agregando que no se puede impedir el registro de vestimentas regulado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, cuando éste tiene por objeto la identificación del imputado detenido en la misma hipótesis.

Todas las exigencias contenidas en el artículo 31 de la Ley N°20.084 deben tender a reforzar el debido proceso de los adolescentes, lo que no puede suce-

der es que con ocasión del respeto de estas garantías, mediante su instrumentalización, se favorezca la impunidad, pues ello escapa ampliamente de los fines previstos en el artículo 20 de la Ley N°20.084, esto 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*”.

